

FACULTAD LIBRE DE DERECHO
DE MONTERREY
LICENCIATURA EN DERECHO



INCORPORACIÓN DE LOS PANELES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS “*DISPUTE
BOARDS*” EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

TESIS QUE EN OPCIÓN A TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
GERALD URDIALES ROBLEDO

SANTA CATARINA, N. L.

MAYO, 2020

Con dedicación y agradecimiento a las personas que me hicieron posible llegar a esta meta, mis amigas y amigos, profesoras y profesores, asesor de tesis, y a mi familia, Linda, Ruben y en especial a Rocío, sin ti no hubiera sido posible llegar hasta aquí, gracias madre.

ÍNDICE	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO	
<u>CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN</u>	4
A. Complejidad	5
B. “Elefantes Blancos”	9
CAPÍTULO SEGUNDO	
<u>DISPUTE BOARDS</u>	
A. Concepto de los <i>Dispute Boards</i>	13
1. Naturaleza	15
2. Fundamentación de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias	18
B. Tipos de <i>Dispute Boards</i>	23
C. Regulación de los <i>Dispute Boards</i>	26
1. Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional	28
2. Lineamientos de contratos modelo de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores	31
CAPÍTULO TERCERO	
<u>FIGURA COMPLEMENTARIA AL ARBITRAJE</u>	33
A. Naturaleza del arbitraje	33
B. Ventajas y desventajas de ambas figuras	35
1. Arbitraje	
2. <i>Dispute Boards</i>	39
C. Órgano complementario	41
CAPÍTULO CUARTO	

<u>PROPUESTA LEGISLATIVA</u>	44
CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA	58

INTRODUCCIÓN

La materia de construcción ha ido evolucionando al transcurso del tiempo y, junto con ella, diversos factores, como lo es la tecnología, los riesgos en la misma materia, la necesidad de invertir en infraestructura, entre otras. A su vez, los derechos y obligaciones de las partes han cambiado para adaptarse, de la mejor manera, a las necesidades de las mismas.

A este ámbito del Derecho, la doctrina lo ha nombrado el Derecho de Construcción. Ámbito que abarca, en su totalidad, los aspectos que se destacan en una relación jurídica que tenga como objeto o finalidad el desarrollar una construcción.

De igual forma, el Derecho de Construcción conlleva aspectos técnicos y cuestiones tanto previsibles, como imprevisibles, que pueden tener como consecuencia el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

Dentro de este ámbito, las relaciones jurídicas pueden ser tanto en Derecho privado como Derecho público. Por el primero habremos de entender todos los contratos de obra celebrados por individuos en donde la administración pública no interviene. Y por Derecho público, se habrá de entender el contrato de obra pública, en el cual una de las partes, necesariamente, será la administración pública.

En el presente trabajo se analizarán los principales factores de controversia que pueden emanar de un contrato de obra, los cuales afectarán la ejecución del contrato o, en el peor de los casos, el abandono de la obra dejándola en un estado inconcluso. A la situación en donde la obra queda inconclusa, la doctrina la ha denominado “elefantes blancos”, ya que representan un gasto del erario público, recaudado de las contribuciones de los gobernados, causando un perjuicio directo, no sólo a las partes involucradas en el contrato, sino a la comunidad en general.

En la presente investigación, se abordará el contrato de obra pública y cómo es que las partes manifiestan sus voluntades para llevar a cabo dicho acto jurídico, pero especialmente, cómo es que las mismas, acuerdan pactar algún mecanismo de solución de controversias, previsto en la legislación. Por lo que, es pretensión del autor, proponer una figura que actualmente no se encuentra incorporada en la legislación mexicana, pero que es reconocida y utilizada en diversos países, incluyendo países latinoamericanos, como lo son los *dispute boards*.

Para poder llevar a cabo la tarea en mención, será fundamental partir del concepto de la figura en cuestión, analizar su naturaleza y fundamentación. Lo último, aunque si bien es cierto que no se encuentra regulado en nuestra legislación, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 17, hace mención de los mecanismos alternativos de solución de controversias, siendo el caso de los *dispute boards*.

Habiendo realizado la labor establecida en el párrafo anterior, se llevará a cabo una comparación entre el citado panel de solución de controversias y la figura del arbitraje, para solo así, poder determinar si existe alguna contraposición, o si la aplicación de uno es excluyente del otro, tal y como sostienen algunos teóricos. Situación que el autor del presente trabajo, está en completo desacuerdo. Para sostener y demostrar lo recién mencionado, habrá de partir de la naturaleza y fin de ambas figuras, así como las ventajas de cada una, en cuestión de la materia de construcción.

Por último, se realizará una propuesta legislativa, la cual consistirá en establecer, a manera de cláusula escalonada, los *dispute boards* para que las partes, en caso de que se susciten controversias derivadas del contrato, tengan la posibilidad de acudir a dicho panel especializado con el único objeto de dirimir el conflicto bajo los principios de eficiencia y celeridad. A su vez, se menciona el término de cláusula escalonada ya que, para acudir al arbitraje, será necesario

agotar la instancia de los *dispute boards*. Por otro lado, se deberá de implementar la regulación de la figura de los *dispute boards* en un nuevo capítulo dentro del Libro Quinto, Título Cuarto del Código de Comercio, en el cual se deberán prever los lineamientos de la misma, por mencionar algunos ejemplos ilustrativos mas no limitativos, como sus alcances, derechos y obligaciones de las partes y de los miembros del panel, honorarios, plazos, efectos de decisiones y recomendaciones, instancia de inconformidad, entre otras.

Lo anterior toda vez que para poder implementar los *dispute boards* en los contratos de obra pública, dicho mecanismo deberá, forzosamente, ser previsto en la legislación con base en el principio de legalidad.

CAPÍTULO PRIMERO

CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN

*"La infraestructura es un aspecto fundamental de la competitividad de un país y se debe poner atención en ella sobre todo en momentos de desaceleración económica en un mundo de tipos de interés bajos. **Con los tipos actuales, los márgenes de maniobra para la política monetaria son estrechos y la inversión en infraestructura puede ser la única herramienta en el saco de los gobiernos para luchar contra la desaceleración**"¹*

(Énfasis añadido)

De acuerdo con informes publicados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el Banco Mundial, se ha determinado la relevancia de la inversión en la infraestructura del país para su desarrollo económico. Es también conocido que el sector de la construcción es caracterizado por ser uno de los mecanismos reactivadores de la economía y por su aporte a la generación de empleos, ya que promover la infraestructura pública, es una de las maneras más seguras de fortalecer la economía de un país.

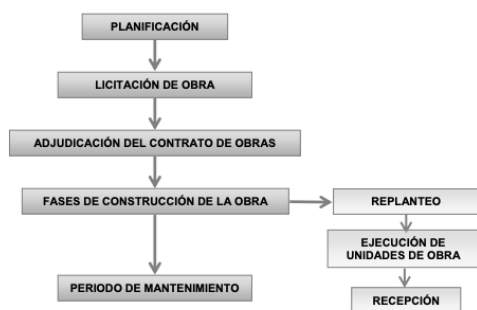
Dicho lo anterior, resulta indispensable el contar con una adecuada regulación que contemple las figuras necesarias para el óptimo desempeño en la materia de construcción, así como que contemple la debida prevención y pronta solución de conflictos suscitados por el contrato de obra.

Para dar inicio al presente proyecto, resulta de vital importancia atender al sometimiento de las voluntades de las partes a llevar a cabo un contrato de obra. Y por concepto de esto, deberá entenderse aquel contrato como el instrumento jurídico que permite limitar y repartir la responsabilidad entre el promotor del proyecto de la construcción y el contratista. Por ende, en sus

¹ Revista Cámara Chilena de la Construcción. **Infraestructura para Chile**. (Trad. ICD). Citado por: Figueroa Valdés, Juan Eduardo. Schubert, William. **Dispute Boards en los proyectos de Construcción de Infraestructura en Chile**. Chile, 2015/2016. p. 8.

cláusulas, se establece la obligación a las partes de responder en contra de pérdidas, plazos no respetados, uso de materiales no eficientes, demora en la entrega, o daños a la obra².

Para efectos de la presente investigación no se ahondará con detalle las etapas que conforman a la construcción o las establecidas en el contrato de obra, sino, lo que se pretende analizar, es la dificultad que ésta misma conlleva, así como el alto porcentaje de incumplimiento dada la complejidad del contrato en mención. No obstante, para brindar una breve explicación y que el lector pueda situarse y entender la esencia del proceso de una licitación pública para el desarrollo de una obra, se establece la siguiente figura ilustrativa.



Etapas de un proyecto de construcción

3

Entendiendo que en el supuesto de que el promotor no sea la administración pública, sino un privado, no sería necesario llevar a cabo el proceso de licitación, ya que éste podrá contratar con quien crea conveniente. Esto debido al principio rector de los contratos “*pacta sunt servanda*” el cual tiene por significado: “lo pactado obliga”. Atendiendo a dicho principio, éste consiste en empoderar a las partes para que puedan ejercer su libre voluntad dentro del contrato, siempre y cuando, no se encuentre en contravención a lo establecido por derecho.

En la actualidad, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (en adelante “Ley de Obras Públicas”), contempla, en su artículo 27, los distintos procedimientos que

² Mapfre Re. **Manual sobre riesgos en la construcción a la obra y pérdida de beneficios anticipada (ALOP)**. México. Disponible en línea: Mapfre Re <https://www.mapfrere.com/reaseguro/es/images/Manual-Riesgos-Construccion-ALOP_tcm636-81085.pdf>

³ Loc.Cit.

podrán ser llevados a cabo por parte de la Administración pública para seleccionar al contratista, resultando ser tres:

1. Licitación pública;
2. Invitación a cuando menos tres personas; o
3. Adjudicación directa

En dicho cuerpo normativo, se especifica en gran detalle, los principios y requisitos así como el proceso de cada uno de los procedimientos anteriormente enlistados. Lo anteriormente mencionado, se encuentra previsto en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A. COMPLEJIDAD

Como ya fue mencionado, el sector de la construcción, por su misma naturaleza, es un sector exigente, muy detallado, técnico y con gran relevancia en el aspecto socioeconómico de un país.

“El sector de la construcción es un sector proclive a las controversias entre las partes que integran los proyectos dada la complejidad de las relaciones contractuales, dificultades técnicas y aspectos diversos (diseño, sociales, culturales, etc.) que las rodean; asimismo la necesidad de contar con leyes, regulaciones, contratos y principios que favorezcan y estimulen el sector de la construcción es fundamental.”⁴

Se estima que la opinión del autor es acertada, toda vez que el contrato de obra lleva consigo la implicación de diversos aspectos técnicos que, en ciertas ocasiones, los contratantes pueden no conocer o dominar de la manera deseable. Pudiendo crear esto, conflictos entre las

⁴ Barrón Sobrevilla, César Guzmán. **Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos**. México, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, p. 24. Disponible en línea: <<https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>>

partes y la necesidad de solucionarlas ante un juez, o en el mejor de los casos, acorde a un Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias, como lo es el arbitraje.

En el ámbito de la construcción, existen innumerables riesgos, lo cual vuelve al mismo procedimiento de ejecución del contrato de extrema complejidad, toda vez que habrá factores, tanto ajenos, como imputables a las partes, que desencadenarán una serie de incumplimientos a las obligaciones pactadas por las mismas partes en el contrato. Dichos riesgos se encuentran clasificados, que por mencionar algunos se encuentran los riesgos convencionales. Estos aluden a cuestiones normales ajenas a la voluntad de las partes que, sin previsión alguna, pueden suscitarse, tal y como lo son por ejemplo: el incendio, caída de un rayo, explosión, robo, etc. Así como también, los riesgos catastróficos (de fuerza mayor o extraordinarios). Estos destacan porque son producto de la misma naturaleza y aunque puedan ser previsibles, sus efectos son inevitables o también pudieran ser totalmente impredecibles. Dentro de esta clasificación se encuentran: vientos, tempestades, ciclones, inundaciones, emergencias sanitarias, terremotos, etc. Nuevamente se reitera que las dos clasificaciones recién mencionadas son ajenas a la voluntad de las partes, no obstante, son cuestiones que en la vida práctica suceden y esto conlleva, por ejemplo, a una demora en la entrega de la obra⁵.

Existe una tercera clasificación, la cual es el objeto de la presente investigación y consiste en los riesgos de la propia obra imputables a una de las partes. Dentro de esta clasificación, los tipos de riesgos más comunes son: defectos de mano de obra, impericia, negligencia, actos mal intencionados, errores de cálculo, uso de materiales defectuosos o inadecuados, demora en la entrega, etc. Es ante estos supuestos, entre muchos más, que se incurre en un incumplimiento y

⁵ Ídem. Pg.28

esto implica un conflicto entre las partes, el cual ordinariamente se ventilará ante la autoridad jurisdiccional y ésta necesariamente deberá solicitar la evaluación detallada realizada por peritos en la materia para sólo así poder determinar ciertas cuestiones. Lo anterior, por la misma complejidad de la materia en cuestión.

Entendido lo anterior, resulta evidente que el órgano jurisdiccional es competente para dirimir la controversia, en ningún momento se afirma lo contrario, sin embargo y con base en el principio de celeridad, otras alternativas resultan más eficaces que otras. Ante dicho proceso, ambas partes se encuentran propensas a la posible dilatación del juicio con la única finalidad de ganar tiempo y eso traerá como consecuencia la suspensión de actividades en la obra, el paso del tiempo sin cumplir con el objeto del contrato y por último, los gastos y costas que una de las partes deberá de sufragar al final del proceso, aunado a la afectación directa al interés público, al dejar inconclusa una obra pública financiada con el dinero del Estado recaudado de los contribuyentes.

