

Ejecución en arbitraje internacional de las decisiones “vinculantes y definitivas” y “vinculantes pero no definitivas” del *dispute board* conforme a los modelos que integran la Rainbow Suite FIDIC

International arbitration enforcement of ‘binding and final’ and ‘binding but not final’ decisions of the dispute board under the Rainbow Suite FIDIC models

FRANCISCO JULIO DOSAL GÓMEZ

ABOGADO, LL.M. EN DERECHO INTERNACIONAL DE LOS NEGOCIOS, CENTRO DE ESTUDIOS GARRIGUES

Resumen: El presente estudio versa sobre la ejecución en arbitraje internacional de las decisiones “vinculantes y definitivas” y “vinculantes pero no definitivas” del *dispute board* en los supuestos de incumplimiento, de acuerdo con los cauces contractuales de impugnación y reclamación previstos en los modelos que integran la Rainbow Suite FIDIC de 1999 y de 2017, aclarando la distinción entre la eficacia vinculante y el carácter definitivo y no definitivo de la decisión. Con el fin de superar las dudas que aún existen en la materia, el autor propone, como fórmula óptima para obtener una rápida ejecución de la citada decisión, la bifurcación del procedimiento arbitral mediante la petición de un laudo parcial, solicitando la ejecución de la decisión vinculante pero no definitiva, así como la revisión de la controversia subyacente mediante un laudo final.

Palabras clave: *dispute board*, arbitraje internacional, FIDIC, ADR, disputas en materia de derecho de la construcción.

Abstract: The present study addresses the international arbitration enforcement of “binding and final” and “binding but not final” dispute board decisions, in accordance with the procedures provided for in the 1999 and 2017 editions of the Rainbow Suite FIDIC models, clarifying the distinction between the binding effectiveness and the final and non-final nature of the decision. In order to overcome the doubts that still exist in this field regarding the enforcement of the dispute board

decisions, the author proposes, as an optimal formula for obtaining a rapid enforcement of the aforementioned decision, the bifurcation of the arbitration proceedings by means of the petition for a partial award, requesting the enforcement of the binding but not final decision as well as the review of the underlying dispute by means of a final award.

Keywords: dispute board, international arbitration, FIDIC, ADR, construction law disputes.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EFICACIA VINCULANTE DE LAS DECISIONES DEL *DISPUTE BOARD*. III. CARÁCTER DEFINITIVO O NO DEFINITIVO DE LA DECISIÓN. IV. CAUCE GENERAL DE IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DEL *DISPUTE BOARD*. V. CAUCE ESPECIAL DE RECLAMACIÓN EN VÍA ARBITRAL FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEFINITIVAS Y NO DEFINITIVAS DEL *DISPUTE BOARD*. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Los proyectos internacionales de construcción e ingeniería constituyen uno de los sectores más propensos al surgimiento de disputas, caracterizadas generalmente por su elevada complejidad, tanto técnica como jurídica, su elevado volumen probatorio así como la existencia de múltiples reclamaciones hasta la efectiva resolución del conflicto. En los últimos años el sector ha experimentado un aumento generalizado tanto en el número como en la duración de los procedimientos, manteniéndose su cuantía media todavía en máximos históricos¹. Aunque la negociación y el arbitraje internacional continúan erigiéndose

¹ Según el informe *2022 Global Construction Disputes Report Successfully navigating through turbulent times*, elaborado por la consultora Arcadis y disponible en www.arcadis.com/en-gb/knowledge-hub/perspectives/global/global-construction-disputes-report el valor medio de las disputas entre 2020 y 2021 aumentó hasta los 57,5 millones de dólares americanos en Europa continental y hasta los 90,4 millones en Oriente Medio. No obstante, en este mismo periodo, se advirtió una reducción aproximada del 21% en el valor medio de las disputas en la región de Norteamérica, desde los 37,9 a los 30,1 millones y en Reino Unido, desde los 38,6 a los 37,8 millones. En cualquier caso, el valor medio de las disputas continúa manteniéndose en el rango de máximos históricos, siendo significativamente superiores a los valores observados en 2019 y años anteriores. Por otra parte, se advierte una tendencia al aumento en la duración de las disputas,

como los mecanismos predominantes de resolución de disputas comerciales transfronterizas, se advierte desde hace años una tendencia creciente a la estipulación, dentro de los estándares y contratos internacionales de construcción, tanto de sistemas de prevención como de mecanismos alternativos de resolución de disputas en combinación con el arbitraje internacional². El fundamento de la estipulación contractual de estos sistemas no es otro que facilitar oportunidades para que las partes, bien por sí mismas o a través de mecanismos estructurados, puedan resolver las reclamaciones y controversias que surjan durante la ejecución del proyecto, evitando la escalada de los conflictos y con ello el alcance y el número de disputas que finalmente se someten a arbitraje. Sin embargo, no resulta infrecuente que tales mecanismos acaben por convertirse una auténtica carga procedimental que las partes recalcitrantes afrontarían bien de forma superficial o con una finalidad meramente dilatoria, hasta la efectiva resolución a través del arbitraje³; máxime en los supuestos de disputas complejas o de elevada cuantía, en los que será frecuente el incumplimiento de las soluciones alcanzadas en sede prearbitral⁴ junto a la formulación de múltiples reclamaciones.

aproximadamente de un 20%, alcanzándose una duración media de 16,7 meses en la región de Norteamérica; 11,8 meses en Reino Unido; 17,5 meses en Europa continental y 15,8 meses en Oriente Medio.

- ² La *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, elaborada por White & Case en colaboración con *Queen Mary University of London* y disponible en arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf el 90% de los encuestados identificaron el arbitraje internacional como el mecanismo preferido para la resolución de disputas transfronterizas, ya de forma independiente (31%) o en combinación con mecanismos alternativos de resolución de disputas (59%) incluyendo, de dentro de este grupo, la adjudicación, los *dispute board*, las determinaciones por experto, la mediación o la negociación.
- ³ *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, elaborada por White & Case en colaboración con *Queen Mary University of London*, disponible en [arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), p. 6.
- ⁴ Según el *International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes* de 2019, elaborado por Pinsent Masons en colaboración con *Queen Mary University of London* y disponible en [www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey#:~:text=Download%20report%20\(49%20pages%20/%205.2%20MB\)](http://www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey#:~:text=Download%20report%20(49%20pages%20/%205.2%20MB)), respecto al grado de cumplimiento voluntario con las soluciones derivadas de los mecanismos prearbitrales de resolución de disputas –entre las que se incluiría la negociación, la mediación, los *dispute boards*, las decisiones de experto o la adjudicación, entre otros– el 41% de los encuestados informaron que las partes no cumplían voluntariamente y de forma habitual con las soluciones alcanzadas; el 31% experimentaron el cumplimiento la mitad de las veces; y solo el 28% experimentaron un cumplimiento frecuente.

La creciente popularidad de los *dispute boards* como mecanismos de resolución de disputas en los proyectos internacionales de construcción –gracias, entre otros aspectos, a su inclusión en estándares internacionales ampliamente adoptados como la *Rainbow Suite* de la *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (“FIDIC”)⁵– responde no solo a la posibilidad de obtener una solución rápida y técnicamente adecuada, dada su configuración, sino también a las ventajas en términos de costes temporales y económicos, con un coste de mantenimiento aproximado entre el 0,05% y 0,15% del coste total del proyecto⁶. Un mecanismo que brillará en ambientes más cooperativos que contenciosos, especialmente cuando exista un compromiso real de cumplir con la decisión; pues lo que generalmente determinará la necesidad de acudir a ulteriores procedimientos arbitrales será, precisamente, la inobservancia o falta de cumplimiento respecto a la decisión del *dispute board*.

No en vano, subsisten todavía importantes cuestiones en cuanto al cauce especial previsto para la ejecución de las decisiones del *dispute board* en vía arbitral, dado el régimen tradicionalmente diferenciado según se trate de decisiones definitivas o no definitivas, así como respecto al cauce general de impugnación; el contenido y límites a la eficacia vinculante de la decisión o el impacto de la ley del contrato sobre los aspectos anteriores, lo que obliga a tener en cuenta tales particularidades, pues lo que el sector internacional de la construcción necesita, ante todo, es certeza en cuanto a los respectivos derechos y obligaciones de las partes. El presente estudio tiene por objeto resolver tales cuestiones, a la luz de la redacción contenida en los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC en sus ediciones de 1999 y de 2017 y las conclusiones alcanzadas por los laudos arbitrales administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), al ser el procedimiento al que remiten por defecto los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC.

⁵ La referencia en el presente estudio a los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC (1999), ha de considerarse circunscrita conjuntamente a los modelos FIDIC *Red Book* (1999) *Conditions of Contract for Construction*; FIDIC *Silver Book* (1999) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* y FIDIC *Yellow Book* (1999) *Conditions of Contract for Plant and Design-Build*; mientras que la referencia a los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC (2017) deberán entenderse referida conjuntamente a los modelos FIDIC *Red Book* (2017) *Conditions of Contract for Construction*, FIDIC *Silver Book* (2017) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*; y FIDIC *Yellow Book* (2017) *Conditions of Contract for Plant and Design-Build*.

⁶ *Manual de Dispute Board: Guía de Mejores Prácticas y Procedimientos*, elaborado por la *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), p. 21.

II. Eficacia vinculante de las decisiones del *dispute board*

Conforme al párrafo cuarto de la subcláusula 20.4 de los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 1999, las decisiones del *dispute board* serán vinculantes para las partes, quienes deberán dar efecto a las mismas sin demora, a menos y hasta que fueran revisadas por acuerdo entre las propias partes o por laudo arbitral⁷. Bajo la aparente sencillez de esta previsión contractual, se halla un aspecto enormemente complejo y de capital importancia en el marco del sistema de resolución de disputas, constituyendo la infracción de esta disposición el fundamento principal de la reclamación frente al incumplimiento de las decisiones del *dispute board*. Esta eficacia vinculante se concreta en la obligación de las partes de dar efecto a la misma sin demora, cuya naturaleza y origen –dada la propia configuración y naturaleza estrictamente contractual del *dispute board*⁸– determinará que la misma quede concretada en cuanto a su contenido no solo por las disposiciones incluidas en la redacción presente en los modelos sino también y principalmente, por la interpretación y límites derivados del derecho de obligaciones y contratos y del derecho imperativo previsto por la ley aplicable al contrato. Así, por ejemplo, trasunto del principio de relatividad presente en el derecho de obligaciones que resulte de la ley aplicable al contrato, la obligación de dar efecto sin demora a la decisión solo alcanzará a quienes consintieron respecto a la misma –y generalmente a sus sucesores– no pudiendo alcanzar a terceros que no manifestaron su consentimiento.