Ahora, por otra parte, existen diversos mecanismos distintos al órgano jurisdiccional para obtener justicia. Esto, ya que existen diversos mecanismos alternativos de solución de controversias como lo es la figura del arbitraje, que como se verá en su capítulo correspondiente, éste tiene como objeto el agilizar el procedimiento y brindar una solución conocida como laudo lo antes posible. Empero, dicho mecanismo alternativo, contiene diversas cuestiones que en la práctica tienen como consecuencia el retraso de la justicia.

Entonces, si las partes ante un conflicto derivado del contrato de obra, lo que pretenden es solucionarlo y concluir con lo acordado desde un principio, ya sea, tanto la entrega de la obra, como el pago de la contraprestación, o alguna otra cuestión y para la determinación del mismo, será necesario la intervención de un tercero o de varios expertos en la materia, ¿qué prevé la legislación mexicana?

Es en esta regulación especializada en donde los *dispute boards* se han erigido como un medio de solución de controversias capaz de resolver de manera eficiente temas complejos, siendo más que nada una respuesta desde la construcción para la necesidad de la construcción.

B. ELEFANTES BLANCOS

En México a las obras de construcción, instalación o mantenimiento de un bien inmueble que tiene un impacto negativo para la comunidad, debido a que se encuentra inconclusa o se encuentra abandonada, se les ha denominado “elefantes blancos”. Este término atiende a las obras públicas, destinadas a ser pagadas con el presupuesto del Estado, obras de tamaño mediano o grande, que por diversos problemas -como baja calidad en los materiales utilizados para su construcción, por el agotamiento de su presupuesto, o bien, por corrupción- han sido abandonadas⁶.

“En los últimos tres sexenios han existido al menos seis proyectos de obra pública que incurrieron en irregularidades presupuestales. Las controversias han salido a la luz, e incluso han sido catalogados como “elefantes blancos”, por la enorme cantidad de recursos y las deficiencias en su operación.”⁷

El término de “elefantes blancos” nace en Tailandia, desde que era la antigua Saim, donde el elefante blanco era considerado como un animal sagrado y símbolo de realeza. Se consideraba que cuantos más elefantes blancos tuviera un rey, más alto era su estatus. Estos elefantes blancos no se capturaban, sino que eran obsequiados por medio de una ceremonia. Sin embargo, al ser considerados como animales sagrados, el rey no podía deshacerse de ellos, por lo que se veían obligados a invertir grandes cantidades de dinero en la manutención de los elefantes blancos, por lo que era común que los propietarios acabaran en la ruina económica.

⁶ Ajenjo, Manuel. “De obras trucas y elefantes blancos”. Disponible en línea: [eleconomista.com](http://bitly.ws/9k7Z), Opinión <<http://bitly.ws/9k7Z>>

⁷ Villafranco, Gerardo. **6 obras públicas que terminaron en fracaso presupuestal**. Disponible en línea: Forbes <<https://www.forbes.com.mx/6-obras-publicas-que-terminaron-en-fracaso-presupuestal/>>

Es de esta manera que la doctrina ha denominado, a las grandes obras hechas con dinero público que han quedado abandonadas o inconclusas después de una fuerte inversión, como elefantes blancos.

De igual manera, la Real Academia Española define el término “elefante blanco” como: *“Ser costoso de mantener y no producir utilidad alguna⁸.”*

Una vez entendido el concepto y el breve antecedente histórico de los elefantes blancos, es prudente continuar con la materia de la presente investigación para lo cual será de gran relevancia aludir a tres ejemplos de elefantes blancos conocidos en nuestro país, para solo así, poder dimensionar la magnitud de la afectación negativa que puede alcanzar el que una obra pública quede inconclusa. Los siguientes ejemplos de elefantes blancos fueron recuperados del periódico electrónico Forbes México, los cuales a criterio del autor del presente trabajo, son de gran calidad y permite entender de manera precisa el punto que se pretende demostrar, por lo que se procede a reproducirlos:

1. La línea 12 del metro de la terminal Tláhuac a la estación Culhuacán:

“En 2014 tuvo que ser cerrada la mitad de la Línea 12, del tramo que va de la terminal Tláhuac a la estación Culhuacán, debido a la detección de fallas en su infraestructura. Entre los problemas que se presentaron en la obra fueron cuarteaduras en trabes, mala calidad en el material utilizado, desgaste en tramos curvos entre otros. El costo de la obra fue de 24 mil 500 millones de pesos.

- *¿Cuánto se presupuestó? La inversión inicial era de 17,500 mdp.*
- *¿Cuánto costó? La inversión final fue de 24,500 millones de pesos (mdp), de los cuales más de 13,000 mdp fueron de inversión estatal.*
- **Controversia:** *A pocos meses de su apertura por parte del ex presidente Felipe Calderon y Marcelo Ebrard, la Línea 12 dejó de funcionar parcialmente por fallas en su construcción.*
- **Fallas:** *Presentaba desgaste en los rieles, lo que podría ocasionar un grave accidente debido a que los trenes no estaban hechos para transitar por ellos.”⁹*

2. Nueva sede el Senado de la República:

“El edificio inaugurado en 2011 costó 2 mil 563 millones 100 mil pesos. Desde su apertura mostró fallas debido a las lluvias ya que se presentaron goteras e inundaciones en el salón de plenos y las oficinas de la presidencia.

⁸ Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. 23ª ed. en avance. Disponible en línea: Autor <<https://dle.rae.es/elefante>>

⁹ Villafranco, Gerardo en: Forbes México. Ob.Cit.

- *¿Cuánto se presupuestó? La inversión inicial era de 1,699 mdp.*
- *¿Cuánto costó? La inversión final fue de 2,563 mdp.*
- ***Controversia:** El costo total aumentó 50% más de lo presupuestado.*
- ***Fallas:** La nueva sede del Senado presenta fallas diversas: filtración de agua en el salón del pleno de sesiones, deficiencias en el aire acondicionado, insuficiencia de baños, además de que el helipuerto no cuenta con el permiso para operar.*"¹⁰

3. Biblioteca Vasconcelos:

- *"¿Cuánto se presupuestó? La inversión inicial era de 954 mdp.*
- *¿Cuánto costó? La inversión final fue de 2,000 millones de pesos.*
- ***Controversia:** El costo de inversión aumentó 109% de lo presupuestado.*
- ***Fallas:** El acervo de más de dos millones de libros nunca se logró y presentaba diversas fallas, de las cuales destacan: filtraciones de agua, un jardín botánico que se había planeado y nunca se construyó, además de que los servicios básicos presentaban muchos problemas.*"¹¹

Cabe mencionar que los ejemplos anteriores sólo son algunos de los numerosos ejemplos que existen hoy en día en nuestro país, de los cuales cada uno representa un incremento sumamente importante en su presupuesto, que a final de cuentas perjudica, no sólo a las partes del contrato de obra pública, sino a toda la sociedad al no destinar efectivamente el dinero recaudado por concepto de contribución.

Asimismo, es prudente mencionar que existen diversas razones por las cuales dicho fenómeno se puede presentar, resultando ser las principales: 1) la corrupción y 2) controversias en el contrato de obra pública.

En cuanto a la primera causal, sería iluso el afirmar que con la inclusión de una nueva figura a los mecanismos alternativos de solución de controversia, ésta se encontrará libre de corrupción, sin embargo, como se abordará en un futuro dentro de la presente investigación, existen maneras eficaces de erradicar dicha situación.

En cuanto a la segunda causal, el problema radica en la falta de una constante revisión por un comité especializado y profesional que tenga como único objetivo el verificar que ambas partes se encuentren cumpliendo con lo establecido en el contrato, durante el tiempo de vida del proyecto,

¹⁰ Loc.Cit.

¹¹ Loc.Cit.

ya que en caso de que emerja una controversia derivada del contrato, cuestión que será abordada en el desarrollo de los capítulos subsecuentes de la presente investigación, el tiempo de solución de las disputas resulta vital para el debido funcionamiento y cumplimiento en un contrato de esta índole.

CAPÍTULO SEGUNDO

DISPUTE BOARDS

A. CONCEPTO DE LOS *DISPUTE BOARDS*

Para poder dar inicio con la presente investigación será fundamental partir de lo que la doctrina ha establecido respecto a los dispute boards. Así es el caso del Maestro Francisco González de Cossío quien los define como:

“Son instrumentos creados para contratos de construcción. Se trata de tribunales arbitrales sui géneris que navegan junto con una obra y se activan exclusivamente si surge una controversia. Dado que están enterados de la obra, pueden ponerse en acción de la noche a la mañana.”¹²

En virtud de lo anterior, los *dispute boards* fueron creados inicialmente para resolver las controversias suscitadas en el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura en países desarrollados. Esto, ante la necesidad de implementar un proceso de mediación ágil y especializado que permitiera resolver las disputas que sobrevinieran durante los contratos¹³.

Los *dispute boards*, originalmente fueron creados en los Estados Unidos de América, en la década de 1970 con el objetivo de erradicar las controversias entre contratistas y dueños de obras en proyectos de infraestructura. El procedimiento de los *dispute boards* fue empleado por primera vez para la ejecución del proyecto de construcción de la segunda perforación del *Eisenhower Tunnel* en Colorado, Estados Unidos. Proyecto que fue concluido con gran éxito.

Durante este proyecto, el mecanismo adoptado fue el de nombrar, de común acuerdo entre las partes contratantes, a un equipo de expertos que estuvieran disponibles durante la ejecución de la obra cuya misión era la de emitir recomendaciones a las partes si éstas así lo solicitaban, a raíz de cualquier controversia. Posteriormente, conforme a la evolución del instituto y con la existencia

¹² González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Ed. México, Porrúa, 2004, p. 125.

¹³ López Ospina, Inés Verónica. *La importancia de implementar dispute boards como medio alternativo de solución de conflictos en la ejecución de contratos de obra en Colombia*. p. 66. Disponible en línea: Ciencias Jurídicas Javeriana <<https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/7912168/4-LA+IMPORTANCIA.pdf/fe261cd6-a874-4e65-86af-d098704edfb5>>

de paneles a los que se les otorgaban funciones y atribuciones diferentes, este modelo pasó a ser conocido como *Dispute Review Board* o *Dispute Recommendation Board*, por la naturaleza estrictamente consultiva de sus funciones.

La necesidad de implementar un mecanismo de solución de controversias eficaz y que pudiese acabar con las amenazas de retrasos en las obras, llevó a Estados Unidos a implementar la figura jurídica en mención. Cabe mencionar que fue tan evidente su éxito que, a la fecha, son pocos los contratos de construcción que no incluyen en su regulación a los *dispute boards* y la cláusula en la que se establece que se tendrá que someter a este mecanismo ante cualquier disputa en la ejecución contractual y como vía previa obligatoria para intentar un arbitraje¹⁴.

Ante dicha situación, en la década de 1990 el Banco Mundial introdujo el funcionamiento de *dispute boards* como requisito para el financiamiento de proyectos que superaran la cifra de 50 millones de dólares, en una primera instancia, adoptó únicamente el modelo de los *Dispute Recommendation Boards*, para posteriormente, en el año 2000, implementar el *Dispute Adjudication Board*¹⁵.

Entonces, entendemos que los *dispute boards* son una especie de tribunales arbitrales, ya que guardan cierta similitud en cuanto a competencia, como es la de poder dirimir controversias, sin embargo, es una figura sumamente distinta, por ciertos rasgos únicos que caracterizan al tribunal arbitral, o a cualquier autoridad, cuestión que se abordará en su debido momento.

El Secretario del *Dispute Board Federation* en Ginebra, el Doctor Chern, en su libro “*Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure*” define este mecanismo como un “*job-*

¹⁴ Peñate Guzmán. Ob.Cit.

¹⁵ Jiménez Figueres, Dyalá y J. Caivano, Roque. “Funcionamiento de los ‘dispute boards’ de la CCI y su encuadre en el Derecho Argentino”. Enero-Junio, 2007. Disponible en línea: **Revista Internacional de Arbitraje**. No. 6, 2007
<http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_7680752a7d20404ce0430a010151404c>

*site 'Adjudication process'*¹⁶, traducido al español como un proceso de adjudicación realizado desde el sitio del trabajo. Es acertada dicha postura, toda vez que los miembros que conforman el panel del *Dispute Board*, realizan visitas de manera regular a la obra, para sólo así mantenerse informados de la ejecución del contrato y de cualquier desacuerdo que se llegase a presentar¹⁷.

En virtud de lo anterior, la propia CCI (Cámara de Comercio Internacional) brinda un concepto de la figura de los *dispute boards*, la cual se estima precisa y clara.

“Es un órgano permanente compuesto por una o tres personas normalmente participando en la firma o el comienzo de ejecución de un contrato a mediano o largo plazo para evitar cualquier diferencia o conflicto entre las partes participantes durante el contrato. Comúnmente se usa en proyectos de construcción aunque también son efectivos en otras áreas incluyendo desarrollo, propiedad intelectual, acuerdos de accionistas y de producción compartida. Las reglas de Dispute Boards de la ICC consisten en un conjunto completo de disposiciones para el establecimiento y funcionamiento de un DB. Cubren aspectos tales como la designación del miembro de la junta de diferencias, los servicios que prestan y la compensación que reciben. Desde su introducción en 2004, estas reglas han sido ampliamente utilizadas en todo el mundo. En 2015 las reglas fueron revisadas para sintonizarse a la práctica y las exigencias modernas.”

A.1 NATURALEZA

La naturaleza de los *dispute boards* se fundamenta en los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que tienen por objeto el dirimir una controversia que se suscite entre las partes, sin tener que acudir al órgano jurisdiccional. Estos mecanismos representan la voluntad pura de las partes, toda vez que, en el caso del arbitraje, se deberá de contar con una cláusula compromisoria, mientras que, para una negociación, conciliación o mediación no será necesario.