Respecto al contenido de la obligación, la previsión contractual relativa al cumplimiento “sin demora”, cualifica el contenido de la obligación, atribuyendo generalmente carácter esencial al tiempo; habiendo sido igualmente empleada, en ocasiones, como fundamento contractual sustantivo del régimen de garantía o seguridad contractual de pago –dirigido, en términos generales, a facilitar el flujo de efectivo de los contratistas, quienes ocuparán, casi invariablemente, la parte más débil en los proyectos internacionales de construcción e ingeniería en

⁷ Subcláusula 20.4, párrafo cuarto, *Rainbow Suite* FIDIC (1999).

⁸ Bailey, J., *Current issues with FIDIC dispute adjudication board*, Society of Construction Law, enero de 2015, p. 5.

comparación con el empleador⁹— sin perjuicio de que sea predicable no solo respecto a obligaciones de pago sino respecto a cualquier obligación derivada en la decisión del *dispute board*. En cuanto a sus límites, se establece contractualmente que la eficacia vinculante de la decisión solo quedará afectada por acuerdo entre las partes o por laudo arbitral posterior, habiendo sido definida por la doctrina como un efecto temporalmente definitivo y vinculante¹⁰ o vinculante provisional¹¹. Un aspecto trascendental es que la misma no resultará afectada por la remisión de una notificación de insatisfacción ni, por ende, por su carácter definitivo o no definitivo; resultando, hasta cierto punto, tautológico hablar de decisiones vinculantes del *dispute board*, cuando estas se reputen como válidamente emitidas y notificadas. En su edición de 2017, la FIDIC introdujo una aclaración útil aunque innecesaria¹², señalando que las decisiones del *dispute board* serán vinculantes para las partes, las cuales deberán cumplirlas sin demora, con independencia de que cualquiera de ellas hubiera manifestado su disconformidad frente a la decisión, mediante la remisión de una notificación de insatisfacción¹³.

Ahora bien, en aquellos casos en que la decisión no se hubiera ajustado a las normas de procedimiento u otros presupuestos y requisitos previstos para la adopción y notificación de la misma, así como en los supuestos de emisión extemporánea, falta de motivación o de indicación de la subcláusula por la que se emite, remisión de las copias pertinentes u otros requisitos generales de notificación, se ha planteado si podría llegar a justificarse la ausencia de eficacia vinculante y de la obligación de las partes de cumplir con su contenido, cuando a la luz de la interpretación que resulte de la ley aplicable al contrato de tales presupuestos y requisitos se concluya que no fue voluntad de las partes vincularse por la decisión en tales circunstancias. Así, por ejemplo, en el laudo interino CCI núm. 10619, en un proyecto sometido a un modelo FIDIC *Red Book* 4ª edición de 1987, el tribunal arbitral concluyó, respecto a dos determinaciones emitidas por el ingeniero fuera de plazo que, en defecto de pacto, este no

⁹ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK *v* CRW Joint Operation (Indonesia) [2014] SGHC 146, párrafos 20 a 26.

¹⁰ Bunni, N.G., *The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works* International Construction Law Review, 272, 2005, p. 3.

¹¹ Chern, C., *Chern on Dispute Boards Practice and Procedure*, fourth edition, Informa Law, 2021.

¹² Baker, Ellis; Mellors, Ben; Chalmers, Scott; y Lavers, Anthony, *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Informa Law Routledge, 5ª Edición, 2009, p. 538.

¹³ Subcláusula 21.4.3, párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

tendría autoridad para apartarse de una norma que seguía siendo vinculante para las partes. Sin embargo, en el laudo final CCI núm. 23652/MHM, el tribunal razonó que aunque el plazo para que el *dispute board* emitiera su decisión se trataría de un plazo contractual acordado por las partes, sería dudoso que una decisión extemporánea –y, en particular, con un retraso de sólo un par de días– pudiera despojar por completo a la decisión de su fuerza vinculante según la intención razonable de las partes¹⁴.

A este respecto, existen a nuestro juicio determinados límites derivados del derecho de obligaciones y contratos así como del derecho imperativo y prohibitivo que resulte de la ley aplicable al contrato, incluyendo aquellas derivadas del lugar de ejecución, que podrán afectar igualmente a la eficacia vinculante de la decisión y de la obligación de las partes de cumplir con su contenido. En tal sentido, cabría justificar, por ejemplo que las partes no resultaran obligadas a cumplir con la decisión cuando esta resolviera una controversia no susceptible de calificarse como disputa o se adoptara en infracción manifiesta de las normas de procedimiento, falta de imparcialidad o independencia, fraude, dolo o culpa grave, error manifiesto en la valoración o sobre la base de documentos falsos o en los casos en que mediara violencia o intimidación; a los que habría que añadir los supuestos en que la decisión del *dispute board* ordenara el cumplimiento de una prestación contraria a las normas imperativas o prohibitivas o ser las mismas contrarias al orden público, o cuando entrañara el cumplimiento de prestaciones imposibles o que recayeran sobre materias indisponibles. No obstante, los tribunales arbitrales tienden a mostrarse reacios a admitir la existencia de motivos que pudieran afectar a la obligación de cumplir con su contenido, como se advierte en el citado laudo final CCI núm. 23652/MHM, en el que el tribunal arbitral consideró que el *dispute board* está facultado para determinar su propia competencia y, por ende, decidir si puede conocer o no de una determinada disputa; calificándose su decisión como válidamente dictada de acuerdo con el procedimiento contractual acordado, incluso si el mismo juzga erróneamente y, por lo tanto, usurpaba o excedía su competencia; sin perjuicio de reconocer que una decisión del *dispute board* que excediera su mandato no sería una decisión válida y ejecutable¹⁵. Asimismo, concluyó que, mientras que un acuerdo contractual que infringiera una norma imperativa sería nulo, una decisión del *dispute board* no puede equipararse ni juzgarse como una

¹⁴ Laudo final CCI núm. 23652/MH, párrafo 258.

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 263 y 264.

cláusula contractual más, pues la misma constituye el resultado de un procedimiento prearbitral de resolución de litigios acordado contractualmente que, a pesar de su naturaleza contractual, tiene fuertes características cuasi-judiciales¹⁶. De esta forma, según este tribunal arbitral, la obligación contractual de cumplir sin demora con el contenido de la decisión de *dispute board* no se vería afectada por errores o inexactitudes, percibidos o reales, respecto al fondo de la decisión¹⁷; considerando que ello sería particularmente así, incluso si la decisión de *dispute board* fuera errónea en el fondo, por ser la misma contraria al contrato o a la ley imperativa, la cual será vinculante en el ínterin, esto es, siempre y cuando no haya sido revisada.

Finalmente, dada la naturaleza estrictamente contractual de la obligación de dar efecto a las decisiones del *dispute board*, estas carecerán de eficacia ejecutiva, lo que constituye una importante distinción de las mismas frente a los laudos arbitrales; careciendo igualmente de la posibilidad de reconocimiento internacional a través de instrumentos como el Convenio de Nueva York de 1958¹⁸. En consecuencia, ante el incumplimiento de una decisión del *dispute board*, la parte perjudicada deberá seguir los cauces de ejecución previstos por el contrato para los casos de incumplimiento de este tipo de decisiones. No obstante, ello no obstará a que pueda emplear cualesquiera otros derechos de los que la misma pueda disponer, entre los que se incluye acudir a otros cauces y disposiciones previstos en los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC y en los que también se proyecta la eficacia vinculante de la decisión. Así, por ejemplo, en caso de que la decisión del *dispute board* reconociera ciertas cantidades como debidas al contratista, este podrá incluir dichas cantidades en la declaración formulada al ingeniero a fin de solicitar su inclusión en el certificado de pago provisional; la cual no podrá ser denegada fuera de los motivos previstos por la subcláusula que los regula y, en caso de no atenderse por el empleador, dará lugar a un nuevo incumplimiento contractual basado en un fundamento de reclamación diferente¹⁹, sin perjuicio de que el cumplimiento tardío también legitime al perjudicado a reclamar la indemnización por el retraso²⁰.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 285.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 287.

¹⁸ Draetta, U., *Dispute Resolution in International Construction-Linked Contracts*, Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto, vol. 24, núm. 1, 2010, pp. 3-26.

¹⁹ Subcláusulas 14.3 (f), 14.6 y 14.7 (b) *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 14.3 (vi), 14.6 y 14.7 *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

²⁰ Subcláusulas 14.8 *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 14.8 *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

Más aún, en los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017, cuando el incumplimiento por el empleador de la decisión del *dispute board* conlleve un incumplimiento sustancial de sus obligaciones en virtud del contrato, el contratista podrá, transcurridos 21 días tras su notificación, suspender los trabajos o reducir el ritmo de trabajo hasta que el empleador cumpla con la decisión²¹ –siendo este un incentivo poderoso ampliamente celebrado por la doctrina respecto al cumplimiento voluntario de las decisiones del *dispute board*²²– quedando igualmente legitimado el contratista a reclamar al empleador por los retrasos y sobrecostes, que sufra como consecuencia de la suspensión o reducción de los trabajos. Asimismo, el incumplimiento de la decisión por el empleador permitirá al contratista notificar su intención de dar por rescindido o terminado el contrato, legitimándole a notificar la rescisión o terminación si no cumple con la decisión en un plazo de 14 días tras la primera notificación²³. Por su parte, cuando el incumplimiento por el contratista de la decisión del *dispute board* conlleve un incumplimiento sustancial de sus obligaciones en virtud del contrato, el empleador también podrá notificar su intención de dar por rescindido o terminado el contrato, legitimándole igualmente a notificar la rescisión o terminación si no cumple con la decisión en un plazo de 14 días tras la primera notificación²⁴.

III. Carácter definitivo o no definitivo de la decisión

El carácter definitivo o no definitivo de la decisión del *dispute board* dependerá de la válida remisión o no de una notificación de insatisfacción, sujeta contractualmente a un importante número de requisitos y formalidades²⁵. En este sentido, la falta de remisión de esta notificación por cualquiera de las partes,

²¹ Subcláusula 16.1.(d).(ii) FIDIC *Red Book* y *Yellow Book* (2017); 16.1.(c).(ii) FIDIC *Silver Book* (2017).

²² Gillion, E; Morson, R.; Jackson, S. y De Jager, C. *The New FIDIC Suite 2017: Significant Developments And Key Changes*, International Construction Law Review 384, parte 4, 2018, p. 405.