En nuestro sistema jurídico se pueden encontrar diversos tipos de mecanismos alternativos de solución de controversias, de los cuales los principales resultan ser: i) Negociación; ii) Mediación; iii) Conciliación; y iv) Arbitraje.

¹⁶Cyril Chern. **Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure**. Ed. United States, Blackwell Publishing, 2008, p. 2.

¹⁷ Rodríguez Fernández, Maximiliano. “Resolución de Disputas en el Contrato Internacional de Construcción: la labor del Engineer y de los Dispute Boards”. En: **REVISTA e-Mercatoria**. Colombia, Volumen 5, No. 2, 2006, pp.14.

Entendido lo anterior, resulta pertinente abordar el tema de los mecanismos en mención y los diversos tipos de solucionar conflictos, resultando ser tres:

- 1) **Auto Tutela:** Este mecanismo se caracteriza porque impone el interés de una de las partes sobre el interés de la otra, aún y en contra de su voluntad¹⁸. Es donde una de las partes instruye la solución del conflicto valiéndose de la fuerza o posición en la que se encuentra. A la auto tutela, se le ha considerado como una forma egoísta de resolver conflictos, pues implica la imposición y que la solución del conflicto provenga de una parte del conflicto, por lo que la vuelve totalmente imparcial. Este mecanismo se encuentra prohibido en el primer párrafo del artículo 17 del CPEUM, que establece *“Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”*.
- 2) **Autocomposición:** Es la vía de solución de conflicto alcanzada a través de la cesión o renuncia de un derecho en beneficio del interés ajeno, o bien, por cesiones recíprocas que ambas partes realizan. Es decir, sus manifestaciones pueden ser unilaterales o bilaterales y para que sean llevadas a cabo, es de vital importancia el consentimiento y acuerdo de las partes. Asimismo, esta vía se presenta dentro del proceso, al que necesariamente llegaran a concluir por voluntad de las partes y no por una autoridad o decisión de un tercero.
- 3) **Heterocomposición:** Para poder llegar a la solución del conflicto dentro de este mecanismo, será fundamental la intervención de un tercero, quien, a su vez, será quien decida y termine con el litigio. Como formas clásicas de la heterocomposición, tenemos

¹⁸ Vado Grajales, Luis Octavio. “Medios Alternos de Solución de Conflictos”. Disponible en línea: CEJA.JSCA. <<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>>

al procedimiento arbitral y el proceso judicial¹⁹. El primer caso, consiste en un mecanismo alternativo de solución de controversias en donde las partes tienen plena voluntad de designar a los árbitros, la legislación aplicable y el idioma, mientras que, en el proceso judicial, es la figura tradicional del juez, autoridad facultada por el Estado para poder finalizar o dirimir cualquier controversia siguiendo lo establecido expresamente en ley, jurisprudencia y principios generales de derecho.

Expuesto lo anterior y para efectos del presente proyecto se analizará a detalle los métodos de autocomposición y heterocomposición a la luz de los mecanismos alternativos de solución de controversias. El primero como ya fue mencionado, puede ser por manifestaciones unilaterales o bilaterales. Para poder entenderlo de una manera más adecuada, se trata de una autocomposición unilateral cuando, por una de las partes, existe el allanamiento o el desistimiento. Mientras que, por otro lado, de manera bilateral pueden ser: la negociación, la conciliación o la mediación. Mecanismos en donde no es necesaria la intervención directa de un tercero para dirimir la controversia, cuestión contraria al arbitraje o al proceso jurisdiccional.

El segundo método en el que, para poder dirimir la controversia se requiere la intervención de un tercero, es el caso específico del arbitraje. Esto, aún y cuando no es *per se* un proceso llevado ante una autoridad, sino ante un árbitro, el cual decidirá y finalizará la controversia a través de un laudo. Sin embargo, a contraposición de los mecanismos de autocomposición anteriormente mencionados, para dirimir la controversia, es necesario que las partes expongan sus posturas, conforme a Derecho, para solo así, lograr una resolución favorable.

¹⁹ Ídem. Pg.375

A.2 FUNDAMENTACIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los mecanismos alternativos de solución de controversias encuentran su fundamento en el artículo 17, párrafo quinto de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece:

“Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

(...)

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. *En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”*

(Énfasis añadido)

Ante la redacción del artículo 17 constitucional, pareciera que dichos mecanismos, no cumplirían con una administración justa, de manera pronta, completa e imparcial. Es decir, como si estos mecanismos estuvieran exentos de la obligación de brindar a toda persona una justicia pronta, completa, e imparcial. Aunado a esto, de la redacción de la norma constitucional, se interpreta que los mecanismos en mención fuesen una especie de justicia de segunda clase, cuando en realidad, hoy en día la justicia más pronta y expedita se recibe de los ADR (*Alternative Dispute Resolution*)²⁰ en lugar de la que el Estado ofrece u otorga²¹.

“Si quienes acuden a los medios alternos de solución de controversias pudieran contar con alguien con experiencia, conocimientos, honestidad y tiempo que se dedicara exclusivamente a la solución de una controversia, se hablaría de otro nivel en la impartición de justicia, donde prevalecería el estudio y análisis del fondo de la controversia y no solo la formalidad del procedimiento.”²²

Partiendo del supuesto que la justicia otorgada por el poder del Estado a través de los jueces es totalmente gratuita, cuestión argumentable y polémica, ya que todos los miembros del poder

²⁰ Los ADR, en español se traduce a los Mecanismos Alternos de Solución de Controversias, que como se explica en el presente capítulo, tienen como finalidad el que, por voluntad de las partes, éstos resuelvan los conflictos que pudieran sobrevenir en su relación.

²¹ Veytia Palomino, Hernany y Jorge. **Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias.** Ed. México, Porrúa, 2010, p. 3.

²² Ídem. pg. 5

judicial reciben sueldo y prestaciones, mismas que derivan del presupuesto de la nación, las cuales a su vez, es obtenida a través de los impuestos pagados por los contribuyentes.

Lo anterior no implica el hecho que al acudir a un mecanismo alternativo de solución de controversias, el órgano jurisdiccional se vea afectado, sino todo lo contrario ya que será la misma autoridad quien se “ahorará” el trabajo y como consecuencia inmediata, brindará indirectamente mayor celeridad al aparato de justicia, toda vez que le disminuirá su carga de trabajo. A su vez, resulta favorable el mencionar que la Nación se beneficia de los mecanismos alternativos de solución de controversias, además de la disminución de carga de trabajo en sus tribunales, ya que de los honorarios pagados al árbitro, mediador, negociador, consultas, etc. se paga el IVA (Impuesto al Valor Agregado) y se suma a los ingresos del Impuesto sobre la Renta²³.

Establecido lo anterior, resulta pertinente la siguiente interrogante: ¿Son necesarios los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como el derecho al acceso a ellos? La respuesta es corta y contundente, sin lugar a duda de que sí lo son. A pesar de que se encuentra establecido en la misma Constitución, primordial cuerpo jurídico velador de garantías individuales, los gobernados tienen derecho a acudir a estos diversos tipos de mecanismos.

Sería correcto el afirmar que los mecanismos en cuestión constituyen un paso para formalizar y fomentar la democracia. Toda vez que empoderan y privilegian la participación de las voluntades de las partes a llegar a una solución de sus conflictos y así poder llegar a dirimirlos sin la tutela de órganos del Estado. Para robustecer lo anteriormente mencionado, resulta pertinente la siguiente tesis de los Colegiados de Circuito:

ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO.

²³Ídem. Pg.3

*SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.*²⁴ *(Énfasis añadido)*

²⁴ ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. Tesis aislada. Tribunales Colegiados de Circuito. Clave III.2o.C.6 K (10ª) SJF: 10ª época, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, p.1723). Disponible en línea: https://sif.scjn.gob.mx/sif/sist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000000&Apendice=10000000000000000000&Expresion=mecanismos%2520alternos%2520de%2520soluci%25C3%25B3n%2520de%2520controversias&Dominio=Rubro.Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=2&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2004630&Hit=2&IDs=2005290,2004630&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=. Énfasis añadido.

20

encuentra estrechamente relacionado con el objeto de la presente investigación. El ejemplo es el siguiente:

“El ciudadano mexicano está acostumbrado a leer en la prensa noticias como que un puente que representó una gran inversión hace veinte años ahora sea insuficiente y por ello se debe construir un túnel que pase por debajo del río; el distribuidor vial no es entregado a tiempo y que se encuentra desde hace meses en un 92%; otra obra pública requiere inversión adicional por demora...

Lo primero que los periodistas quieren hacer ver es corrupción, mal gobierno, problemas de gobernabilidad... sin embargo pocas veces se lee que el problema sea atribuido al constructor. Sería de gran utilidad prevenir las controversias contando con información sobre quién realizó y en qué consistió el estudio de factibilidad y si lo pactado en el contrato se cumple, aunque el documento se haya firmado muchos años atrás...”²⁶

En virtud de lo anterior, se entiende que, efectivamente, la mejor solución a una controversia es la prevención y para esto la ley y el contrato sí pueden prever medidas para prevenir las posibles controversias, tal como lo sería el monitoreo del proyecto, es decir, la principal función de los *dispute boards*. Con dicho monitoreo, es posible reducir los riesgos de un proyecto en sus disciplinas económicas, técnicas, temporales, legales, sociales y ambientales.²⁷

En Italia, a nivel del Código de Procedimientos Civiles, en su artículo 696 bis, se incorporó un mecanismo alternativo de solución de controversias que sin duda, sería de gran utilidad en México y éste consiste en que, en lugar de que el perito intervenga en una etapa avanzada del procedimiento o que se deje la cuantificación de daños y perjuicios al final y cuando la controversia radique en una cuestión puramente técnica, las partes pueden pedir una consultoría técnica y ésta puede ayudar a las partes a llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia y si no, el resultado de dicho dictamen, será incorporado al procedimiento judicial. Lo anterior con la única finalidad de permitirle a las partes, aclarar cualquier cuestión, duda o posible conflicto suscitado y les permita seguir con sus relaciones contractuales. Textualmente y traducido al español²⁸, el Código de Procedimientos Civiles Italiano establece:

²⁶ Ídem. Pg. 11

²⁷ Loc.Cit

²⁸ Ídem.pg. 13

Art. 696 bis (Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite) <i>L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione. Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Il processo verbale è esente dall'imposta di registro. Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito. Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili.</i>	Art. 696 bis (Consultoría técnica para efectos de la composición de la controversia) La realización de un asesoramiento técnico, por la vía preventiva, puede solicitarse también más allá de las condiciones establecidas en el primer párrafo del artículo 696, con el fin de determinar las reclamaciones derivadas de la falta o incorrecta ejecución de las obligaciones contractuales o aquellas derivadas de hecho ilícito. El juez procederá de conformidad con el párrafo tercero del mencionado artículo 696. El consultor, antes de la presentación del informe, intentará, en la medida de lo posible, la conciliación de las partes. Si las partes se conciliaron se elabora un recuento verbal de la conciliación. El tribunal atribuye con un decreto de eficacia de título ejecutivo al proceso verbal para la expropiación y la ejecución en forma específica y la inscripción de la hipoteca judicial. El recuento verbal está exento de registro. Si la conciliación fracasa, cualquiera de las partes podrá solicitar que le informe presentado por el consultor sea añadido a las actas del sucesivo juicio sobre el fondo. Se aplican los artículos 191 a 197, en tanto resulten compatibles.
---	--

Se considera de gran importancia la medida adoptada por la legislación italiana, toda vez que como se acaba de mencionar, las partes pueden acudir a un dictamen técnico con la única finalidad de agilizar el proceso de solución al conflicto. Ahora, con base en lo anterior, los *dispute boards*, en materia de construcción, son el medio idóneo para la conducción y gestión de conflictos emanados de los contratos celebrados entre las partes. Toda vez que son un medio de prevención de controversias, al establecer a un comité especializado en la materia que monitoreará lo pactado en el contrato, como lo son los plazos, desarrollos, permisos, documentos y avances, para que el contrato sea ejecutado de manera óptima.

No obstante a su facultad de constante monitoreo, los *dispute boards*, a su vez, contarán con la potestad de poder dirimir las controversias entre las partes. A este punto y con base a su nivel de experiencia en la materia y dado que tienen conocimiento de la relación contractual desde su inicio, es que les permitirá a los miembros del panel concluir de una manera eficaz las mismas

controversias. Asimismo, tal y como lo prevé la legislación italiana mencionada anteriormente, el mismo *dispute board*, es un panel técnico y especializado que podrá evaluar la situación, motivo de la controversia, instantes previos de acudir a un órgano jurisdiccional o inclusive a un arbitraje. Dando a entender, que el *dispute board* es el mecanismo de solución de controversia idóneo para la ejecución de los contratos en materia de construcción.

B. TIPOS DE DISPUTE BOARDS

En virtud de lo expuesto, podemos determinar que los *dispute boards* son una creatura del contrato, consistentes en un tribunal *sui generis* privado que tiene por objeto resolver las discrepancias que se dan entre las partes en un contrato. Éstos se rigen por reglamentos, cláusulas, o bien, por la voluntad de las partes.

Una vez adentrado al tema de este mecanismo alternativos de solución de controversias, resulta pertinente mencionar que, por ejemplo, el reglamento de los *dispute boards* de la CCI, establece explícitamente que al percibir un desacuerdo potencial, el *dispute board* tiene tres funciones básicas que puede llegar a realizar, siendo las siguientes:

- i. Alentar a las partes a resolver el problema entre ellos mismos, sin necesidad de la intervención del *dispute board*.
- ii. En caso de no ser posible llevar a cabo el punto anterior, o se trate de un problema grave, el *dispute board* puede asistir de manera informal para orientar y aconsejar a las partes; o
- iii. Determinar una disputa a través de una recomendación o decisión emitida después de un procedimiento de derivación formal.