²³ Subcláusula 16.2.1.(d).(ii) y 16.2.2. FIDIC *Red Book* y *Yellow Book* (2017); 16.2.1.(c).(ii) y 16.2.2. FIDIC *Silver Book* (2017).

²⁴ Subcláusula 15.2.1.(a).(iii) y 15.2.2. *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

²⁵ Subcláusulas 1.3 y 20.4 párrafo quinto a séptimo *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 1.3 y 21.4.4 párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

en el plazo de 28 días tras la recepción de la decisión o, en su caso, de la expiración del plazo previsto para que el *dispute board* deba emitirla, determinará que la decisión sea definitiva para ambas partes²⁶; mientras que, por el contrario, la válida remisión de esta notificación por cualquiera de las partes, dentro de dicho plazo, determinará que la decisión sea no definitiva. Respecto a su validez, entran nuevamente en juego los criterios de interpretación conforme a la ley aplicable al contrato respecto a sus requisitos y formalidades, especialmente en los casos de inobservancia de algunos de sus presupuestos. Así, por ejemplo, ante la falta de expresión o identificación de las razones de hecho o de derecho que justificaran la insatisfacción, en el laudo final CCI núm. 18320, en un proyecto sometido a un modelo de FIDIC *Yellow Book* de 1998 (“*test edition*”), el tribunal concluyó que la notificación de insatisfacción debía reputarse como válida mientras ésta hubiera servido a sus fines fundamentales, siempre que, en todo caso, se hubiera identificado expresa e inequívocamente como tal, pues de lo contrario, no serviría a su propósito principal de permitir que la otra parte comprendiera, sin incertidumbre alguna, que la controversia seguía sin resolverse²⁷.

La remisión de una notificación de insatisfacción por una de las partes comportará que la decisión se convierta en no definitiva no solo para el remitente sino también para la otra parte contratante, quien podrá someter la disputa subyacente a arbitraje conforme al cauce general de impugnación, tal y como señaló el citado laudo final CCI núm. 18320²⁸. Por otra parte, respecto al plazo de 28 días, se ha sugerido que la remisión extemporánea podría conllevar que la misma se reputara como no efectuada, tal y como señaló el tribunal arbitral en el laudo final CCI núm. 19346²⁹ respecto a un modelo FIDIC *Yellow Book* (1999). Sin embargo, el tribunal consideró finalmente que, en tanto el demandante había remitido su notificación de insatisfacción exitosamente –aunque sobre dos cuestiones diferentes a las contenidas en la notificación extemporánea– ello no le impediría conocer, examinar y decidir sobre todas las cuestiones relativas a esa disputa, siendo que el alcance de su competencia vendría definido por la

²⁶ Subcláusulas 20.4 párrafo séptimo *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.4.4 párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

²⁷ Laudo final CCI núm. 18320, párrafos 176 y 177.

²⁸ *Ibid.*, párrafo 183.

²⁹ Laudo final CCI núm 19346, párrafo 137, 142.

propia disputa según la subcláusula 20.4³⁰. Esta conclusión, sería cuestionable respecto a los modelos de 2017, dado régimen de insatisfacción parcial previsto por los mismos, y que señalan que deberá identificarse expresamente las partes de la decisión a las que alcance la insatisfacción –así como aquellos elementos afectados por esta o se basen en ella para su integridad– dado su carácter separable, pues el resto de la decisión será definitiva y vinculante para ambas partes como si la notificación no se hubiera efectuada.

IV. Cauce general de impugnación de las decisiones del *dispute board*

El carácter definitivo o no definitivo de la decisión afectará a la posibilidad de impugnación, conforme al cauce general, respecto al fondo de la disputa subyacente así como a la capacidad del tribunal arbitral para abrir, examinar y revisar la decisión del *dispute board*; proyectando también importantes efectos respecto a los cauces de ejecución de las decisiones en los supuestos de incumplimiento. A salvo ciertas excepciones –relativas al cauce especial en los que la disputa podrá remitirse directamente a arbitraje³¹– ninguna de las partes en el contrato tendrá derecho a iniciar el arbitraje de una disputa a menos que se hubiera remitido una notificación de insatisfacción frente a la decisión del *dispute board*³². De esta forma y salvo en las excepciones referidas, tanto la remisión de la disputa ante el *dispute board* como la remisión de la notificación de insatisfacción frente a la misma o, en caso de no haberse emitido, frente a su omisión, constituirán una condición o requisito para el arbitraje.

A este respecto, cabe plantearse si la inobservancia de tales presupuestos afectaría a la competencia del tribunal arbitral para adoptar una decisión que afecte al fondo de la disputa subyacente o si, por el contrario, afectaría únicamente a la admisibilidad de la reclamación en vía arbitral; pues en este último

³⁰ *Ibid.*, párrafo 146 y 156.

³¹ Subcláusulas 20.7, 20.8 *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 3.7.5, párrafo cuarto, 21.7 y 21.8 FIDIC *Red Book* y *Yellow Book* (2017); 3.5.5, párrafo cuarto, 21.7, 21.8 FIDIC *Silver Book* (2017).

³² Subcláusulas 20.4 párrafo sexto *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.4.4 párrafo tercero *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

caso, el tribunal podría volver a conocer –o continuar conociendo, en el caso en que hubiera suspendido el procedimiento– una vez cumplida la condición; mientras que, de considerarse como una cuestión de competencia, el tribunal no podrá entrar a conocer sobre el fondo de la disputa, sin posibilidad de subsanación alguna³³. También se proyectará en el eventual procedimiento de anulación del laudo arbitral posterior, pues tratándose de una cuestión de admisibilidad, su determinación corresponderá en exclusiva al tribunal arbitral, no quedando sujeto a la supervisión por parte del tribunal, lo que impedirá la estimación de la anulación por este motivo, a salvo los supuestos en que se hubieran vulnerado las garantías a un debido proceso o de orden público; no así de considerarse como una cuestión de competencia, en cuyo caso, el tribunal que conozca de la anulación, podría llegar a estimar la misma por este motivo.

En la práctica arbitral, en el laudo parcial CCI núm. 16262, en un asunto sometido a FIDIC *Yellow Book* de 1999, se consideró que el sometimiento de la disputa ante el *dispute board* constituía un requisito o condición necesaria para someter la disputa a arbitraje, de forma que, al no haberse cumplido, el tribunal arbitral carecía de competencia³⁴. En el laudo final CCI núm. 6535, en un asunto sometido a las condiciones de la *Institution of Civil Engineers* (“ICE”), el tribunal consideró que carecía de competencia, ante la inobservancia del procedimiento escalonado en dos fases; observándose igualmente este criterio en el laudo final CCI núm. 16435, en el que el tribunal, ante la inobservancia de ciertas notificaciones inherentes al procedimiento pre-arbitral de resolución de disputas, concluyó que carecía de competencia salvo en uno de los supuestos, procediendo a desestimar las pretensiones del reclamante³⁵. No obstante, en opinión de este autor, tanto el sometimiento de la disputa ante el *dispute board* como la remisión de la notificación de insatisfacción, constituyen aspectos que afectarán a la admisibilidad de la reclamación y no a la competencia del tribunal arbitral. Esta resulta ser, precisamente, la línea interpretativa seguida por los tribunales en la mayoría de ordenamientos en cuanto a los mecanismos escalonados que integren sistemas alternativos de resolución de disputas (“ADR”). En esta línea, en el laudo interino

³³ McErlaine, M. y Allsop, J., *Trends in Questions of Jurisdiction and Admissibility in International Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2021, disponible en arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/02/trends-in-questions-of-jurisdiction-and-admissibility-in-international-arbitration/

³⁴ Laudo parcial CCI núm. 16262, párrafos 58, 60 y 62.

³⁵ Laudo final CCI núm. 16435, párrafos 107, 161 y 162.

CCI núm. 14431, el tribunal consideró que el sometimiento de la disputa ante el *dispute board* constituía un paso obligatorio para las partes, previo a la vía arbitral conforme al cauce general, cuya inobservancia llevó al tribunal a estimar la excepción de admisibilidad, ordenando al demandante comenzar el procedimiento ante el *dispute board* dentro de las cuatro semanas siguientes. En el laudo final CCI núm. 19581, el árbitro único señaló que mientras que la falta de competencia significa que la disputa no puede en absoluto plantearse ante el órgano requerido, la falta de admisibilidad significa que la reclamación formulada no era idónea ni madura para el tratamiento por parte del tribunal por faltar alguna de sus condiciones necesarias conforme al cauce general³⁶; las cuales no operarán cuando el asunto esté amparado por alguna de las excepciones al cauce general, como fue el caso, al admitirse la excepción contenida en la subcláusula 20.8.

Conforme al cauce general, tras la remisión de la notificación de insatisfacción, ambas partes deberán intentar resolver la disputa de forma amistosa antes de iniciar el arbitraje³⁷, pudiendo optar por cualquier clase de mecanismos alternativos de resolución. No obstante, salvo acuerdo en contrario entre las partes, el arbitraje podrá comenzar, conforme a los modelos de la *Rainbow Suite* FIDIC de 1999, a partir del quincuagésimo sexto día siguiente al de la notificación de insatisfacción; mientras que, tratándose de los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017, será a partir del vigésimo octavo día siguiente a aquel en que la notificación fue remitida; señalando Christopher Seppälä³⁸ que la referencia a que el arbitraje “podrá comenzar” debe entenderse referida a la formulación de su solicitud. En la práctica, se ha cuestionado la necesidad de esperar el transcurso de este periodo antes de iniciar el arbitraje, existiendo diversidad de opiniones en la doctrina. Jeremy Glover y Simon Hughes, consideran que operaría como una suerte de condición o presupuesto necesario para acudir a la vía arbitral, cuya inobservancia alcanzaría a la competencia del tribunal³⁹; mientras que otros como Robert Knutson consideran que, en la mayoría de legislaciones, los acuerdos de negociación no son normalmente

³⁶ Laudo final del caso CCI núm. 19581, párrafos 256, 262.

³⁷ Subcláusula 20.5, *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.5 *Rainbow Suite* FIDIC de 2017.

³⁸ Seppälä, C., *Pre-Arbitral Procedure on the Settlement of Disputes under the FIDIC Conditions*, *International Construction Law Review*, 315, 1986.

³⁹ Glover, J. y Hughes, S. *Understanding the FIDIC Red and Yellow Books*, London Sweet & Maxwell, 2006, p. 542.

vinculantes, especialmente si no se identifican claramente las consecuencias de su incumplimiento⁴⁰; señalando Andrew Tweeddale⁴¹ que sería absurdo justificar la anulación de un laudo simplemente porque las partes no esperaron el transcurso de este periodo, siendo más bien una obligación procesal cuyo incumplimiento podría dar lugar a una indemnización. En nuestra opinión y sin perjuicio de que se trate de una cuestión que deberá interpretarse conforme a la ley aplicable al contrato, la observancia de este plazo constituye un requisito de admisibilidad de la reclamación en vía arbitral, que se sumaría a la necesidad de sometimiento de la disputa ante el *dispute board* y la remisión de la notificación de insatisfacción. En línea con este criterio, en el laudo final CCI núm. 13686 el tribunal, si bien en un asunto no referido a un modelo FIDIC, consideró que el plazo dirigido al intento de resolución amistosa no planteaba una cuestión de competencia, sino que constituía, precisamente, un requisito o condición previa para el inicio de un procedimiento arbitral⁴², que debía cumplirse antes de someter el asunto a arbitraje. En consecuencia, dado que la solicitud de arbitraje no había sido precedida por las negociaciones, la demanda debía considerarse prematura, debiendo desestimarse o, alternativamente, suspenderse el procedimiento hasta que concluya el plazo previsto para la negociación y, por consiguiente, para el cumplimiento de la condición.

Finalmente, a menos que fuera resuelta de forma amistosa, cualquier disputa que no hubiera sido resuelta mediante una decisión definitiva –si la hubiera– se resolverá definitivamente en vía arbitral⁴³, lo que restringe este cauce de impugnación a las disputas resueltas mediante decisiones no definitivas. El alcance de este arbitraje no estará definido por los argumentos presentados previamente ante el *dispute board*, sin que ninguna de las partes se limite, en esta vía, como ya hemos adelantado, a las pruebas o argumentos presentados previamente ante el *dispute board* ni a los motivos incluidos en la notificación de insatisfacción⁴⁴;

⁴⁰ Knutson, R. *FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts*, Kluwer Law International, 2005, p. 76.

⁴¹ Tweeddale, A., *The Courtesy Trap – FIDIC's Sub-clause 20.5 – Amicable Settlement and Emirates trading*, International Construction Law Review, 2016, pp. 87-88.

⁴² Laudo final CCI núm. 13686, párrafos 253 y 256.

⁴³ Subcláusula 20.6, párrafo primero *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.6 párrafo primero *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁴⁴ *Ibid.*

considerándose posible por el laudo interino inicial CCI núm. 11813 la invocación de derechos de compensación bajo los modelos de la *Rainbow Suite* FIDIC de 1999⁴⁵, no así en los modelos de 2017⁴⁶. Respecto al plazo de remisión en vía arbitral, no se establece un plazo máximo de formulación, quedando sujeto a las normas sobre prescripción de acciones que resulten de la ley aplicable. El arbitraje podrá iniciarse antes o después de la terminación de las obras, debiendo tener en cuenta que las obligaciones de las partes, el ingeniero y del *dispute board* no se verán alteradas por el hecho de que el arbitraje se lleve a cabo durante el progreso de las obras⁴⁷, sin perjuicio de las previsiones sobre suspensión de los trabajos o reducción del ritmo de trabajo a que hicimos referencia al hablar de la eficacia vinculante de la decisión. En el procedimiento arbitral, el árbitro único o, en su caso, el tribunal arbitral, tendrán capacidad para abrir, examinar y revisar, entre otros, cualquier decisión del *dispute board* que fuera relevante para la disputa, debiendo entenderse referida a excepción de las decisiones definitivas. En aclaración a esta cuestión, en la edición de 2017, se previó expresamente que el árbitro único o, en su caso, el tribunal arbitral tendrían capacidad para abrir, examinar y revisar, entre otros, cualquier decisión del *dispute board* que fuera relevantes para la disputa, con excepción de aquellas decisiones vinculantes y definitivas⁴⁸.

V. Cauce especial de reclamación en vía arbitral frente al incumplimiento de las decisiones definitivas y no definitivas del *dispute board*

Una de las principales causas de reclamación en vía arbitral en los proyectos sometidos a modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC, se circunscribe a los supuestos de incumplimiento de las decisiones del *dispute board*, justificándose en el incumplimiento contractual derivado de la inobservancia de la

⁴⁵ Laudo interino inicial CCI núm. 11813, párrafos 71 a 73.

⁴⁶ Subcláusula 20.2.7 párrafo segundo *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁴⁷ Subcláusula 20.6 párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.6, párrafo quinto *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁴⁸ Subcláusula 20.6 párrafo segundo *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.6 párrafo segundo *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

obligación de dar efecto sin demora a la decisión⁴⁹. Sin embargo, la principal cuestión que hizo correr ríos de tinta a este respecto se derivó del régimen diferenciado en los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 1999 respecto a los supuestos de incumplimiento en función del carácter definitivo o no definitivo de las decisiones del *dispute board*. En los modelos de dicha edición, se preveía por sus respectivas subcláusulas 20.7 la posibilidad de someter directamente a arbitraje, conforme a la subcláusula 20.6, el incumplimiento de las decisiones del *dispute board*, sin que resultaran aplicables las subcláusulas 20.4 y 20.5, si bien únicamente cuando ninguna de las partes hubiera notificado su insatisfacción dentro del plazo establecido en la subcláusula 20.4; la decisión del *dispute board*, en caso de haberla, fuera definitiva y vinculante; y una de las partes no acatara esta decisión⁵⁰, lo que restringía *de facto* la aplicación de esta disposición a los supuestos de incumplimiento de las decisiones definitivas.

En cuanto al sometimiento en vía arbitral del incumplimiento de decisiones definitivas, los modelos prevén la exclusión a la remisión de las subcláusulas 20.4 y 20.5, de forma que no será necesario someter el incumplimiento ante el *dispute board* ni esperar el plazo previsto para el intento de resolución amistosa. Esta excepción, cuya inclusión se justificaría en el reconocimiento del incumplimiento como una disputa independiente de aquella resuelta por la decisión definitiva, supone, por consiguiente, la adopción del enfoque de doble disputa. Según Christopher Seppälä, en los asuntos acumulados CCI núm. 3790/3902/4050/4051/4054 relativos a un asunto sometido al modelo FIDIC *Second Edition* de 1969, encontramos un ejemplo de reclamación frente al incumplimiento de diversas determinaciones definitivas del ingeniero, ordenando el tribunal al pago de dichas cantidades⁵¹. Igualmente, en el segundo laudo parcial CCI núm. 12048, relativo a un proyecto de construcción y rehabilitación de la carretera entre Biriwa y Takoradi, se formuló una reclamación por el contratista frente al Gobierno de la República de Ghana y el Ministerio de Carreteras y Transporte por el impago de ciertas cantidades reconocidas como debidas

⁴⁹ Subcláusula 20.4, párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.4.3, párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁵⁰ Subcláusula 20.7, *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.7 *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁵¹ Seppälä, C., *International Construction Contract Disputes: Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 19, núm. 2, 2008.

mediante determinaciones definitivas del ingeniero, ordenando el tribunal al pago de dichas cantidades⁵². En sentido similar, el laudo final CCI núm. 23988/MHM/HBH (c-24011/MHM/HBH) de 1 de septiembre de 2020, relativo a un proyecto de construcción de la autopista entre Tirana y Elbasan sometido al modelo FIDIC *Multilateral Development Bank* (“MDB”) *Harmonised Edition* de 2005 se formuló una reclamación de pago en vía arbitral frente a la Administración de Carreteras de Albania solicitando las cantidades reconocidas como debidas en una decisión definitiva incumplida del (A)DBR⁵³, la cual fue estimada por el tribunal y confirmada, tras un intento fallido de anulación, por el Arrêt de la Cour d’appel de Paris de 31 de mayo de 2022.

Gran parte de la doctrina consideró la subcláusula 20.7 como una excepción al régimen general, permitiendo someter a arbitraje el incumplimiento de las decisiones definitivas, las cuales de otro modo quedarían excluidas en virtud del párrafo primero a la subcláusula 20.6⁵⁴. Asimismo, respecto a los modelos de 1999, cabe considerar ostensible que el árbitro único o, en su caso, el tribunal arbitral carecerán de capacidad para abrir, revisar o examinar las decisiones definitivas del *dispute board*; alcanzándose esta conclusión en el segundo laudo parcial CCI núm. 12048, relativo a un proyecto sometido a modelo FIDIC *Red Book* 4ª edición de 1987, por el que el tribunal concluyó que las determinaciones definitivas del ingeniero dejaban de ser susceptibles de apertura o anulación; de forma que el tribunal arbitral ya no tendría autoridad para reconsiderar posibles defensas contractuales, limitándose a constatar si hubo o no incumplimiento. Del mismo modo, en el citado laudo final CCI núm. 18320, el tribunal señaló que de haberse constatado la decisión como definitiva, no estaría sujeta a revisión en cuanto al fondo, independientemente de la solidez de las reclamaciones subyacentes y de la exactitud de la decisión del *dispute board*⁵⁵; lo que advierte de la importancia para las partes de la adecuada remisión de una notificación de insatisfacción.

⁵² Laudo parcial CCI núm. 12048, párrafos 33 a 35.

⁵³ Laudo final CCI núm. 23988/MHM/HBH (c-24011/MHM/HBH), párrafos 269, 362, 366 y 401.

⁵⁴ Dedezade, T., *Mind the Gap: Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract*, *International Arbitration Law Review*, número 4, 2012, p. 147.

⁵⁵ Laudo final CCI núm. 18320, párrafo 171.

Ahora bien, la principal cuestión que se planteó fue la relativa al cauce de ejecución frente al incumplimiento de las decisiones no definitivas, cuestionándose los motivos de la omisión en la subcláusula 20.7. Las posiciones más radicales consideraban que, a falta de previsión expresa, la parte perjudicada por el incumplimiento de la decisión no definitiva –sin perjuicio de la impugnación respecto al fondo conforme a las subcláusulas 20.5 y 20.6– debía someter el incumplimiento ante el *dispute board* a fin de obtener una nueva decisión por la que se constatará si hubo o no incumplimiento; de forma que si esta segunda decisión fuera incumplida y no se remitiera una notificación de insatisfacción, podría acudir directamente a arbitraje conforme a la subcláusula 20.7, mientras que si se remitiera tal notificación, tras el intento de resolución amistosa previsto por la subcláusula 20.5, podría referirse la disputa subyacente en vía arbitral, sin perjuicio de que, en tal caso, el segundo incumplimiento daría lugar a una nueva disputa, que podría volver a someterse al cauce general. Como el lector podrá observar, esta solución resulta gravemente insatisfactoria e inconsistente con el propósito de cumplimiento sin demora con el contenido de la decisión, además de un elevado riesgo de procedimientos arbitrales potencialmente contradictorios. Con todo, autores como Frédéric Gillon, aun reconociendo el efecto indeseable de la remisión del incumplimiento conforme al principio “pague ahora, reclame después”, consideraron que el mismo, lamentablemente, a la luz de las disposiciones expresas del contrato, era un mal necesario⁵⁶.