Asimismo, las reglas de CCI, le dan la opción a las partes contratantes de poder elegir un tipo de *dispute board*. Hoy en día, existen tres tipos de *dispute boards*, cada uno con funciones y

facultades distintas. Principalmente, se distinguen por el tipo de conclusión que emite en una referencia formal²⁹. Los tipos de *dispute boards* son los siguientes:

- a. *Dispute Review Board*. Sólo emiten recomendaciones las cuales no son vinculantes o de carácter obligatorio para las partes, por ende, las partes pueden adoptar o rechazar las recomendaciones, dentro de los primeros treinta días después de recibidas, a través de la notificación por escrito. En el supuesto de inconformidad, el agraviado se encuentra facultado para iniciar con el procedimiento arbitral. Sin embargo, si ninguna de las partes manifiesta su rechazo dentro del plazo de treinta días, la recomendación adopta el carácter de obligatoria para las partes.³⁰
- b. *Dispute Adjudication Board*. Emiten decisiones que deberán ser acatadas de forma inmediata por las partes aún y cuando exista una manifestación de desacuerdo. Las partes pueden objetar y notificar su rechazo de la decisión dentro del plazo de treinta días a partir de su emisión. En caso de no objetar o notificar rechazo alguno, las decisiones continuarán siendo obligatorias y se convertirá en decisión final y el hecho de que alguna parte no cumpla con lo establecido en la decisión obligatoria y final, faculta a la contraparte de someter ese incumplimiento al arbitraje. Empero, en caso de notificar el rechazo por alguna de las partes, la decisión es provisionalmente obligatoria, ya que el asunto deberá ser determinado por el arbitraje³¹. Es decir, no se puede excusar

²⁹ Mexico International Chamber of Commerce. **Arbitraje y mediación, dispute boards**. Disponible en línea: Mexico International Chamber of Commerce <<https://www.iccmex.mx/productos-y-servicios/arbitraje-y-mediacion/dispute-boards#>> (Consultado el 25 de septiembre 2019).

³⁰ CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, Reglamento relativo a los Dispute Boards, art. 4

³¹ Ídem, art.5

de su cumplimiento inmediato, a menos que, un tribunal arbitral disponga lo contrario.

- c. *Combined Dispute Board* . Este tipo de *dispute board*, constituye un modelo híbrido de los dos anteriores, ya que usualmente emiten recomendaciones u ofrecen una solución intermediaria entre la opinión de *dispute review board* y la opinión de *dispute adjudication board*. Los *combined dispute board* hacen recomendaciones a petición de una de las partes mientras que no haya rechazo u oposición por la contraparte. Asimismo, pueden también emitir decisiones obligatorias si una parte requiere al panel una decisión y la otra parte no la objeta.

Entendidos los diversos tipos de *dispute boards* que existen, resulta preciso señalar las peculiares características que destacan en la figura en cuestión, siendo las siguientes:

- i) Conocimiento del Panel. Los integrantes que conforman el panel es definido en el contrato de obra para el proyecto de construcción durante su ejecución, o sea, durante el tiempo de vida del proyecto.
- ii) Atención del Panel. Este será con base en lo establecido por las mismas partes, ya que como se analizó previamente, el *dispute board* tendrá la facultad que las partes le otorguen. Dichas potestades tendrán la finalidad de procurar resolver o bien resolver la controversia durante el tiempo de ejecución del proyecto.

- iii) Que la controversia se resuelva con el objeto de que el proyecto continúe con la discrepancia resuelta³².

C. REGULACIÓN DE LOS *DISPUTE BOARDS*

A continuación, se abordarán los principales reglamentos o cuerpos normativos que regulan a los *dispute boards*. No obstante, resulta pertinente el mencionar que aún y cuando en la legislación mexicana no se reconozca la figura de los *dispute boards*, nada impide a las partes, dentro del derecho privado, pactar el panel de solución de controversias en cuestión, sometiéndolo al reglamento del CCI o las cláusulas modelo FIDIC. Esto debido al principio de “*pacta sunt servanda*”, conforme a cual si las partes están de acuerdo en someter cualquier tipo de controversias a un *dispute board* como instancia pre-arbitral, dicho acuerdo será válido. Sin embargo, es fundamental el aclarar que lo que se busca en la presente investigación, es la implementación de la figura en la Ley de Obras Públicas, al igual que la implementación de un capítulo que regule de manera detallada la figura en mención dentro del Libro Quinto, Título Cuarto del Código de Comercio, para que las partes dentro de un contrato de obra pública puedan acudir ante dicho mecanismo alternativo de solución de controversias que, como se ha mencionado, es sin duda, el más eficiente para la materia en específico.

En virtud de lo anterior, cualquier autoridad tiene como obligación el apegarse, entre otros principios, al principio de legalidad. El cual constituye un principio general de Derecho

³² Hernández García, Roberto. *Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias*. Ed. Perú, 2004, p. 24.

universalmente admitido, conforme al cual las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite.

“En efecto, el principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del Estado, deben encontrarse fundados y motivados por el derecho en vigor, esto es, el principio de legalidad demandada la sujeción de todos los órganos estatales de derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales deben tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y formas consignadas en la Constitución. En este sentido, el principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo “Estado de Derecho”³³

De lo citado anteriormente, se entiende que la administración pública está, en toda su actividad funcional, sujeto a lo expresamente reconocido por la ley y las exigencias del bien común, por lo que no podrá alejarse o desviarse de dicho principio en ningún momento. Asimismo, es oportuno el mencionar que las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo que expresamente les faculta la Ley, en contraposición a la facultad de los particulares de hacer todo aquello que no les prohíbe la Ley.

El principio de legalidad se encuentra consagrado en los primeros párrafos de los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los cuales establecen:

Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho

Artículo 16.- “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (...)”

Por lo que se habrá de comprender que las autoridades solo podrán actuar bajo la ley y en términos de la ley. Dicho principio otorga seguridad y certeza jurídica a los gobernados al delimitar las facultades que tiene la autoridad para que ésta no actúe arbitrariamente. Es preciso citar la expresión atribuida a John Adamas: “gobierno de leyes y no de hombres³⁴.” En donde nuevamente

³³ Pérez Portilla, Karla. **Principio de Igualdad: alcances y perspectivas**. Ed. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. Disponible en línea: UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1589-principio-de-igualdad-alcances-y-perspectivas>>

³⁴ GARCIA PELATO. Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", Revista de Occidente, 6º ed., Madrid, 1961, p. 333. BIDART CAMPOS, Germán J., "Derecho Constitucional", Ediar, Buenos Aires, 1966, t. II, p. 110, nota 90.

es posible entender el origen del principio de legalidad en donde todo acto de la autoridad deberá estar fundamentado en ley.

Para robustecer y entender de una manera más ilustrativa el principio de legalidad resulta pertinente la siguiente jurisprudencia en materia constitucional, respecto a los impuestos:

IMPUESTOS, PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE EN MATERIA DE, CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.-

El principio de legalidad se encuentra claramente establecido por el artículo 31 constitucional, al expresar, en su fracción IV, que los mexicanos deben contribuir para los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes y está, además, minuciosamente reglamentado en su aspecto formal, por diversos preceptos que se refieren a la expedición de la Ley General de Ingresos, en la que se determinan los impuestos que se causarán y recaudarán durante el período que la misma abarca. Por otra parte, examinando atentamente este principio de legalidad, a la luz del sistema general que informa nuestras disposiciones constitucionales en materia impositiva y de explicación racional e histórica, se encuentra que la necesidad de que la carga tributaria de los gobernados esté establecida en una ley, no significa tan solo que el acto creador del impuesto deba emanar de aquel poder que, conforme a la Constitución del Estado, está encargado de la función legislativa, ya que así se satisface la exigencia de que sean los propios gobernados, a través de sus representantes, los que determinen las cargas fiscales que deben soportar, sino fundamentalmente que los caracteres esenciales del impuesto y la forma, contenido y alcance de la obligación tributaria, estén consignados de manera expresa en la ley, de tal modo que no quede margen para la arbitrariedad de las autoridades exactoras ni para el cobro de impuestos imprevisibles o a título particular, sino que el sujeto pasivo de la relación tributaria pueda, en todo momento, conocer la forma cierta de contribuir para los gastos públicos del Estado, y a la autoridad no queda otra cosa sino aplicar las disposiciones generales de observancia obligatoria, dictadas con anterioridad al caso concreto de cada causante. Esto, por lo demás, es consecuencia del principio general de legalidad, conforme al cual ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos y autorizados por disposición general anterior, y está reconocido por el artículo 14 de nuestra Ley Fundamental. Lo contrario, es decir, la arbitrariedad en la imposición, la imprevisibilidad en las cargas tributarias y los impuestos que no tengan un claro apoyo legal, deben considerarse absolutamente proscritos en el régimen constitucional mexicano, sea cual fuere el pretexto con que pretenda justificarseles.³⁵

(Énfasis añadido)

Una vez entendido el principio de legalidad, podemos determinar la necesidad de regular la figura de los *dispute boards* en la Ley de Obras Públicas y en el Código de Comercio, ya que, es la única manera en la cual la administración pública podrá recurrir a la utilización de los paneles en mención, que como será demostrado en su capítulo correspondiente, resultan la mejor alternativa.

³⁵ IMPUESTOS, PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE EN MATERIA DE, CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- Jurisprudencia. Pleno. Tesis: 252 (7ª) SJF: 7ª época, Tomo I, p. 297). Disponible en línea: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=900252&Clase=DetalleTesisBL>.

C.1. REGLAMENTO DE LA CCI

En la actualidad existen diversos ordenamientos que regulan de manera efectiva los *dispute boards*, estableciendo sus lineamientos, así como obligaciones y responsabilidades de los miembros del panel, entre otras cuestiones. Existen, a su vez, diversas asociaciones latinoamericanas que han redactado y publicado numerosas regulaciones sobre la materia, como lo son, por ejemplo: el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) en Ciudad de México; la Pontificia Universidad Católica de Perú (PUCP); y la Cámara de la Industria de la Construcción de Chile. De igual forma, cabe señalar que mencionadas iniciativas se han llevado a cabo a la par de las reglas internacionales existentes de CCI y los lineamientos que los contratos modelo de FIDIC contienen³⁶.

Como se ha mencionado, uno de los reglamentos más frecuentados a seguir, es el establecido por la Cámara de Comercio Internacional, el cual fue primeramente publicado en el año 2004 en los idiomas inglés y francés, los cuales son los idiomas oficiales de la CCI y que a partir del año 2006 fue publicado en español³⁷. Este reglamento ha sido utilizado en diversos proyectos en Latinoamérica, dada su especificidad y completa regulación. El propósito de dicho reglamento consiste, básicamente, en resolver desavenencias y controversias que pudieran surgir durante la ejecución del contrato. Lo que caracteriza a este reglamento es la implementación de un tercer tipo de *dispute board*, siendo el “*combined dispute board*” en dónde este panel podrá emitir recomendaciones o decisiones vinculantes, según lo soliciten las partes.

³⁶ Hernández García, Roberto. Ob.Cit.

³⁷ Quintanilla Madero, Cecilia. “*Introducción a los Dispute Boards. Arbitraje y Solución de Controversias en Materia de Construcción*”. Octubre, 2007. Disponible en línea: **100 México Pauta.** No.54, 2007
<<https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/06c231d0e8c9c89b15d3ebcfa19f18b68377bc28.pdf>>

En dicho reglamento se especifican los distintos tipos de *dispute boards* que las partes contratantes podrán pactar, así como sus características, permitiendo a las partes poder decidir el tipo de intervención que tendrá el *dispute board* en su relación contractual. A su vez, el reglamento establece cláusulas modelo, en las cuales permite que las partes las adopten de manera íntegra sin dejar lagunas o posibles interpretaciones contrarias, cuestiones objeto de controversia. También es importante mencionar que la cláusula modelo para designar *dispute boards* en el reglamento en cuestión, es manejada como una cláusula escalonada donde se establece que primeramente se deberá acudir al panel de solución de controversias correspondiente (el que hayan pactado las partes) para posteriormente y si es que una de las partes se encuentra inconforme, acudir al arbitraje. Dicho proceso se desarrollará y abordará en el último capítulo.

En virtud de lo señalado con anterioridad dentro del presente capítulo, se estima que para efectos de la contratación de obra pública, en la cual la Administración pública es parte del contrato, el *dispute board* que deberá ser implementado es el de *dispute adjudication board* o, como se le ha denominado en Perú, Junta Decisoria de Disputas.

Se estima que dicho panel es el adecuado, toda vez que las decisiones que éste emite son vinculantes y no únicamente recomendaciones sin efecto alguno. Cabe mencionar que como se observó, dichas recomendaciones después de un plazo específico pueden adoptar el carácter de vinculantes. No obstante, dada la naturaleza de la construcción y bajo el principio de eficiencia y celeridad, se sostiene que el establecer como única opción, en materia de contratación pública de construcción, los *dispute adjudication board*, es lo más pertinente y eficiente.

Una de las grandes ventajas que caracteriza el someterse al reglamento del CCI, es que este ha sido redactado por especialistas de diferentes tradiciones jurídicas, culturas y profesiones. Por

lo cual el reglamento proporciona un marco estructurado a fin de garantizar la transparencia, eficiencia y justicia.

Por último respecto a este reglamento, es de gran relevancia el aclarar que una vez que la figura se encuentre implementada en la legislación mexicana, nada impide que el contratista y la administración pública decidan convenir sobre la aplicabilidad del reglamento que ellos decidan o convengan, pudiendo ser el reglamento de CCI.

C.2 LINEAMIENTOS DE CONTRATOS MODELO FIDIC

La Federación Internacional de Ingenieros Consultores es una organización internacional de estándares para la consultoría en materia de ingeniería y construcción. Esta organización publica contratos modelos en los cuales se establecen los lineamientos que, a consideración de expertos, cumplen con los requisitos, no sólo básicos, sino sofisticados, en la materia. Lo anterior toda vez que, los contratos modelo propuestos por esta organización son realizados por expertos en la materia con el único propósito de regular los contratos en materia de construcción en el ámbito internacional, recogiendo las necesidades y exigencias derivadas de la creciente internacionalización de la ingeniería y construcción³⁸.

“Los modelos FIDIC representan un vehículo seguro para desarrollar inversiones internacionales, en especial en proyectos EPC y en proyectos contratados bajo la fórmula de diseño y construcción. Diversos países han adoptado estos contratos como el modelo de contratación pública, o se han basado en ellos en los conceptos FIDIC para crear su propio modelo.”³⁹

La introducción de los *dispute boards* en los contratos modelo de FIDIC fue un lógico desarrollo en los procedimientos del pre-arbitraje, con la finalidad de eliminar disputas de manera eficiente y rápida. En los contratos modelo de FIDIC, se pueden observar dos tipos diferentes de *dispute boards*, siendo los *dispute adjudication board*, permanente y Ad Hoc.

³⁸ FIDIC ORG. “¿Qué son los FIDIC?. Uso práctico de los contratos FIDIC”. Disponible en línea: **La Asociación de Empresas Consultoras de Ingeniería de Chile A. G., FIDIC**. No. 1, 2015 <https://fidic.org/sites/default/files/Curso_FIDIC_Chile_julio_2015.pdf>

³⁹ Loc. Cit.

En los libros rojo y dorado, el primero versa sobre “Condiciones de Contratación para la Construcción” y el segundo sobre “Condiciones de Contratación para Proyectos y Obra” se encuentra el *dispute adjudication board* permanente, en el cuál se mantiene una familiaridad con el proyecto desde su inicio, teniendo citas periódicas para ver el progreso de la misma obra, otorgándole la facultad al *dispute adjudication board* para dar una solución vinculante provisional en las decisiones del proyecto, de manera eficaz.⁴⁰

El *dispute adjudication board* cuenta con 84 días desde la remisión de disputa a dicho panel para emitir su resolución. De ahí, las partes cuentan con el plazo de 24 días para emitir un aviso de insatisfacción. En caso de que se emita el aviso, se prevé el plazo de 56 días para intentar una solución amistosa entre las partes y, en caso de no poder llegar a ella, la parte que se encontrase insatisfecha con la decisión podrá dar inicio al procedimiento del arbitraje⁴¹.

La FIDIC siempre ha favorecido o incentivado a las partes a pactar un *dispute board* que emita decisiones vinculantes y no una mera recomendación, toda vez que se considera que será más benéfico para el procedimiento de los contratos internacionales de construcción. Al igual que los contratos utilizados por servidores públicos y organismos públicos, ya que, en el caso de una simple recomendación, ésta podría recibir críticas, estar bajo investigación e incluso a ser objeto de corrupción, por lo que atendiendo a la necesidad de resolver las posibles controversias derivadas del contrato, lo mejor será acudir a un panel de solución de controversias cuya decisión sea de carácter vinculatorio.

⁴⁰ R. Seppälä, Christopher. “FIDIC AND DISPUTE ADJUDICATION BOARDS (DAB(s)). International Federation of Consulting Engineers”. 2015 Disponible en línea: FIDIC ORG. <<https://fidic.org/sites/default/files/webinar/PresentationCSeppFIDICandDisputeAdjudicationBoards.pdf>>

⁴¹ Loc.Cit.

CAPÍTULO TERCERO

FIGURA COMPLEMENTARIA AL ARBITRAJE

En el desarrollo del presente trabajo se ha mencionado que los *dispute boards* son considerados como una medida pre-arbitraje, toda vez que las partes, antes de acudir al arbitraje, deberán considerar o, en su caso, acatar, lo establecido por los *dispute boards*. No obstante, a falta de los paneles de solución de controversias, las partes tienen dos opciones para solucionar sus controversias, acudir a un arbitraje, si es que así lo pactaron o bien, acudir al órgano jurisdiccional para que dirima la controversia.

Entonces, en la práctica, hoy en día, lo más común es que las partes acuerden que cualquier controversia derivada del contrato deberá ser resuelta en el arbitraje. Lo anterior debido a que es precisamente en este mecanismo donde se busca empoderar a las partes, para que sean ellos quienes designan a los árbitros que deberán conocer del asunto, así como las reglas que deberán de observarse. No tiene otro objetivo más que buscar solucionar la controversia, llegando a ser más eficaz que la justicia que otorga el Estado, cuestión que será abordada en el presente capítulo.

A. NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Si bien es cierto, el arbitraje ha ido evolucionando y desarrollándose conforme al transcurso del tiempo. No cabe duda que, como consecuencia de la globalización y constante facilidad que tiene el comercio de llegar a distintas ciudades, países y hasta continentes, el arbitraje ha requerido a su vez, la necesidad del acompañamiento de la certeza jurídica. Ante esta situación el arbitraje brinda la posibilidad de facultar a las partes de poder designar el derecho aplicable a su acto jurídico celebrado, así como en el supuesto de alguna controversia, los árbitros que deberán

conformar el Tribunal arbitral, que posteriormente dictarán un laudo y la *lex arbitri*, la cual atiende a la legislación procesal aplicable al mismo tribunal.

En virtud de lo anterior, el arbitraje es uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias contemplados en nuestra legislación. Tal y como fue mencionado, en el artículo 17 de la Carta Magna y de manera más específica, en el Código de Comercio, que regula el arbitraje comercial. Asimismo, el arbitraje es considerado el único mecanismo alternativo de solución de controversias donde una tercera persona distinta a las partes decide la disputa. El árbitro o tribunal arbitral sigue un procedimiento legal y decide conforme a reglas jurídicas o con base en principios de equidad, si las partes así lo autorizaron⁴².

Entendiendo que el arbitraje pertenece, puramente y de manera única, a la clasificación de heterocomposición de los mecanismos en cuestión. A su vez, resulta preciso el señalar que los árbitros no son considerados como autoridades. Toda vez que las autoridades, cuentan con la facultad, otorgada por el estado, de realizar actos que son coercibles. Es decir, una autoridad puede afectar, ya sea de manera positiva o negativa la esfera jurídica de los gobernados, siempre y cuando éste sea motivado y fundado en la misma legislación. Por lo que nos permite determinar que una autoridad cuenta con la potestad de imperio y en el supuesto de que no se lleve a cabo lo dictado por la misma, ésta puede sancionar el incumplimiento, a través de medios de apremio, por ejemplo.

La potestad de imperio referida en el párrafo anterior, no la tiene un árbitro o en sí, el tribunal arbitral, ya que, si bien es cierto, es considerado como un ente con la capacidad de resolver alguna controversia, siempre y cuando se le haya designado, mas no como una autoridad. Éste, a pesar de su competencia, no puede ejercer la fuerza pública o medio de apremio alguno por sí solo, por lo que tendrá que solicitar apoyo judicial para la ejecución del laudo.

⁴² Uribarri, Gonzalo. **Derecho arbitral mexicano**. Porrúa, México, 2006.

Es de esta manera que se puede comprender que eventualmente y en la práctica, es muy común que el Tribunal arbitral solicite el auxilio judicial para poder ejercer el imperio del Estado a lo que el Tribunal considere pertinente, ya sea la presencia de un testigo, alguna revelación de información o, en la mayoría de los casos, para la ejecución de los laudos.

Para efectos de la presente investigación no se ahondará en el tema de la ejecución de los laudos, sin embargo, dentro del ámbito arbitral, se considera uno de los temas angulares o más importantes, toda vez que será a través del órgano jurisdiccional que se podrá ejecutar el laudo con la fuerza del mismo Estado. No obstante, sí se comentará que existen diversos tratados, legislaciones, reglamentos y doctrina que abordan y explican de manera precisa la normativa aplicable al caso, siendo entre ellos el más importante, dada la cantidad del número de países parte, *“La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.”* Nueva York, 1958.

B. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE AMBAS FIGURAS

B.1. ARBITRAJE

Una encuesta llevada a cabo por la Escuela de Derecho de la Universidad Queen Mary de Londres, publicada por primera vez en 2006 concluyó que, para la resolución de conflictos transfronterizos, el 73% de los encuestados prefiere usar el arbitraje internacional, ya sea solo (29%) o en combinación con la mediación u otras técnicas amigables para la resolución de controversias con enfoque múltiple (44%) y que *“las principales razones de escoger arbitraje internacional son la flexibilidad del procedimiento, la aplicabilidad de las sentencias, la privacidad que otorga el proceso y la habilidad de las partes de seleccionar los árbitros⁴³.”*

⁴³ ICC. México International Chamber of Commerce. **Servicios de Arbitraje**. Disponible en línea: International Chamber of Commerce México <<https://www.iccmex.mx/comisiones-de-trabajo/servicios-de-arbitraje/servicios-de-arbitraje>>

En concordancia a lo previamente mencionado y de acuerdo con su dinamismo, la industria de la construcción requiere de soluciones ágiles y especializadas. Actualmente el arbitraje y la mediación son las opciones más recurridas, toda vez que las ventajas que caracterizan a dichos mecanismos son la confidencialidad, agilidad, especialidad y flexibilidad. Ante esto, el proceso al que se someten las partes es el arbitraje.

A continuación, se mencionarán las ventajas que, efectivamente, tiene el arbitraje y el porqué la mayoría de las partes prefieren solucionar sus disputas vía arbitraje:

- 1) Flexibilidad en los procedimientos: El procedimiento arbitral es conocido porque se desarrolla con base en la autonomía de las partes, es decir, son las mismas partes quienes deciden cómo es que deberá ser llevada a cabo el procedimiento de solución de controversia. La autonomía de las partes se manifiesta al establecer o no la cláusula compromisoria; posteriormente, las partes podrán elegir el tipo de arbitraje que deberá ser llevado a cabo, por ejemplo, si se deberá someter a una institución en específico o no. Asimismo, la elección de la sede del arbitraje, su idioma, ley aplicable, número de árbitros y lo más relevante, son ellos quien pueden designar a los mismos árbitros, o bien, acordar un método para la selección de los mismos.
- 2) Neutralidad: En materia de derecho internacional privado, al encontrarse ante una controversia en donde las partes busquen solucionarlo a través de los órganos jurisdiccionales, el procedimiento para establecer la sede de donde deberá ser llevado a cabo el litigio, se compone por puntos de contacto, así como reglas de conflicto, lo cual a su vez, terminará siendo competente algún tribunal con sede en el lugar de residencia o nacionalidad (comúnmente) de una de las partes, lo cual significa que deberá ser llevado a cabo bajo cierto idioma y bajo la legislación del mismo país, lo cual a su vez, produce una

afectación en el balance del principio de equidad procesal ya que, naturalmente, una de las partes se verá más beneficiada que la otra. Ante esta situación, el arbitraje es considerado neutral en su práctica, toda vez que, las partes acostumbran a designar como sede del arbitraje un país tercero, que no guarde relación con las mismas partes (en el supuesto de que los contratantes fueran de nacionalidades distintas). Es de esta manera que, al establecer que cualquier controversia pueda ser resuelta por un tribunal arbitral, bajo un idioma, legislación tanto de fondo como procesal, previamente pactados, brinda la neutralidad y certeza jurídica que toda persona busca, al momento de encontrarse en un litigio.

- 3) Selección de los árbitros: El arbitraje brinda la opción de que las partes designen a sus árbitros, los cuales no deberán de ser necesariamente abogados y podrán conocer de la materia en cuestión de litigio. Esta facultad, resulta de gran importancia mencionar, ya que, plantea, a primera instancia, que las partes podrán nombrar a los árbitros que consideren aptos para conocer del objeto de la controversia, ya sea por su capacidad técnica en cierta materia, o en Derecho. Aplicado al tema en cuestión, el Tribunal arbitral podría ser compuesto por expertos en la materia de construcción, lo cual brindaría seguridad jurídica a las partes, de que el laudo emitido, será realizado por personas capaces y con conocimientos en la materia. No obstante, se establece, tanto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, como el del *London Court of International Arbitration*, *American Arbitration Association*, Centro de Arbitraje de México dentro de sus disposiciones normativas, de manera sintetizada establece que todo árbitro deberá ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje. Ya que, en el supuesto de que no se respetara dicho principio, existe, al igual que en la vía ordinaria, la figura de la recusación, la cual consistirá en destituir del

Tribunal arbitral, al árbitro que no fuera acorde con este principio y se designaría a otro. Esto con la única finalidad de mantener la plena igualdad entre las partes dentro del procedimiento.