Autores como Nael G. Bunni señalaron que dada su redacción, la subcláusula 20.7 limitaba la posibilidad de acudir directamente a arbitraje en los supuestos de incumplimiento de las decisiones definitivas, dando lugar a una laguna contractual respecto a las decisiones no definitivas –existente desde el modelo FIDIC *Red Book* 4ª edición de 1987– considerando que la imposibilidad de someter directamente a arbitraje el incumplimiento de la decisión no era aceptable⁵⁷ y sugiriendo la posibilidad de plantear el incumplimiento en arbitraje pues las partes no estarían limitadas por las pruebas o fundamentos expuestos ante el *dispute board*. Según informa Christopher Seppälä, involucrado en la redacción de la subcláusula 20.7, no era intención de la FIDIC excluir de la

⁵⁶ Gillion, F., *The Court of Appeal decision in Persero II: Are we now clear about the steps to enforce a non-final DAB decision under FIDIC?* International Construction Law Review, Volumen 4, 2016, p. 14.

⁵⁷ *Op. Cit.* (nota 10), p. 8. No ha sido singularizada la fuente.

ejecución en vía arbitral las decisiones no definitivas, señalando que tanto ésta como la subcláusula 67.4. existente en el modelo FIDIC Red Book 4ª edición de 1987 no debían interpretarse en el sentido de que las decisiones no definitivas no pudieran ejecutarse en vía arbitral⁵⁸. Según este autor, se consideró innecesario referirse en dicha redacción a las decisiones no definitivas del *dispute board*, ya que estaba claro o así se pensaba, que dado que las mismas habían sido objeto de una notificación de insatisfacción, estas podrían, por definición, ser remitidas al arbitraje en virtud de la subcláusula 20.6.

Un ejemplo de remisión del incumplimiento al *dispute board* lo encontramos en el laudo final CCI núm. 16948, en el que fue sometido ante el *dispute board* el incumplimiento de dos decisiones no definitivas, emitiéndose una nueva decisión respecto a la cual se remitió una notificación de insatisfacción, siendo esta última decisión igualmente incumplida⁵⁹. El perjudicado sometió a arbitraje únicamente el incumplimiento de esta última decisión⁶⁰, considerando el árbitro único que ésta era una decisión diferente de las anteriores y basada en otro fundamento jurídico⁶¹ y concluyendo que no había obstáculo alguno para dictar un laudo únicamente en relación con el incumplimiento cuando esta fuera la única cuestión sometida a arbitraje; amparando esta conclusión en que la subcláusula 20.6 establece una facultad y no una obligación de entrar a revisar el fondo de la decisión del *dispute board*⁶². En consecuencia, el árbitro único del caso ordenó al pago inmediato de las cantidades fijadas por el *dispute board*, más los intereses y costas, basándose en que el empleador era responsable de todos los daños y perjuicios resultantes o relacionados con el hecho de no haber cumplido a tiempo o de conformidad con los términos del contrato o de no haber cumplido en absoluto⁶³.

Por otra parte, cabe citar la sentencia del Tribunal Superior de Singapur de 20 de julio de 2010, en anulación del laudo final CCI núm. 16122/CYK de 2009, relativo al primero de los casos *Persero*. En 2006, la empresa estatal indonesia

⁵⁸ Seppälä, C., *Sub-Clause 20.7 of the FIDIC Red book does not justify denying enforcement of a 'binding' DAB decision*" Construction Law International, 6, 2011.

⁵⁹ Laudo final CCI núm. 16948, párrafo 131.

⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 53, 113, 115.

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 133.

⁶² *Ibid.*, párrafo 67

⁶³ *Ibid.*, párrafo 134

PT Perusahaan Gas Negara (“PGN”) había celebrado con el contratista CRW un contrato para la construcción de un gasoducto y un cable óptico desde Grissik a Pagardewa, sometido a un modelo FIDIC *Red Book* (1999) con modificaciones, bajo ley de Indonesia. Tras diversas modificaciones de proyecto por parte de PGN, se formularon por CRW diversas reclamaciones por pagos adicionales, que al no ser atendidas, dieron lugar a una disputa que fue sometida ante el *dispute board*. Este reconoció como debidas a CRW diversas cantidades, remitiéndose una notificación de insatisfacción por PGN que, además, no atendió al pago correspondiente. Frente a ello, CRW sometió a arbitraje el referido incumplimiento –dando lugar al caso CCI núm. 16122/CYK, antes citado– reclamando que se diera efecto a la decisión, sin solicitar que se entrara al fondo de la disputa subyacente, lo cual fue estimado por el tribunal arbitral. En el procedimiento de anulación de dicho laudo por parte de PGN, el Tribunal Superior de Singapur reconoció que el incumplimiento de una decisión era una disputa separada y como tal debería haber sido remitida primero al *dispute board* para que se pronunciara conforme a la subcláusula 20.4; concluyendo, además, que el tribunal arbitral no podía dictar un laudo final sin entrar al fondo de la disputa subyacente, concluyendo que el mismo se había excedido respecto a sus poderes, procediendo a su anulación⁶⁴. Un planteamiento similar fue confirmado ante la Corte de Apelación de Singapur, en su sentencia de 13 de julio de 2011, la cual concluyó que el árbitro único no ejerció su facultad de abrir, examinar y revisar la decisión, considerando el laudo no era conforme a la subcláusula 20.6, afirmando, adicionalmente, que la denegación de la solicitud de abrir y examinar la decisión constituía una violación de la justicia natural⁶⁵. Ello llevó a la Corte de Apelación a concluir, en definitiva, que no podría dictarse un laudo final, confirmando la anulación⁶⁶.

No obstante, apoyándose en los trabajos de Nael G. Bunni y Christopher Seppälä, el tribunal concluyó *obiter* que resultaría posible ejecutar la decisión no definitiva incumplida mediante un laudo parcial o provisional, siempre que el fondo de la controversia subyacente también se abordara en ese mismo

⁶⁴ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK *v* CRW Joint Operation [2010] SGHC 202, párrafos 25, 38 y 43.

⁶⁵ CRW Joint Operation *v* PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33, párrafos 79, 80 y 82.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 101.

arbitraje⁶⁷. En los trabajos citados, informaba este autor que en el laudo interino inicial CCI núm. 10619, relativo a un proyecto sometido a un modelo FIDIC *Red Book* 4ª edición de 1987 y sede en Francia, el tribunal consideró que si las determinaciones del ingeniero tenían un efecto vinculante para las partes, su inobservancia constituiría un incumplimiento del contrato; no existiendo razón alguna para que, ante tal incumplimiento, el tribunal tuviera que abstenerse de dictar un laudo que otorgara a las determinaciones del ingeniero su plena fuerza y efecto, tratándose simplemente, de la ley del contrato; procediendo a ordenar la ejecución provisional a través de dicho laudo interino inicial⁶⁸. En consecuencia, según este autor, las previsiones contenidas en el laudo interino del caso CCI núm. 10619, incluida la posibilidad de ejecución vía laudo interino o provisional⁶⁹, también resultarían aplicables a los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 1999 respecto a las decisiones no definitivas del *dispute board*.

Ahora bien, el propio Christopher Seppälä y otros autores, como Frédéric Gillion⁷⁰, consideraron errónea la interpretación de las subcláusulas 20.6 y 20.7 por parte de los tribunales de Singapur. En este sentido, consideraron errónea la interpretación de la facultad para abrir, examinar y revisar la decisión, pues aun reconociendo esta facultad, la misma estaría condicionada en su ejercicio a las demandas y reconvenciones que, en su caso, hubieran hecho valer las partes en dicho arbitraje, así como al contenido del acta de misión redactada para el mismo, en línea con el reglamento de la CCI. Particularmente Christopher Seppälä consideró que los tribunales de Singapur interpretaron erróneamente la subcláusula 20.7 al considerar la misma como una suerte de exclusión a la ejecución de las decisiones no definitivas así como diversos aspectos inherentes a la subcláusula 20.6, relativos a la necesidad de revisar el fondo de la disputa subyacente en su integridad o la necesidad de resolver todas las disputas en

⁶⁷ *Ibid.*, párrafos 63 a 66.

⁶⁸ Laudo interino inicial CCI núm. 10619, párrafos 22 y 27.

⁶⁹ *Op. Cit.*, (nota 51); y Seppälä, C., *Enforcement by an Arbitral Tribunal of a Binding but not Final Engineer's or DAB's decision under the FIDIC Conditions*, *International Construction Law Review*, 2009, p. 414.

⁷⁰ Gillion, F., *Enforcement of DAB decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract – a recent development: CRW Joint Operation (Indonesia) v PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK*, *International Construction Law Review*, 2011.

el mismo arbitraje, no entendiendo dicho autor la dificultad de los tribunales de Singapur para admitir la posibilidad de ejecución a través de un arbitraje separado, circunscrito exclusivamente al incumplimiento cuando esta fuera la única cuestión sometida a arbitraje y a través de un laudo final⁷¹.

Por su parte, siguiendo las indicaciones *obiter* de la sentencia de la Corte de Apelación de Singapur de 2011, CRW inició un segundo arbitraje, dando lugar al caso CCI núm. 18272/CYK –que fuera inicio de la saga *Persero II*– solicitando la ejecución de la decisión del *dispute board* a través de un laudo interino o provisional a la espera de un laudo final respecto a la disputa subyacente. En la sentencia del Tribunal Superior de Singapur de 16 de julio de 2014, este consideró que el régimen previsto por las subcláusulas 20.4 a 20.7, además de establecer el arbitraje como método para que las partes puedan resolver finalmente sus disputas, estipula un régimen de garantía contractual de pago, destinado a estar disponible para las partes incluso si no existe un régimen legal en virtud de la ley aplicable⁷². Señala esta sentencia que dicho régimen de garantía contractual, cuyo propósito principal se centraría en garantizar el flujo de efectivo al contratista, encontraría su principio impulsor en el aforismo “pague ahora, reclame después” (*pay now, argue later*) el cual permitiría que, cuando surja una disputa sobre una obligación, generalmente de pago –sin perjuicio de que resulte aplicable a cualquier obligación derivada del contrato– la otra parte pueda exigir que el obligado cumpla con la obligación inmediatamente o sin demora, sin que ello perturbe el derecho de este último a discutir el fondo de la disputa subyacente respecto a esa obligación. Este régimen, dotaría, por tanto, de un correlativo derecho independiente a ser “pagado ahora”, sin tener que esperar a que la disputa se resolviera de forma definitiva sobre el fondo de la disputa subyacente en arbitraje ni conllevar efectos preclusivos para la misma⁷³; permitiendo a la parte perjudicada por el incumplimiento de la decisión no definitiva acudir a la vía arbitral y obtener su ejecución a través de un laudo interino o provisional.

⁷¹ Seppälä, C., *How not to interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in Persero* International Construction Law Review, vol. 29, parte 1, 2012, pp. 12-18.

⁷² PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation (Indonesia) [2014] SGHC 146, párrafo 22.

⁷³ *Ibid.*, párrafo 33.

En este sentido, el Tribunal Superior de Singapur, para determinar si las condiciones previstas en la subcláusula 20.6 continuarían aplicándose a la remisión del incumplimiento de una decisión no definitiva; así como para determinar tanto los límites a la facultad del tribunal para abrir la decisión como la capacidad de las partes para atacar la misma, evaluó los enfoques de doble disputa y de disputa única. Tras constatar la existencia de ciertas deficiencias en el enfoque de doble disputa, optó por un enfoque de disputa única, el cual llevaría a considerar que el incumplimiento constituye simplemente un aspecto más de la disputa subyacente, que debe ser resuelto en el mismo procedimiento invocado para la resolución de la misma⁷⁴. Finalmente, el tribunal denegó el intento de anulación por parte de Persero, concluyendo que CRW tenía derecho a ejecutar la decisión no definitiva a través de un laudo interino o provisional, el cual sería, en sí mismo, final y vinculante sobre esa cuestión, sin necesidad de entrar en el fondo de la disputa subyacente, la cual sería resuelta posteriormente a través de un laudo final.

Según Christopher Seppälä, la adopción del enfoque de disputa única y su aplicación a las decisiones no definitivas del *dispute board* por el Tribunal Superior de Singapur en esta sentencia hace efectivas las características esenciales del régimen contractual de garantía de pago, previniendo que el contratista quede atrapado en un bucle recursivo infinito y reconociendo que la subcláusula 20.6 prevé un arbitraje derivado de una decisión del *dispute board* que resuelve con carácter definitivo todos los aspectos del conflicto entre las partes, el cual comprenderá tanto el conflicto principal respecto al fondo como el secundario respecto al incumplimiento⁷⁵. Según la sentencia del Tribunal Superior de Singapur, en ausencia de cualquier indicación contractual, el enfoque de una sola disputa indicaría con claridad cuándo en un arbitraje podrá invocarse legítimamente el párrafo segundo y tercero de la subcláusula 20.6 y cuándo no, lo que tendría lugar cuando se resuelva sobre el fondo de la disputa subyacente, pero no en ningún otro caso; señalando, además, que el mismo exigiría un único arbitraje que comprenda una serie integrada de procesos destinados a resolver con carácter definitivo todos los aspectos del

⁷⁴ *Ibid.*, párrafos 59 y 60.

⁷⁵ Seppälä, C., *A welcome decision from Singapore: the second Persero case*, Construction International Law, Volumen 10, asunto 1, 2010.

único litigio entre las partes. Ese arbitraje único podría dar lugar a cualquier número de laudos antes de su conclusión, siempre que todos esos laudos en su conjunto cumplieran con la subcláusula 20.6 y determinaran todos los aspectos de esa única controversia en cuanto al fondo y con carácter definitivo. Así, si un contratista deseara obligar al empleador a “pagar ahora” mientras las partes esperan a que concluya el proceso respecto al fondo de la disputa subyacente, podría hacerlo solicitando al tribunal un laudo anterior a tal efecto. Ello permitiría plantear únicamente la disputa relativa al incumplimiento, la cual no afectaría a ningún aspecto de la disputa subyacente; impidiendo, además, que el empleador actúe tácticamente respecto a la notificación y sin que el mismo pudiera alegar que obligarle a “pagar ahora” le impida “reclamar más tarde” sobre la disputa subyacente⁷⁶.

La sentencia de la Corte de Apelación de Singapur de 27 de mayo de 2015 siguió el enfoque de disputa única para determinar si la obligación de cumplir con la decisión del *dispute board* era susceptible de ser ejecutada mediante un arbitraje separado o, bien mediante un laudo interino o provisional, dentro del mismo arbitraje, en el que también se sometiera el fondo de la disputa subyacente. Tras señalar que la remisión del incumplimiento ante el *dispute board* no solo sería superflua sino también contraria al párrafo cuarto de la subcláusula 20.4, al generar una demora excesiva inconsistente con el propósito y el contexto del *dispute board*⁷⁷, el tribunal concluyó que la cláusula 20 debía interpretarse en el sentido de garantizar el pronto cumplimiento de la decisión del *dispute board* –independientemente del carácter definitivo o no definitivo de la decisión– permitiendo que el incumplimiento de una decisión no definitiva se remitiera directamente a arbitraje sin que las partes tuvieran que seguir los pasos prescritos en las subcláusulas 20.4 y 20.5. Según el tribunal, el incumplimiento sería una cuestión separada y conceptualmente independiente, susceptible de ser definitivamente resuelta mediante un arbitraje separado, en cuyo caso, el tribunal arbitral debería circunscribirse a constatar si se cumplió o no con la decisión, sin entrar a revisar el fondo de la disputa subyacente, pues ello se trataría de un aspecto diferente. No obstante, consideró que de someterse en el mismo procedimiento tanto el incumplimiento

⁷⁶ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2014] SGHC 146, párrafos 71 a 76.

⁷⁷ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2015] SGCA 30, párrafo 66.

de la decisión como la disputa subyacente resuelta por la misma, el tribunal arbitral podría dictar inicialmente un laudo interino o provisional o un laudo parcial respecto al incumplimiento de la decisión, a la espera de resolver sobre el fondo de la disputa subyacente a través de un laudo final. En consecuencia, el tribunal denegó el recurso frente a la sentencia anterior, confirmando que el laudo interino o provisional era un laudo válido y no podía ser anulado.

A lo largo del presente estudio hemos podido observar diferentes tipos de laudos en ejecución de las decisiones definitivas y no definitivas del *dispute board*. Según informa Andrew Tweeddale⁷⁸, en el caso CCI núm. 16119/GZ, el árbitro único consideró que las decisiones del *dispute board* no son definitivas y cualquier pago concedido en virtud de las mismas puede ser revisado y anulado, de ahí que, aunque no podría dictar ningún laudo final ordenando el pago de las sumas decididas, sí estaría facultado para dictar una orden interina o provisional conforme al artículo 23 del Reglamento de la CCI, pues cualquier orden de pago en esta fase debía ser provisional. Así, por ejemplo, informa Tanner Dedezade que en el laudo del caso CCI núm. 15751/JHN, el árbitro único admitió la ejecución través de un laudo parcial final a la espera de un laudo final respecto al fondo de la disputa subyacente⁷⁹. En el laudo parcial del caso CCI núm. 15956/GZ, en un proyecto sometido a un modelo FIDIC *Red Book* de 1999, se procedió a la ejecución de una decisión no definitiva incumplida del *dispute board* contra el Ministerio de Finanzas rumano a través de un laudo parcial, confirmando la validez de la decisión del *dispute board* y ordenando al empleador pagar al contratista el dinero concedido por la misma. Según informa Marcello Viglino, en un laudo no publicado, relativo a un proyecto sometido a un modelo FIDIC *Red Book* (1999), el tribunal arbitral admitió la ejecución de dos decisiones no definitivas incumplidas a través de un laudo parcial, a la espera de la revisión en cuanto al fondo de la disputa subyacente a través de un laudo final⁸⁰. En el laudo parcial CCI núm. 11813/DK, el tribunal reconoció la posibilidad de ejecutar la decisión a través de un laudo provisional o bien

⁷⁸ Tweeddale, A. *FIDIC's Guidance Memorandum to users – a half-baked solution?* Construction Law International, vol. 9, núm. 2, 2014, p. 9.

⁷⁹ Dedezade, T., *Are 'binding' DAB decisions enforceable?* Construction Law International, vol. 6, núm. 3, 2011.

⁸⁰ Viglino, M., *Can Parties to a FIDIC Contract Safely Decline Giving Effect to a Dispute Board's Decision?* The Dispute Resolution Board Foundation, Vol. 15, núm. 3, 2011.

de un laudo parcial, debiendo resolverse sobre el incumplimiento a través de un laudo y no de una orden⁸¹. En el ya citado laudo final del caso CCI núm. 18320, se consideró que si cualquiera de las partes impugnaba la decisión, el tribunal estaría obligado a ejercer su facultad de abrir, examinar o revisar la decisión y, en consecuencia, a examinar la controversia subyacente y las pretensiones que las partes habían sometido al *dispute board* en cuanto al fondo⁸². De esta forma y aunque reconoció que el tribunal arbitral podía ordenar la ejecución provisional de una decisión no definitiva del *dispute board* mediante un laudo provisional o una medida cautelar⁸³, dado que aun habiéndose impugnado la corrección de la decisión no se había entrado a revisar el fondo de la disputa subyacente, el árbitro único rechazó la reclamación. Por su parte, en el laudo final del caso CCI núm. 21477/MHM, en un arbitraje con sede en Bucarest y ley aplicable rumana, relativo a un proyecto de construcción sometido a un modelo FIDIC *Yellow Book* de 1999, se autorizó un laudo final, el cual decidía sobre todas las reclamaciones y solicitudes presentadas, incluido el incumplimiento⁸⁴.

En consecuencia, existen diversas opciones de ejecución preliminar de la decisión, las cuales quedarán sometidas a los requisitos y formalidades inherentes a la formulación elegida. A este respecto, deberán tenerse en cuenta las previsiones contenidas en el reglamento aplicable –que, salvo acuerdo en contrario, será el Reglamento de la CCI– y la *lex arbitri* en cuanto a los requisitos necesarios para su apreciación, sin perjuicio de que también resulte conveniente tener en consideración las previsiones contenidas por la *lex loci executionis*, esto es, la relativa al lugar donde vayan presumiblemente a ejecutarse así como los criterios previstos en cuanto al reconocimiento internacional conforme a instrumentos como el Convenio de Nueva York de 1958, a fin de evaluar y anticipar las posibilidades de su reconocimiento. Sin perjuicio de lo anterior y de la necesidad de evaluar las circunstancias concurrentes al caso concreto, las vías más habituales consistirán en la solicitud de ejecución bien a través de un laudo interino o provisional y particularmente, a través de un laudo parcial, a la espera de la resolución en cuanto al fondo de la disputa subyacente a través de un laudo final, pues a pesar

⁸¹ Laudo parcial CCI núm. 11813/DK, párrafo 22.