- 4) Tiempo y costos: Como ha sido establecido, el arbitraje resulta ser un mecanismo en el cual la solución de conflictos es rápida y eficiente. Lo anterior, ya que, nuevamente, a comparación de un juicio en un tribunal jurisdiccional, atiende principalmente a cuestiones de fondo y no da prioridad a los formalismos. Cuestiones que, en un juicio ordinario, podría llevar un tiempo sumamente prolongado por dilatación en el proceso por cuestiones de mera forma, el arbitraje busca enfocarse en la solución de fondo de la controversia. Esto ayuda a que el procedimiento sea llevado a cabo de una manera más pronta y eficaz.
- 5) Confidencialidad: El arbitraje al pertenecer naturalmente al sector privado, los procedimientos y audiencias arbitrales son completamente privados. Sólo los árbitros, las partes y sus abogados, son autorizados para atender y recibir documentos o información relativa al procedimiento.
- 6) Decisiones definitivas, vinculantes: Una ventaja de los laudos emitidos por los árbitros es que son inapelables. Es decir, no existe recurso alguno ante el laudo emitido en el arbitraje, ya que estos son definitivos. No obstante, una de las partes puede solicitar la anulación del laudo, en el supuesto de que hayan existido irregularidades, tales como injusticias en el proceso o falta de independencia del árbitro.
- 7) Reconocimiento y ejecución de laudo: Los laudos arbitrales gozan de mayor facilidad de reconocimiento y ejecución en el extranjero que las sentencias dictadas por los tribunales judiciales. Han sido 145 países los que han firmado la Convención de Nueva York, anteriormente mencionada. Dicho tratado prevé la aplicación de los acuerdos arbitrales en

los países firmantes. Lo cual, sin lugar a duda, brinda mayor certeza a las partes, de que el laudo otorgado por el tribunal arbitral podrá ser ejecutado y no simple letra muerta.

B.2. *DISPUTE BOARDS*

En cuanto a las ventajas de este mecanismo de solución de controversias, abarca los temas medulares del arbitraje recién expuestos. Si bien es cierto, las recomendaciones realizadas por los *dispute boards* pueden no ser vinculantes, se parte del hecho de que por la misma naturaleza del negocio de construcción, lo que se busca es recibir o entregar, ya sea la obra o la contraprestación, conforme a lo pactado en el contrato. Es de esta manera, que un *dispute boards* conformado por un comité técnico, seleccionado por las mismas partes, integrado por personas especializadas en la materia, llevará a cabo el debido monitoreo y revisión de documentos, materiales y acciones realizadas por las partes.

Cabe mencionar que, los *dispute boards* cumplen con las ventajas del arbitraje anteriormente mencionadas, a excepción de la decisión definitiva y el reconocimiento y ejecución de la resolución. Por lo que la ejecución dependerá de la buena fe de las partes, ya que, en principio, dichas resoluciones atienden al objeto del contrato y no tanto a las partes. Cuestión que, a su vez, presupone y empodera a las partes para continuar y llevar a cabo sus pretensiones establecidas en el contrato.

Sin duda alguna, la ventaja principal con la que cuentan los *dispute boards* a comparación del órgano jurisdiccional y del mismo arbitraje, es la constante revisión mediante bitácoras, visitas, informes, entre otras cuestiones durante la ejecución del contrato. Por lo que, al momento en que se llegase a suscitar una controversia entre las partes, los *dispute boards* contarán con la información necesaria para brindar una pronta recomendación, tomando en cuenta todos los factores desde el inicio del contrato. Cuestión que, en un arbitraje o en un juicio no se presenta,

porque el tribunal arbitral o el juez, tendrán conocimiento de la existencia del contrato, de las mismas partes y de la cuestión a dilucidar, hasta que se haya generado la controversia.

Un ejemplo muy sencillo, pero que nos permite dimensionar de una manera precisa la situación que se explica, es que al juez y al árbitro se les tiene que contar cómo es que contrataron las partes, bajo qué circunstancias, una narración de los hechos, exposición de pruebas para probar los argumentos de las partes que buscan obtener el fallo a su favor. Situación que, sin lugar a duda, dentro del arbitraje es más rápida que en la vía judicial, empero, aún en el arbitraje son cuestiones que deberán ser desarrolladas y tomarán tiempo. Por otro lado, el *dispute boards* al conocer de dichos acontecimientos y estar familiarizado con las partes y la ejecución del mismo contrato, se presume que, dada su experiencia y especialización en la materia, éstos se encuentran en la posibilidad de brindar una solución “*de la noche a la mañana*”.

Al reconocer dicha figura en la legislación mexicana, se considera, de acuerdo con el maestro César Guzmán Barrón, que: “*los Dispute Boards ayudarán a resolver con prontitud y especialización ese gran 69.5% de controversias que ahora llegan al arbitraje por no tener un filtro previo que permita prevenirlas o resolverlas durante la ejecución del contrato*”⁴⁴.

Por otro lado, en cuanto a los tiempos y costos de solución de controversias, al compararlo con el arbitraje, normalmente éste tiene un costo del 5% del valor del contrato y tarda en resolverse de 1 a 5 años, mientras que a los *dispute boards* les toma de 90 a 180 días llegar a una resolución a un costo del 2% del valor del contrato.⁴⁵

Permitiéndonos concluir dentro de las ventajas de los *dispute boards* que estos tienen como finalidad o principal objetivo el gestionar un conflicto, más allá de simplemente resolverlo, como

⁴⁴ Barrón Sobrevilla, César Guzmán. **Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos**. México, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Disponible en línea: <<https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>>

⁴⁵ Quintanilla Madero, Cecilia. Ob.Cit.

sería la cuestión en un arbitraje o un juicio en el órgano jurisdiccional y, además, en un periodo más corto y a menor precio.

C. ÓRGANO COMPLEMENTARIO

A diferencia de lo pensado por ciertos doctrinarios, la implementación de los *dispute boards* viene, al igual que hizo el arbitraje con el órgano jurisdiccional, a aminorar la carga de estos tribunales y brindar a las partes, mayor seguridad y eficacia a la hora de solucionar sus controversias. Pero, ¿los *dispute boards* no se contraponen a la figura del arbitraje? La respuesta ante dicha interrogante es una negativa. Lo anterior porque, como ya fue mencionado, la intención de los *dispute boards* es ser una instancia *pre* arbitral. En donde las partes podrán someter a un panel de expertos en la materia, cuestiones que pudiesen convertirse en un conflicto mayor.

Asimismo, se ha llegado a creer que, por ser mecanismos parecidos con mismo fin, son excluyentes⁴⁶. Es decir, que en caso de llevarse a cabo uno, automáticamente elimina la posibilidad de recurrir al otro, obligando a las partes a someterse a sólo uno. Cuestión que como ha sido abordada en la presente investigación, es una falacia.

Entonces, visto de esta manera, tanto el arbitraje, como los *dispute boards*, pretenden dirimir los problemas que se den entre las partes, por lo que, al establecer en el contrato de obra, un *dispute boards* como “primera instancia” no se contrapone en ningún sentido a la esencia del arbitraje. No obstante, lejos de causar afectación alguna, en caso de no estar de acuerdo con la recomendación emitida por el *dispute boards*, las partes, podrían acudir ante un tribunal arbitral para poder, ahora sí, obtener un laudo vinculante, el cual podrá ser ejecutado conforme a la legislación aplicable.

⁴⁶ Hernández García, Roberto. *Dispute boards* (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica. Ob.Cit. 153

Una vez entendido lo anterior, resulta fundamental precisar que, como los *dispute boards* son considerados como una etapa pre-arbitral, sería incorrecto el asumir que las disposiciones que regulan el arbitraje, contenidas en el Código de Comercio, le serían aplicables. Toda vez que constituyen dos figuras distintas y, que como fue debidamente abordado en la presente investigación, no son figuras que se contrapongan, sino más bien, que se complementan. Por lo tanto, a consideración del autor y lo que éste busca proponer, es una regulación específica para la figura en cuestión. Cabe mencionar que en otros países que lo han implementado, se establece que para poder recurrir al arbitraje, dicha instancia pre-arbitral deberá ser agotada, es decir, el establecer someter las posibles controversias o disputas ante el *dispute board*, en aras de resolver lo más rápido posible la controversia, es un requisito que deberá ser cumplido para poder iniciar el procedimiento arbitral.

Por otra parte, las decisiones de los *dispute boards* son susceptibles de ser abiertas, examinadas, revisadas e inspeccionadas en un arbitraje, salvo que adquieran la calidad de final y vinculante. Cuestión que no es equiparable o atribuible al arbitraje, ya que si bien es cierto, los laudos arbitrales son inapelables, estos pueden ser revisados por cuestiones de forma, pero nunca de fondo. Es decir, en el arbitraje, al llevarse a cabo una revisión, el órgano jurisdiccional solamente podrá analizar si el procedimiento en el arbitraje fue llevado a cabo de la manera correcta, o si el árbitro era competente o cumplía con los requisitos necesarios, pero nunca cuestiones del fondo. Ya que ello implicaría una vulneración a lo pactado por las partes, al desear someterse a un procedimiento distinto al de la vía jurisdiccional.

La utilización de los *dispute boards* en el ámbito internacional ha sido un gran éxito, tan es así que las estadísticas de la *dispute resolution board foundation*, establece que en un periodo de 20 años, el 98% de los contratos con *dispute boards*, concluyeron sin tener que llegar a un

arbitraje o juicio⁴⁷. Lo que nos permite entender y concluir que, atendiendo a la esencia de los negocios de construcción y la necesidad de solucionar los conflictos suscitados entre las partes lo antes posible, este mecanismo lo permite, bajo la perfecta armonía de la garantía de seguridad jurídica y el empleo de la debida diligencia por parte de los expertos, miembros del panel *dispute boards*, al realizar recomendaciones.

⁴⁷ Dispute Resolution Board Foundation. **DB Project Data Base**. Disponible en línea: <<http://www.drb.org/>>

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTA LEGISLATIVA

Como se ha mencionado, la legislación aplicable a los contratos de obra pública en México es la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la cual se fundamenta en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En la Ley de Obras Públicas, se establecen los procedimientos que deberán ser llevados a cabo para poder adjudicar el contrato de obra pública y, sólo así, dar inicio con la relación contractual entre la administración pública y un particular.

El ordenamiento no es omiso en señalar, de manera correcta, los requisitos, principios y procedimientos que deberán ser llevados a cabo. Asimismo, dentro de dicho cuerpo normativo, se establece, en el Título Séptimo, “De las soluciones de las Controversias”. En mencionado capítulo, se incluye en el capítulo primero, la instancia de inconformidad, la cual otorga el derecho a los licitantes o a los participantes en el procedimiento de invitación restringida, de impugnar cualquier irregularidad en el proceso o acto de la autoridad que les cause perjuicio. Cuestión que representa un derecho de seguridad y certeza jurídica para los contendientes, a efecto de que las autoridades no incurran en actos de corrupción o meras arbitrariedades. Para efectos del presente proyecto, no se ahondará en la instancia de inconformidad anteriormente mencionada, sino lo que realmente es interés de la presente investigación, es lo contenido en los capítulos segundo y tercero del Título Séptimo del ordenamiento jurídico en mención.

Dicho lo anterior, el Capítulo Segundo que comprende desde el artículo 95 al 97 de la Ley de Obras Públicas, contempla la posibilidad de recurrir al procedimiento de conciliación, tanto para el contratista como para las dependencias y entidades, con el único fin de solucionar las desavenencias derivadas del cumplimiento del contrato de obra pública.

Asimismo, se establece que en el supuesto de que las partes lleguen a un acuerdo dentro de la conciliación, dicho convenio tendrá carácter obligatorio y podrá ser demandado por la vía jurisdiccional correspondiente. Al respecto es consideración del autor del presente trabajo que algún mecanismo alternativo de solución de controversias, brindará una solución de forma más rápida que la misma justicia del Estado otorgada a través de sus órganos jurisdiccionales.

Cabe mencionar que, dentro del mismo capítulo, en el último párrafo del artículo 97, establece que las partes podrán optar por cualquier vía de solución a su controversia. Sin embargo, ¿Cuáles son los mecanismos alternativos de solución de controversias en México? Los previstos en el Capítulo Segundo del presente proyecto: negociación, mediación, conciliación y arbitraje.

En virtud de lo anterior, se estima que no es erróneo el prever el procedimiento de conciliación como un mecanismo alternativo de solución de controversias en la materia, sin embargo, por cuestiones evidentes anteriormente analizadas y probadas, se estima que la figura idónea para la materia, sin lugar a duda, son los *dispute boards*.

Continuando con el Capítulo Tercero, del Título Séptimo de la Ley de Obras Públicas, denominado “Del arbitraje, otros mecanismos de solución de controversias y competencia judicial”, advertimos que en dicho capítulo se establece cómo es que las partes deberán pactar el acuerdo arbitral en cláusula expresa en el contrato o por convenio escrito posterior a la celebración del contrato de obra pública. Asimismo, la competencia que tendrá el tribunal arbitral y los efectos que tendrá el laudo emitido por el mismo tribunal.

Resulta fundamental mencionar lo establecido en los artículos 102 y 103 de la ley en mención, por lo que a continuación se reproducen:

“Artículo 102. Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos.

Artículo 103. Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de los contratos celebrados con base en esta Ley, serán resueltas por los tribunales federales, en los casos en que no se haya pactado cláusula arbitral o medio alterno de solución de controversias, o éstas no resulten aplicables.”

En primera instancia, pareciera que el legislador optó por no limitar los mecanismos de solución de controversias a los que las partes pudiesen acudir, señalando, de manera amplia que *“podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos”*.

Dentro del sistema jurídico mexicano, no existe una ley o disposición normativa que enumere todos los mecanismos alternativos de solución de controversias reconocidos en México. No obstante, existen diversos ordenamientos, que los reconocen y determinan su aplicación. Son ejemplos de ellos la *“ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal”*, la cual establece como únicos mecanismos alternativos de solución de controversias, para la rama del Derecho Penal, a los procedimientos de conciliación, mediación y junta restaurativa. Por otra parte, en el Derecho Agrario, la Ley Agraria reconoce las figuras de la conciliación y el arbitraje. Esta última figura, se encuentra prevista y regulada en el Código de Comercio en su Título Cuarto del Libro Quinto *“Del Arbitraje Comercial”*, para controversias de naturaleza mercantil.

Una vez entendido que la legislación no enumera, en sí, todos los mecanismos alternativos de solución de controversias, la doctrina los ha delimitado a los principales cuatro: negociación, conciliación, mediación y arbitraje, cada uno con sus respectivas características.