⁸² Laudo final CCI núm. 18320, párrafo 195.

⁸³ *Ibid.*, párrafo 197.

⁸⁴ Laudo final CCI núm. 21477/MHM, párrafos 329 a 331.

de los avances respecto al reconocimiento internacional de laudos interinos y de medidas cautelares, la ejecución a través de un laudo parcial comportará, generalmente, una mayor facilidad de ejecución y reconocimiento a través de instrumentos como el Convenio de Nueva York de 1958.

Por otra parte, superando algunas de las cuestiones tradicionalmente planteadas a este respecto, los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017 señalaron que, en caso de que una de las partes incumpliera cualquier decisión del *dispute board*, independientemente de que esta fuera definitiva o no definitiva y sin perjuicio de cualesquiera otros derechos de los que la misma pudiera disponer –entre los que se incluirán, por ejemplo, los cauces previstos para su inclusión de las cantidades reconocidas como debidas en la decisión del *dispute board* en certificados provisionales de pago u otros derechos derivados del contrato o de la ley aplicable– la otra parte podría remitir el incumplimiento directamente a arbitraje en virtud de la subcláusula 21.6, en cuyo caso, las subcláusulas 21.4 y 21.5 no se aplicarían a esta remisión⁸⁵, de forma que no será necesario someter el incumplimiento de la decisión no definitiva ante el *dispute board* ni esperar el plazo previsto para el intento de resolución amistosa. El árbitro único o, en su caso, el tribunal arbitral estará facultado para ordenar, mediante procedimiento sumario u otro procedimiento acelerado, ya sea mediante una medida interina o provisional o un laudo –según proceda con arreglo a la legislación aplicable o de otro modo– la ejecución de dicha decisión; la cual también podrá incluir una orden o un laudo de indemnización por daños y perjuicios u otra reparación⁸⁶.

Particularmente, en cuanto al empleo de medidas interinas o provisionales, señala Tanner Dedezade que, tratándose de la ejecución de una decisión no definitiva del *dispute board*, será difícil persuadir al tribunal arbitral de que se cumple el criterio de urgencia necesario para justificar que se dicten tales medidas; al considerar este autor que, de ordinario, no habrá urgencia o riesgo real de daño irreparable o daño grave o real si no se pagan al contratista las sumas ordenadas por el *dispute board*, a la espera de su resolución definitiva en un laudo final por el tribunal arbitral, pues podría considerarse que los intereses

⁸⁵ Subcláusula 21.7, párrafo primero, *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁸⁶ Subcláusula 21.7, párrafo primero y tercero, *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

son un remedio adecuado⁸⁷. Esto, con todo el respeto, no solo no es adecuado desde la perspectiva de la obligación de dar efecto sin demora al contenido de la decisión y de la necesidad de garantizar el flujo de efectivo en los proyectos internacionales de construcción; sino que tampoco sería correcto, debiendo considerar que en la ejecución de una decisión no definitiva incumplida a través de una medida provisional podría justificarse acreditando, *prima facie*, además de la competencia del tribunal arbitral, la apariencia de un derecho susceptible de protección o *fumus boni iuris*, acreditado, en este caso, mediante la prueba de la existencia de una válida decisión del *dispute board* y la constatación de la inobservancia o incumplimiento de dicha decisión, en infracción de la obligación de cumplir sin demora con el contenido de la misma; así como la urgencia en la ejecución; la existencia de un riesgo o peligro inminente o *periculum in mora*, que causaría un daño inmediato y difícilmente reparable si no se concede la medida solicitada, dada precisamente la necesidad de garantizar el flujo de efectivo en esta tipología de proyectos; así como la proporcionalidad de la medida. Más aún, en el plano práctico, parece deducirse que dichas medidas quedarán sujetas a un régimen particular, que dispensaría de la necesidad de acreditar la concurrencia de los presupuestos generales inherentes a este tipo de medidas. Así, por ejemplo, en el laudo provisional del caso CCI núm. 10619 se subrayó que ni las disposiciones del artículo 23 del reglamento de la CCI, ni las normas del nuevo código de procedimiento civil francés, relativas a las *ordonnances de référé* eran pertinentes, pues no se trata de una medida conservatoria o interina *stricto sensu*, sino de dar pleno efecto inmediato a un derecho del que goza una parte sin discusión sobre la base del contrato y que las partes han acordado que se prolongue al menos hasta el final del arbitraje; añadiendo que la voluntad de las partes prevalecerá sobre cualquier consideración de urgencia o daño irreparable o *fumus boni iuris* que se encuentran entre los fundamentos de la *référé* francesa.

A primera vista, la posibilidad de remisión directa en vía arbitral del incumplimiento de una decisión no definitiva del *dispute board* permitirá obtener la ejecución de la decisión, sin entrar a evaluar el fondo de la disputa subyacente. No obstante, debe tenerse en cuenta que, según el párrafo segundo de la subcláusula 21.7 que, en el caso de una decisión no definitiva, la medida cautelar o

⁸⁷ *Op. Cit.* (nota 54) p. 153.

provisional o el laudo por el que se ejecute la decisión estarán sujetos a la reserva expresa de los derechos de las partes en cuanto al fondo de la controversia, los cuales quedarán reservados hasta que se resuelvan mediante laudo⁸⁸. Atendiendo a esta redacción, surgen diversas cuestiones respecto al contenido y alcance de dicha reserva expresa, planteándose si será necesario someter el fondo de la disputa subyacente como parte del mismo procedimiento o si será posible la ejecución independiente, centrada en el incumplimiento, sin entrar en el fondo de la disputa subyacente, quedando únicamente sujeta a reserva expresa.

Respecto a su contenido, parece lógico considerar que la reserva no condicionará suspensivamente la posibilidad de ejecución preliminar de la decisión –de forma que hubiera que esperar a la resolución de los derechos de las partes en cuanto al fondo de la decisión– pues ello privaría completamente de sentido a dicha posibilidad, desnaturalizando, además, la obligación de cumplir sin demora con el contenido de la decisión; siendo más coherente considerar que será posible la ejecución de la decisión no definitiva incumplida a través de una medida cautelar o provisional o un laudo, de forma final y vinculante, sin perjuicio de que el mismo pueda ser objeto de revisión ulterior tras la concreción final de los derechos de las partes, a través de un laudo arbitral posterior que resuelva sobre el fondo de la disputa subyacente. Algunos autores consideran que esta “reserva expresa”, aunque busca responder a algunas preocupaciones planteadas durante la saga Persero, resulta, no obstante, indeseable, al poder afectar la ejecutabilidad de los laudos provisionales o parciales que ejecutan las decisiones del *dispute board*, desvirtuando su propósito⁸⁹. En tal sentido, señala Taner Dedezade que si se dictara una orden o un laudo provisional en ejecución de una decisión no definitiva, no sería esta ejecutable en virtud de la Convención de Nueva York de 1958⁹⁰, añadiendo que esta subcláusula prevé que el laudo final sobre el fondo anulará el carácter “provisional o interino” de cualquier laudo que se dictara para ejecutar la decisión del *dispute board*, subsistiendo las dificultades que no se abordaron en su día en los formularios FIDIC de 1999 –a saber, que el laudo ahora expresamente emitido como

⁸⁸ Subcláusula 21.7, párrafo segundo *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁸⁹ *Op. Cit.* (nota 22).

⁹⁰ Dedezade, T. *Enforcement of DAB decisions under FIDIC forms of contract*, capítulo 10, en Nazzini, R. *Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution: Theory and Practice around the World*, Informa Law, Routledge, 2022.

“provisional o interino” pueda no ser ejecutable en sí mismo— manteniéndose ésta como la cuestión más difícil en virtud de los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017. Sin embargo y sin desconocer las dificultades históricamente inherentes a la ejecución de las medidas interinas o provisionales, cabe considerar que tal aseveración omite los avances actuales respecto a la ejecución de medidas cautelares a través de órdenes y laudos provisionales⁹¹. El principal problema podría surgir, respecto a aquellos países que no admitan la adopción de medidas cautelares por parte de la autoridad arbitral, así como en aquellas jurisdicciones que no hayan abordado esta cuestión en absoluto desde un punto de vista legislativo⁹². A este respecto, aunque la distinción entre laudos provisionales y laudos parciales no sea unívoca en todas las legislaciones, la necesidad de resolver preliminarmente y de forma definitiva sobre una cuestión como es el cumplimiento sin demora con el contenido de la decisión, desde un punto de vista conservador, encontraría un encaje más seguro o, al menos, con menor riesgo en su reconocimiento internacional, en la figura del laudo parcial por el que se solicite la ejecución de la decisión no definitiva—respecto del cual, el tribunal habrá de comprobar únicamente si se cumplió o no con la decisión— a la espera de un laudo final que resuelva sobre el fondo de la disputa subyacente.

VI. Conclusiones

1. Los proyectos internacionales de construcción e ingeniería constituyen uno de los sectores más propensos al surgimiento de reclamaciones y disputas entre las partes. Los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC, tanto en su edición de 1999 como de 2017, establecen complejos sistemas escalonados de formulación de reclamaciones y resolución de disputas. Respecto

⁹¹ Veeder, V., *Provisional and Conservatory Measures in Enforcing Arbitration Awards Under The New York Convention: Experience and Prospects*, 21, UN Publication Sales, núm. 99, vol. 2, 1999.

⁹² Castello, J. E. y Chahine, R., *Enforcement of Interim Measures*, Parte I, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards – Third Edition*, disponible en globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/enforcement-of-interim-measures

a este último, la FIDIC apuesta decididamente por el *dispute board* como principal mecanismo de resolución, sin perjuicio de prever diferentes vías de impugnación y ejecución en sede de arbitraje internacional.