Pero, el lector deberá tener siempre presente que las partes en el contrato de obra, en el derecho privado, podrán optar por cualquier mecanismo que ellos consientan, aún y cuando no sean los anteriormente mencionados, pudiendo llegar incluso a ser el caso de los *dispute boards*. Sin embargo, bajo el principio de legalidad, para los contratos de obra pública resulta indispensable incluir en la legislación la figura en cuestión, con el objeto de que la Administración pública pueda

pactarlo y así, erradicar el alto porcentaje de obras inconclusas por cuestión de controversias que no pudieron ser resueltas eficientemente.

Ahora bien, lo que se propone en el presente proyecto es establecer los *dispute boards* dentro de una cláusula escalonada de solución de controversias en todo contrato de obra pública, haciendo referencia, en específico, al contrato regulado en la Ley de Obra Pública. Esto, al establecer como instancia previa al arbitraje, o bien, al litigio ante órgano jurisdiccional, al *dispute board*. Ya que como se mencionó con anterioridad, se pretende proporcionar un mecanismo efectivo de solución oportuna a bajo costo, observado especialmente en una relación de las partes de largo plazo en donde tienen interés particular de cuidar y preservar la relación⁴⁸.

A continuación, se reproduce dada su importancia y con fines ilustrativos, una cláusula modelo que proporciona el “Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (*Dispute Boards*)” del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la cual se dispone que, para acudir al arbitraje, es obligatorio acudir tanto a la Junta de Decisión de Disputas como a la Junta de Revisión de Disputas, dependiendo de la naturaleza del contrato. Lo anterior toda vez que de acuerdo al reglamento en mención, los contratos celebrados por la Administración pública, sólo podrán contemplar la figura de la Junta de Decisión de Disputas, cuyas decisiones son vinculantes, mientras que en cuanto al derecho privado, las partes podrán acordar cualquiera de las dos juntas mencionadas, sea la de Revisión de Disputas con recomendaciones no vinculantes, o la Junta de Decisión de Disputas..

“Cláusula modelo de Junta de Decisión de Disputas

Las partes acuerdan que, para la solución de todas las controversias derivadas o relacionadas con el contrato, conformar una Junta de Decisión de Disputas Permanente / Ad-Hoc (en adelante, la JDD) conforme a las disposiciones del Reglamento del Centro de

⁴⁸ Figueroa V. Juan E. “*Dispute Boards: La visión de las partes y su co-existencia con los contratos administrativos. Experiencia en Chile*”. En **Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos**. Ed. Perú, Estudio Mario Castillo Freyre. pp.139

Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro), el cual forma parte integrante de la presente cláusula.

La JDD estará compuesta por uno / tres miembro (s) de acuerdo a lo establecido en el presente contrato o, en su defecto, según lo dispuesto en el Reglamento del Centro.

Todas las controversias generadas entre las partes con ocasión al presente contrato o relacionadas con él, deberán ser sometidas, en primer lugar, a la decisión de la JDD de conformidad con el Reglamento del Centro.

Las decisiones que emita la JDD serán vinculantes y por tanto de inmediato cumplimiento. El incumplimiento de la decisión de la JDD, desde el día siguiente de su comunicación o en el plazo que la JDD determine, será considerado un incumplimiento grave del contrato.

En caso alguna de las partes no esté de acuerdo con la decisión de la JDD o de verificarse aquellas circunstancias descritas en el Reglamento del Centro y sin perjuicio de lo acordado en el párrafo precedente, podrá someter la controversia a arbitraje administrado por el Centro conforme al convenio arbitral respectivo. Las partes acuerdan que es condición obligatoria para el inicio del arbitraje el haber concluido de modo previo el procedimiento ante la JDD.

Si la controversia que ha sido resuelta mediante Decisión de la JDD no es sometida a arbitraje, aquella adquiere la calidad de definitiva conforme a los términos del Reglamento. El incumplimiento de la decisión de la JDD, en estos casos, genera el derecho a la contraparte a solicitar su ejecución en la vía arbitral.”

“Cláusula Modelo de Junta de Revisión de Disputas

Las partes acuerdan que, para la solución de todas las controversias derivadas o relacionadas con el contrato, conformar una Junta de Revisión de disputas permanente/ Ad-Hoc (en adelante, la JRD) conforme a las disposiciones del reglamento del Centro de análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro), el cual forma parte integrante de la presente cláusula.

La JRD estará compuesta por uno/tres miembro (s) de acuerdo a lo establecido en el presente contrato o, en su defecto, según lo dispuesto en el Reglamento del Centro.

Todas las controversias generadas entre las partes con ocasión al presente contrato o relacionadas con él, deberán ser sometidas, en primer lugar, a la decisión de la JRD de conformidad con el Reglamento del Centro.

Las recomendaciones que emita la JRD no serán vinculantes, salvo que devengan en finales.

*En caso alguna de las partes no esté de acuerdo con la recomendación de la JRD o de verificarse aquellas circunstancias descritas en el Reglamento del Centro, podrá someter la controversia a arbitraje administrativo por el Centro conforme al convenio arbitral respectivo. **Las partes acuerdan que es condición obligatoria para el inicio del arbitraje el haber concluido de modo previo el procedimiento ante la JRD.***

Si la controversia cuya solución fue sometida a una Recomendación de la JRD no es sometida a arbitraje, aquella adquiere la calidad de definitiva y vinculante, conforme a los términos del Reglamento del Centro. El incumplimiento de la Recomendación en estos casos, será considerado un incumplimiento grave del Contrato y genera el derecho a la contraparte de solicitar su ejecución en la vía arbitral.”

Las cláusulas recién reproducidas pueden ser incluidas en contratos privados, o bien, en contratos de obra pública en Perú, como se observa fijan como instancia previa y forzosa, el acudir a la Junta de Resolución de Disputas (*dispute boards*) para atender de manera eficiente y profesional la controversia suscitada. No obstante, la misma cláusula, claramente establece que, en caso de existir una parte inconforme, ésta podrá acudir al arbitraje para exponer lo que en derecho le convenga.

Por otro lado, como fue debidamente abordado, la Cámara de Comercio Internacional cuenta con un reglamento sobre *dispute boards*. Sin embargo, lo que esta tesis propone es, que además de incluir la figura de los paneles de solución de conflictos en la Ley de Obras Públicas, se deberá añadir un capítulo dentro del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, dedicado a regular la figura de los *dispute boards*, el cual deberá contener los alcances generales, conformación de los paneles, obligaciones de los miembros de los paneles, actividades de los paneles, decisiones y recomendaciones, circunstancias que habilitan el arbitraje y honorarios de los miembros de los paneles.

Establecido lo anterior, la Ley de Obras Públicas al añadir el artículo escalonado, podrá remitir a su vez al Código de Comercio para revisar cuestiones de regulación específica de los paneles de solución de controversias, tal y como actualmente lo hace con la figura del arbitraje, en su artículo 98, primer párrafo:

“Artículo 98. Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.”

Dentro del Capítulo que se pretende añadir al Código de Comercio, se deberá aclarar que los *dispute boards* serán, en todo momento, una etapa previa al arbitraje, así como que, para cuestiones de contratación con la Administración pública, los *dispute boards* aplicables serán al igual que en Perú, los que emitan decisiones vinculatorias.

Una vez expuesto el proceso que deberá ser implementado en la legislación mexicana para el debido funcionamiento de los *dispute boards*, resulta preciso señalar las cuestiones por las que el Estado deberá adoptar la figura en mención, siendo la cuestión más importante, el principio de eficiencia, mismo que se encuentra consagrado en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece en su párrafo primero que:

*“Artículo 134. Los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, **se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.**”*

Bajo esta premisa, es de gran interés la definición del principio de eficiencia en los términos de Alexandre de Moraes, el cual indica lo siguiente:

“El principio de la eficiencia es lo que impone a la Administración pública directa e indirecta y a sus agentes la persecución del bien común, por medio del ejercicio de sus competencias de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sin burocracia y siempre en busca de la calidad, primando por la adopción de los criterios legales y morales necesarios para una mejor utilización posible de los recursos públicos, de manera de evitarse desperdicios y garantizarse mayor rentabilidad social”⁴⁹

Es de tal manera que la función de la Administración pública tiene como objeto el identificar los intereses y necesidades de la colectividad para destinar lo recaudado por los contribuyentes a la construcción de infraestructura, desarrollo y satisfacción de las necesidades de los mismos.

⁴⁹ Moraes, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional n° 19/98. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.30.

Como fue debidamente abordado en el capítulo primero, la carencia de una figura eficiente y personalizada que tenga como principal función el prevenir y gestionar conflictos, aunado al problema de corrupción, ha generado los denominados “elefantes blancos”, los cuales sin lugar a duda, causan un perjuicio a la comunidad, toda vez que los recursos destinados a las referidas obras públicas, se encuentran estancados, creando a su vez, mayores gastos por cuestiones de sometimiento al arbitraje o la tramitación de juicios. La mencionada amenaza se hace más patente en los contratos de mega proyectos o que tengan un tiempo de ejecución prolongado, ya que cualquier controversia suscitada puede paralizar la obra y/o hacer fracasar el mega proyecto.

En relación con lo anterior, resulta pertinente el siguiente criterio jurisprudencial:

RECURSOS PÚBLICOS. LA LEGISLACIÓN QUE SE EXPIDA EN TORNO A SU EJERCICIO Y APLICACIÓN, DEBE PERMITIR QUE LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ QUE ESTATUYE EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUEDAN SER EFECTIVAMENTE REALIZADOS.

El citado precepto constitucional fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 2008, a fin de fortalecer la rendición de cuentas y la transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos, con el firme propósito de que su utilización se lleve a cabo bajo la más estricta vigilancia y eficacia, con el objeto de garantizar a los ciudadanos que los recursos recibidos por el Estado se destinen a los fines para los cuales fueron recaudados. En este tenor, el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estatuye que los recursos económicos de que disponga el Estado deben administrarse con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados, y prevé que las leyes garanticen lo anterior. Así, para cumplir con este precepto constitucional, es necesario que las leyes expedidas en torno al uso de recursos públicos recojan, desarrollen y permitan que estos principios y mandatos constitucionales puedan ser efectivamente realizados.”⁵⁰

De la misma manera, la siguiente tesis aislada:

GASTO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ELEVA A RANGO CONSTITUCIONAL LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ EN ESTA MATERIA.

Del citado precepto constitucional se advierte que el correcto ejercicio del gasto público se salvaguarda por los siguientes principios: 1. Legalidad, en tanto que debe estar prescrito en el Presupuesto de Egresos o, en su defecto, en una ley expedida por el Congreso de la Unión, lo cual significa la sujeción de las autoridades a un modelo normativo previamente establecido. 2. Honradez, pues implica que no debe llevarse a cabo de manera abusiva, ni para un destino diverso al programado. 3. Eficiencia, en el entendido de que las

⁵⁰ RECURSOS PÚBLICOS. LA LEGISLACIÓN QUE SE EXPIDA EN TORNO A SU EJERCICIO Y APLICACIÓN, DEBE PERMITIR QUE LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ QUE ESTATUYE EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUEDAN SER EFECTIVAMENTE REALIZADOS. Jurisprudencia. Tribunal Pleno. Clave P/J. 106/2010, (9ª) SJF: 9ª época, Tomo XXXII, Noviembre de 2010, p.1211). Disponible en línea: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=163442&Clase=DetalleTesisBL>

autoridades deben disponer de los medios que estimen convenientes para que el ejercicio del gasto público logre el fin para el cual se programó y destinó. 4. Eficacia, ya que es indispensable contar con la capacidad suficiente para lograr las metas estimadas. 5. Economía, en el sentido de que el gasto público debe ejercerse recta y prudentemente, lo cual implica que los servidores públicos siempre deben buscar las mejores condiciones de contratación para el Estado; y, 6. Transparencia, para permitir hacer del conocimiento público el ejercicio del gasto estatal.”⁵¹

Actualmente la Administración pública sí contempla Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, en aras de cumplir con lo dispuesto en el artículo multicitado 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo y como ha sido profundizado, los *dispute boards* son el mecanismo idóneo para la prevención y solución de controversias en materia de obras, atendiendo a la naturaleza y exigencias del Derecho de Construcción al brindar soluciones bajo los principios de celeridad, inmediatez, reducción de costos, así como el favorecimiento de la ejecución contractual y la resolución del conflicto por personas idóneas según la materia contractual de que se trate⁵².

Ahora bien, a lo largo del presente proyecto, se ha abordado la importancia de la Construcción para el desarrollo económico de un país, así como la existencia de una figura idónea para prever cualquier situación de controversia o conflicto que pudiera suscitarse derivado del contrato de obra pública y brindar una solución rápida y profesional. Pero, ¿qué aspectos deberán ser tomados en cuenta para implementar dicha figura en la legislación?

Ante dicha interrogante y como lo comenta el experto en la materia, el Dr. Roberto Hernández García⁵³, será necesario atender a tres cuestiones fundamentales:

1. Conocimiento y difusión de la figura: Es de gran importancia que la figura de los *dispute boards* sea entendida de manera plena, en cuanto a su composición y en

⁵¹ GASTO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ELEVA A RANGO CONSTITUCIONAL LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ EN ESTA MATERIA. Tesis Aislada. Primera Sala. Clave 1a. CXLV/2009, (9ª) SJF: 9ª época, Tomo XXX, Septiembre de 2009, p.2712). Disponible en línea: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=166422&Semanario=0>

⁵² Peñate Guzmán, Carlos A. Las mesas de Resolución de Disputas como Mecanismo que Viabiliza la Continuidad en los Proyectos de Construcción: La Experiencia en El Salvador. p. 90. Disponible en línea: Castillo Freyre <<https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>>

⁵³ Hernández García, Ob.Cit.

cuanto a sus alcances, por gobiernos, contratistas, abogados, asesores y todas las partes involucradas en el sector de infraestructura y construcción, con el único objetivo de que no sea confundido con alguna otra figura jurídica. De la misma manera, es imprescindible aclarar que los *dispute boards* no son mediadores, ni conciliadores, ni árbitros, ni auditores, sino que su esencia radica en la profesionalidad de sus miembros, su constante seguimiento en el desarrollo de la obra y su pronta decisión en cuestiones de controversias⁵⁴.