- 2.1. Las decisiones del *dispute board* serán vinculantes para las partes, quienes deberán dar efecto a las mismas sin demora, en tanto no sean revisadas por acuerdo entre las partes o a través de un procedimiento arbitral posterior; no resultando afectada esta eficacia vinculante por la remisión o no de una notificación de insatisfacción ni, por ende, por el carácter definitivo o no definitivo de la decisión.
- 2.2. Dada la naturaleza y origen contractual de la eficacia vinculante de la decisión, su contenido y alcance podrán resultar afectados por la interpretación que resulte del derecho de obligaciones y contratos previsto por la ley aplicable al contrato. Sin perjuicio de que los tribunales arbitrales sean reticentes, por lo general, a reconocer tales aspectos, tanto el derecho de obligaciones como el derecho imperativo o prohibitivo que resulte de la ley aplicable al contrato despliega una importancia capital respecto a la eficacia vinculante de la decisión.
- 2.3. Las decisiones del *dispute board* carecerán de eficacia ejecutiva, por lo que será preciso acudir a los cauces de ejecución previstos por los modelos. Ello no impedirá que el perjudicado por el incumplimiento pueda llegar a activar otras disposiciones previstas en los mismos, en función de la edición ante la que nos encontremos, como las relativas a la inclusión de las cantidades consideradas como debidas en certificados de pago provisional, la suspensión de los trabajos o la reducción del ritmo de trabajo o, en fin, la solicitud de rescisión o terminación contractual.
3. El carácter no definitivo de la decisión dependerá de que se remita válidamente la notificación de insatisfacción por cualquiera de las partes. En caso de no remitirse válidamente esta notificación por ninguna de ellas, la decisión se considerará como definitiva.
4. Las decisiones no definitivas podrán ser impugnadas en cuanto al fondo de la disputa subyacente a través del cauce general de impugnación previsto por los modelos, debiendo considerarse –a salvo ciertos supuestos excepcionales– que serán requisitos de admisibilidad de la reclamación en vía arbitral tanto el sometimiento de la disputa ante el *dispute board*, como la formulación de la notificación de insatisfacción frente a

- la misma o frente a su omisión –de no haber sido emitida por el *dispute board* en el plazo previsto para ello– así como esperar el transcurso del plazo de resolución amistosa, antes de acudir a arbitraje internacional.
5. El incumplimiento de las decisiones definitivas podrá someterse directamente a arbitraje, sin tener que remitir el mismo al cauce general ni esperar el plazo para el intento de resolución amistosa. En dicho procedimiento, el árbitro único o, en su caso, el tribunal arbitral carecerá de la capacidad para abrir, revisar o examinar el fondo de la decisión –al haber sido resuelta la disputa– debiendo limitarse a constatar si hubo o no incumplimiento; debiendo solicitarse dicha ejecución a través de un laudo final.
 - 6.1. El incumplimiento de las decisiones no definitivas en los modelos de 1999 planteó tradicionalmente importantes problemas, encontrándose dividida la doctrina respecto a la necesidad de someter el incumplimiento ante el cauce general, como una disputa independiente o si podría someterse directamente a arbitraje o bien como parte de la impugnación de la disputa subyacente. En los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017, esto aparece superado, al poder remitirse directamente el incumplimiento de las decisiones no definitivas, sin tener que someter el incumplimiento ante el *dispute board* ni esperar al transcurso del plazo para el intento de resolución amistosa.
 - 6.2. En la práctica, a partir de los casos Persero I y II, parece haberse admitido la posibilidad de remisión directa en vía arbitral del incumplimiento de las decisiones no definitivas del *dispute board*, considerando la existencia de un régimen de garantía o seguridad contractual en las subcláusulas 20.4 a 20.7 de los modelos de 1999, impulsado por el principio “pague ahora, reclame después” (*pay now, argue later*), coherente con la obligación de dar efecto inmediato o sin demora con el contenido de la decisión. Así, siguiendo un enfoque de disputa única, ha llegado a admitirse la posibilidad de ejecutar la decisión no definitiva incumplida de forma directa en vía arbitral, a través de la solicitud de laudo interino o provisional o de un laudo parcial, a la espera de la resolución en cuanto al fondo de la disputa subyacente, a través de un laudo final. No obstante, según esta interpretación, también resultaría posible ejecutar la decisión no definitiva incumplida a través de un procedimiento arbitral independiente o separado, sin entrar a revisar el fondo de la disputa

subyacente a través de un laudo final, cuando el incumplimiento sea la única cuestión sometida a arbitraje; si bien esta última opción ha sido rechazada por tribunales arbitrales en diversas ocasiones.

- 6.3. La ejecución a través de una u otra forma quedará sujeta a los presupuestos y requisitos inherentes a la forma elegida, lo que impactará en aspectos tales como la ejecución y el reconocimiento internacional de la medida que lo contenga, a través de instrumentos como el Convenio de Nueva York de 1958. Tomando en consideración tales aspectos y sin desconocer los avances en cuanto al reconocimiento internacional de medidas cautelares y laudos provisionales, la solicitud de un laudo parcial en ejecución de la decisión no definitiva, a la espera de un laudo final que resuelva respecto al fondo de la disputa subyacente, constituye la forma más segura y con menores inconvenientes en cuanto al reconocimiento internacional del instrumento por el que se ejecute la decisión; siendo esta valoración igualmente aplicable a los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017.

VII. Bibliografía

Libros, artículos y estudios

- Bailey, J., *Current issues with FIDIC dispute adjudication board*, Society of Construction Law, 2015.
- Baker, Ellis; Mellors, Ben; Chalmers, Scott; y Lavers, Anthony, *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Informa Law Routledge, 5ª Edición, 2009.
- Bunni, N.G., *The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works* International Construction Law Review.
- Castello, J. E. y Chahine, R., *Enforcement of Interim Measures*, Parte I, The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards - Third Edition, disponible en globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/enforcement-of-interim-measures
- Chern, C., *Chern on Dispute Boards Practice and Procedure*, fourth edition, Informa Law, 2021.

- Dedezade, T. *Enforcement of DAB decisions under FIDIC forms of contract*, capítulo 10, en Nazzini, R. *Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution: Theory and Practice around the World*, Informa Law, Routledge, 2022.
- *Are 'binding' DAB decisions enforceable?* *Construction Law International*, vol. 6, núm. 3, 2011.
- *Mind the Gap: Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract*, *International Arbitration Law Review*, número 4, 2012.
- Draetta, U., *Dispute Resolution in International Construction-Linked Contracts*, *Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto*, vol. 24, núm. 1, 2010.
- Gillion, F., *Enforcement of DAB decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract – a recent development: CRW Joint Operation (Indonesia) v PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK*, *International Construction Law Review*, 2011.
- *The Court of Appeal decision in Persero II: Are we now clear about the steps to enforce a non-final DAB decision under FIDIC?* *International Construction Law Review*, Volumen 4, 2016.
- Gillion, F.; Morson, R.; Jackson, S. y De Jager, C. *The New FIDIC Suite 2017: Significant Developments And Key Changes*, *International Construction Law Review* 384, parte 4, 2018.
- Glover, J. y Hughes, S. *Understanding the FIDIC Red and Yellow Books*, London Sweet & Maxwell, 2006.
- Knutson, R. *FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts*, Kluwer Law International, 2005.
- McErlaine, M. y Allsop, J., *Trends in Questions of Jurisdiction and Admissibility in International Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2021, disponible en arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/02/trends-in-questions-of-jurisdiction-and-admissibility-in-international-arbitration/
- Seppälä, C., *A welcome decision from Singapore: the second Persero case*, *Construction International Law*, Volumen 10, asunto 1, 2010.
- *Enforcement by an Arbitral Tribunal of a Binding but not Final Engineer's or DAB's decision under the FIDIC Conditions*, *International Construction Law Review*, 414, 2009.

- *How not to interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in Persero* International Construction Law Review, vol. 29, parte 1, 2012.
- *International Construction Contract Disputes: Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 19, núm. 2, 2008.
- *Pre-Arbitral Procedure on the Settlement of Disputes under the FIDIC Conditions*, International Construction Law Review, 315
- *Sub-Clause 20.7 of the FIDIC Red book does not justify denying enforcement of a ‘binding’ DAB decision*” Construction Law International, 6, 2011.
- Tweeddale, A. *FIDIC’s Guidance Memorandum to users – a half-baked solution?* Construction Law International, vol. 9, núm. 2, 2014
- *The Courtesy Trap – FIDIC’s Sub-clause 20.5 – Amicable Settlement and Emirate trading*, International Construction Law Review, 2016
- Veeder, V., ‘*Provisional and Conservatory Measures in Enforcing Arbitration Awards Under The New York Convention: Experience and Prospects*’ 21, UN Publication Sales, núm. 99, vol. 2, 1999
- Viglino, M., *Can Parties to a FIDIC Contract Safely Decline Giving Effect to a Dispute Board’s Decision?* The Dispute Resolution Board Foundation, Vol. 15, núm. 3, 2011

Informes

- 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, elaborada por White & Case en colaboración con *Queen Mary University of London*, disponible en [arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)
- 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, elaborada por White & Case en colaboración con Queen Mary University of London y disponible en arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf
- 2022 Global Construction Disputes Report Successfully navigating through turbulent times*, Arcadis, 2021, disponible en www.arcadis.com/en-gb/knowledge-hub/perspectives/global/global-construction-disputes-report

International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes de 2019, elaborado por Pinsent Masons en colaboración con *Queen Mary University of London* y disponible en [www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey#:~:text=Download%20report%20\(49%20pages%20/%205.2%20MB\)](http://www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey#:~:text=Download%20report%20(49%20pages%20/%205.2%20MB))

Manual de Dispute Board: Guía de Mejores Prácticas y Procedimientos, *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF).

Modelos FIDIC

FIDIC *Multilateral Development Bank* (“MDB”) *Harmonised Edition* (2005).

FIDIC *Red Book* (1999) *Conditions of Contract for Construction*.

FIDIC *Red Book* (2017) *Conditions of Contract for Construction*.

FIDIC *Red Book* 4ª edición (1987).

FIDIC *Silver Book* (1999) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*.

FIDIC *Silver Book* (2017) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*.

FIDIC *Yellow Book* (1998) (“*test edition*”).

FIDIC *Yellow Book* (1999) *Conditions of Contract fo Plant and Design-Build*.

FIDIC *Yellow Book* (2017) *Conditions of Contract fo Plant and Design-Build*.

Sentencias

CRW Joint Operation *ν* PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33.

PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK *ν* CRW Joint Operation (Indonesia) [2014] SGHC 146.

PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK *ν* CRW Joint Operation [2010] SGHC 202.

PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK *v* CRW Joint Operation [2015] SGCA 30.

Laudos CCI

Laudo final CCI núm 19346

Laudo final CCI núm. 13686

Laudo final CCI núm. 16435

Laudo final CCI núm. 16948

Laudo final CCI núm. 18320

Laudo final CCI núm. 19581

Laudo final CCI núm. 21477/MHM

Laudo final CCI núm. 23652/MH

Laudo final CCI núm. 23988/MHM/HBH (c-24011/MHM/HBH)

Laudo interino inicial CCI núm. 10619

Laudo interino inicial CCI núm. 11813

Laudo parcial CCI núm. 11813/DK

Laudo parcial CCI núm. 12048

Laudo parcial CCI núm. 16262