2. Concientización y capacitación de las partes: Ante la peculiaridad de la figura en cuestión, es necesario implementar la conciencia y capacitación requerida para que los mismos *dispute boards* no sufran de procesos que los judicialicen, arbitralicen e hiper-legalicen⁵⁵. Es oportuno el señalar que el proceso de capacitación que recién se mencionó, no consiste simplemente en un taller, sino que el entrenamiento deberá contener aspectos técnicos, legales e inclusive humanos, para que la figura pueda funcionar de acuerdo a su naturaleza y de manera óptima.⁵⁶
3. Fortalecimiento de la ética: Si bien es cierto, México al igual que diversos países, no sólo en Latinoamérica, sino en todo el mundo, sufren de serios problemas de ética y corrupción y que tanto los jueces y árbitros, no están exentos de ello. Los *dispute boards*, aún y cuando resulta ser la figura ideal para la prevención y solución pronta de conflictos en el Derecho de Construcción, ésta no se encuentra exento de dichos problemas. Por lo que los miembros que conformen dicho panel

⁵⁴ Loc.Cit.

⁵⁵ Loc.Cit

⁵⁶ Loc.Cit.

deberán ser capacitados, entrenados y seleccionados sólo aquellos con los estándares más altos de ética.⁵⁷

En cuanto a este último punto, el experto en mención aconseja que, en caso de no cumplir con los estándares de ética y demostrada su falta de integridad, los miembros deberán ser boletinados a nivel latinoamericano como medida ejemplar. Cuestión que a primera instancia resulta un tanto agresiva, no obstante, realizando un análisis de la situación, las condiciones que el mismo contrato de obra pública conlleva, entiéndase, costo y beneficio para la sociedad y para que el mecanismo alternativo de solución de controversias funcione de manera óptima y haga una diferencia real en la actualidad, la consecuencia sugerida resulta precisa y necesaria.

⁵⁷ Loc.Cit.

CONCLUSIONES

La implementación de los *dispute boards* en la legislación mexicana debe ser considerada, en todo momento como una acción que busque el beneficio de la comunidad.

Durante la investigación se abordaron temas que actualmente siguen sucediendo en nuestro país, como los son los elefantes blancos. Fenómenos que además de causar un perjuicio a las partes del mismo contrato, no cabe lugar a duda, con base en lo desarrollado, que la comunidad es quien se ve afectada de manera directa al no utilizar el dinero recaudado para los proyectos destinados de manera óptima, teniendo como consecuencia el estancamiento, la paralización o abandono de las obras públicas.

Asimismo, el ahondar tan detalladamente en la figura del *dispute board* era de cuestión primordial para sólo así, poder identificarla, no confundirla y posteriormente, difundirla. Las ventajas que nos proporciona dicho mecanismo alternativo de solución de controversias no pueden ser comparadas con las características que brindan los demás mecanismos, en materia de Derecho de Construcción.

En Latinoamérica, Perú ha sido país pionero en implementar los *dispute boards* en su regulación, estableciéndolo como requisito de instancia previa para acudir al arbitraje. Hasta la fecha, los proyectos realizados en Perú, han tenido un notorio cambio positivo y esa es la consecuencia que, esperamos, tendrá el implementarlos en nuestro país.

A su vez, atendiendo al principio de legalidad, México se encuentra en la necesidad de regular dichos paneles de solución de controversias estableciendo un artículo que prevea una cláusula escalonada en los contratos regulados en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas, en donde se disponga, al igual que en Perú y en Estados Unidos, el requisito de agotar la instancia de los *dispute boards*, en cualquiera de sus modalidades, antes de

recurrir al arbitraje. Lo anterior con la única intención de llegar a una solución rápida, efectiva y especializada. Cuestión que como fue abordada en su debido momento, las estadísticas de la *Dispute Resolution Board Foundation*, establecen que en un periodo de 20 años, el 98% de los contratos con *dispute boards*, concluyeron satisfactoriamente sin tener que llegar a un arbitraje o juicio.

Aunado a lo anterior, el costo será menor al establecido de un arbitraje, toda vez que los *dispute board* costarán alrededor del 2% del valor del contrato, con un tiempo para resolver la disputa mucho menor al establecido en un arbitraje, el cual puede durar de uno a cinco años, con un costo del 5% del valor del contrato.

De la misma manera, se deberá añadir un Capítulo nuevo al Libro Quinto, Título Cuarto del Código de Comercio, en donde se establecerán los lineamientos básicos de los *dispute boards*, como ya fue debidamente abordado. No obstante, las partes podrán optar por el reglamento de cualquier institución que regule los *dispute boards*, de acuerdo a su conveniencia, estableciendo al Código de Comercio como ley supletoria.

Entendido lo anterior, resulta preciso señalar que la presente tesis no tuvo por objeto, en ningún momento, el desvirtuar o desacreditar la eficiencia de los demás Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, sino la finalidad del presente trabajo, era dar a conocer que, en materia de Derecho de Construcción, existe un “nuevo” mecanismo que se está implementando alrededor del mundo y funciona. Un mecanismo que a los lugares que ha llegado, ha llegado para quedarse, dada su especialización y buenos resultados que permiten ejecutar el contrato de obra de manera satisfactoria.

En virtud de lo anterior y en concordancia con los principios de eficiencia y del interés general, establecidos en el artículo 134 constitucional, no cabe lugar a duda que en materia del Derecho de Construcción, los *dispute boards* representan la mejor alternativa para brindar soluciones eficaces y eficientes, teniendo como propósito el conservar y llevar a cabo el objeto del contrato. Asimismo, la figura de los *dispute boards*, en atención a los principios anteriormente mencionados, resultará la mejor alternativa para erradicar con las problemáticas derivadas del Derecho de construcción, por lo que es recomendable modernizar la ley.

Las obras inconclusas o “los elefantes blancos”, no son convenientes para nadie ya que generan pérdidas multimillonarias y Latinoamérica **NO** puede seguir soportando eso. Perú se ha percatado de esto, Chile, Honduras y Brasil se han percatado de igual manera, por lo que se encuentran implementando la figura en cuestión, y México; ¿qué es a lo que tanto le teme?

BIBLIOGRAFÍA

A. DOCTRINA

Ajenjo, Manuel. “De obras trucas y elefantes blancos”. Disponible en línea: **eleconomista.com**, Opinión <<http://bitly.ws/9k7Z>>

ICC. México International Chamber of Commerce. **Servicios de Arbitraje**. Disponible en línea: International Chamber of Commerce México <<https://www.iccmex.mx/comisiones-de-trabajo/servicios-de-arbitraje/servicios-de-arbitraje>>

Barrón Sobrevilla, César Guzmán. **Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos**. México, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Disponible en línea: <<https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>>

Cyril Chern. **Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure**. Ed. United States, Blackwell Publishing, 2008.

Dispute Resolution Board Foundation. **DB Project Data Base**. Disponible en línea: <<http://www.drb.org/>>

FIDIC ORG. “¿Qué son los FIDIC?. *Uso práctico de los contratos FIDIC*”. Disponible en línea: **La Asociación de Empresas Consultoras de Ingeniería de Chile A. G., FIDIC**. No. 1, 2015 <https://fidic.org/sites/default/files/Curso_FIDIC_Chile_julio_2015.pdf>

Figuerola V. Juan E. “*Dispute Boards: La visión de las partes y su co-existencia con los contratos administrativos. Experiencia en Chile*”. En **Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos**. Ed. Perú, Estudio Mario Castillo Freyre.

García Pelato, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. (Trad. de Revista de Occidente. 6ª Ed., tomo II). Citado por: J. Germán, **Derecho Constitucional**. Buenos Aires, Ediar, 1966.

González de Cossío, Francisco. **Arbitraje**. Ed. México, Porrúa, 2004.

Hernández García, Roberto. **Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias**. Ed. Perú, 2004.

Jiménez Figueres, Dyalá y J. Caivano, Roque. “*Funcionamiento de los ‘dispute boards’ de la CCI y su encuadre en el Derecho Argentino*”. Enero-Junio, 2007. Disponible en línea: **Revista Internacional de Arbitraje**. No. 6, 2007 <http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_7680752a7d20404ce0430a010151404c>

Revista Cámara Chilena de la Construcción. **Infraestructura para Chile**. (Trad. ICD). Citado por: Figueroa Valdés, Juan Eduardo. Schubert, William. **Dispute Boards en los proyectos de Construcción de Infraestructura en Chile**. Chile, 2015/2016.

López Ospina, Inés Verónica. **La importancia de implementar dispute boards como medio alternativo de solución de conflictos en la ejecución de contratos de obra en Colombia**. Disponible en línea: Ciencias Jurídicas Javeriana <<https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/7912168/4-LA+IMPORTANCIA.pdf/fe261cd6-a874-4e65-86af-d098704edfb5>>

Mapfre Re. **Manual sobre riesgos en la construcción a la obra y pérdida de beneficios anticipada (ALOP)**. México. Disponible en línea: Mapfre Re <https://www.mapfrere.com/reaseguro/es/images/Manual-Riesgos-Construccion-ALOP_tcm636-81085.pdf>

Mexico International Chamber of Commerce. **Arbitraje y mediación, dispute boards**. Disponible en línea: Mexico International Chamber of Commerce <<https://www.iccmex.mx/productos-y-servicios/arbitraje-y-mediacion/dispute-boards#>> (Consultado el 25 de septiembre 2019).

Moraes, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.30.

Peñate Guzmán, Carlos A. **Las mesas de Resolución de Disputas como Mecanismo que Viabiliza la Continuidad en los Proyectos de Construcción: La Experiencia en El Salvador**. Disponible en línea: Castillo Freyre <<https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>>

Pérez Portilla, Karla. **Principio de Igualdad: alcances y perspectivas**. Ed. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. Disponible en línea: UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1589-principio-de-igualdad-alcances-y-perspectivas>>

Quintanilla Madero, Cecilia. *“Introducción a los Dispute Boards. Arbitraje y Solución de Controversias en Materia de Construcción”*. Octubre, 2007. Disponible en línea: **100 México Pauta**. No.54, 2007 <<https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/06c231d0e8e9c89b15d3ebcfa19f18b68377bc28.pdf>>

Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. 23ª ed. en avance. Disponible en línea: Autor <<https://dle.rae.es/elefante>>

Rodríguez Fernández, Maximiliano. “Resolución de Disputas en el Contrato Internacional de Construcción: la labor del Engineer y de los Dispute Boards”. En: **REVISTA e-Mercatoria**. Colombia, Volumen 5, No. 2, 2006.

R. Seppälä, Christopher. “FIDIC AND DISPUTE ADJUDICATION BOARDS (DAB(s). International Federation of Consulting Engineers”. 2015 Disponible en línea: **FIDIC ORG**. <<https://fidic.org/sites/default/files/webinar/PresentationCSeppFIDICandDisputeAdjudicationBoards.pdf>>

Villafranco, Gerardo. **6 obras públicas que terminaron en fracaso presupuestal**. Disponible en línea: Forbes <<https://www.forbes.com.mx/6-obras-publicas-que-terminaron-en-fracaso-presupuestal/>>

Vado Grajales, Luis Octavio. “Medios Alternos de Solución de Conflictos”. Disponible en línea: **CEJA.JSCA**. <<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>>

Veytia Palomino, Hernany y Jorge. **Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias**. Ed. México, Porrúa, 2010.

Uribarri, Gonzalo. **Derecho arbitral mexicano**. Porrúa, México, 2006.

B. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (DOF. 5 de febrero 1917/ 6 de marzo 2020)

Código de Comercio. México. (DOF. 7 al 13 octubre 1889/ 28 de marzo de 2018)

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas. (DOF. 4 de enero 2000/ 13 de enero 2006)

C. JURISPRUDENCIA

ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. Tesis aislada. Tribunales Colegiados de Circuito. Clave III.2o.C.6 K (10ª) SJF: 10ª época, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, p.1723). Disponible en línea: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apend>

ice=1000000000000&Expresion=mecanismos%2520alternos%2520de%2520soluci%25C3%25B3n%2520de%2520controversias&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=2&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2004630&Hit=2&IDs=2005290,2004630&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

GASTO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ELEVA A RANGO CONSTITUCIONAL LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ EN ESTA MATERIA. Tesis Aislada. Primera Sala. Clave 1a. CXLV/2009, (9ª SJF: 9ª época, Tomo XXX, Septiembre de 2009, p.2712). Disponible en línea: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=166422&Semanario=0>

IMPUESTOS, PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE EN MATERIA DE, CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- Jurisprudencia. Pleno. Tesis: 252 (7ª SJF: 7ª época, Tomo I, p. 297). Disponible en línea: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=900252&Clase=DetalleTesisBL>

RECURSOS PÚBLICOS. LA LEGISLACIÓN QUE SE EXPIDA EN TORNO A SU EJERCICIO Y APLICACIÓN, DEBE PERMITIR QUE LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ QUE ESTATUYE EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUEDAN SER EFECTIVAMENTE REALIZADOS. Jurisprudencia. Tribunal Pleno. Clave P./J. 106/2010, (9ª SJF: 9ª época, Tomo XXXII, Noviembre de 2010, p.1211). Disponible en línea: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=163442&Clase=DetalleTesisBL>