

Dr. Gonzalo Stampa
G. Stampa Abogados



El arbitraje en proyectos complejos de ingeniería y construcción

En el mercado internacional de proyectos complejos de ingeniería y de construcción de plantas químicas, petroquímicas e industriales, el cliente final valora en los concurrentes –entre otras cualidades distintivas- la calidad técnica de los equipos responsables de la ejecución de los trabajos encomendados y su capacidad organizativa para entregar una obra tanto en plazo, como a satisfacción del dueño convocante. Las empresas españolas de ingeniería y construcción cumplen ambos requisitos, habiendo consolidado así su presencia habitual tanto en las licitaciones internacionales, como en la ejecución parcial o total de estos proyectos.

Proyectos que se articulan en complejos y extensos contratos, donde las partes instrumentan pormenorizadamente sus respectivas obligaciones y derechos. Localizados entre sus cláusulas finales resulta frecuente encontrar acuerdos arbitrales, por virtud de los cuales los contratantes consienten en remitir al arbitraje –institucional o ad hoc- la solución de cuantas discrepancias puedan plantearse durante la ejecución de los trabajos encomendados. Acuerdos arbitrales cuyo alcance y contenido resultan –por lo general- ignorados durante la negociación del contrato y recordados –sin embargo- cuando, constatada la existencia de discrepancias serias entre las partes, surge la necesidad de activar su contenido para sustanciar aquéllas; un momento en el cual, además de afrontar la existencia de una diferencia sustantiva notable, los responsables cuestionan ocasionalmente la bondad de tal decisión.

Excepciones al margen, la experiencia profesional demuestra que la utilización del arbitraje se ha erigido con una opción aconsejable para resolver este tipo de

controversias complejas. Conforman en la actualidad una institución jurídica consolidada, dotada de ventajas operativas sobre cuyo alcance conviene –al menos- reflexionar.

El arbitraje es un procedimiento contractual, cuya eficacia depende de su diseño responsable por las partes contratantes. Decíamos anteriormente que las cláusulas que instrumentan sus contenidos figuran arrumbadas al final de las disposiciones contractuales. Una ubicación que simboliza el resultado de la mejorable atención prestada a sus elementos por los contratantes durante la negociación del contrato; especialmente, su adecuada redacción. Adaptado a las circunstancias especiales de cada supuesto, los componentes básicos de cualquier acuerdo arbitral deben considerar, al menos, una mención adecuada a (i) la institución arbitral a cuyo reglamento se sometan las partes o a la ley de arbitraje que resulte de aplicación procedimental (con la finalidad de evitar cláusulas arbitrales patológicas), al (ii) número de árbitros intervinientes –determinado en función de la previsible complejidad de la controversia- y a (iii) la identificación de una sede arbitral neutral, familiarizada con el funcionamiento del arbitraje y dotada, en consecuencia, de jueces de apoyo y control razonablemente efectivos. La finalidad última de esta fase pre-conflictual es la consecución de un acuerdo arbitral que, aparte de evitar la remisión a juzgados locales favorables a una de las partes o la aplicación de las temidas reglas de remisión, permita a las partes centrarse la resolución sustantiva de la eventual controversia, una vez fuese planteada. Finalidad en la que es recomendable –por sus inherentes ventajas- obtener la colaboración de expertos en materia arbitral durante la negociación del contrato; una colaboración concebida como una inversión



en la seguridad jurídica de las partes contratantes, ya que la experiencia forense de estos profesionales les permite anticipar en una fase temprana los previsible puntos de fricción en la ulterior ejecución del contrato y proponer en este momento preliminar soluciones útiles para minimizar riesgos futuros.

El procedimiento arbitral es privado: solamente las partes y los árbitros pueden participar en el mismo, excluyendo –salvo acuerdo en contrario de las partes– terceros ajenos a la controversia. En un mercado tan competitivo como el que analizamos, la privacidad del arbitraje deviene, además, en un instrumento estratégico; correctamente utilizado, puede facilitar el acercamiento de posturas divergentes durante la disputa arbitral, sin mermar la vigencia de la relación contractual o comercial existente entre las partes. Eficacia que resultará acrecentada en el supuesto de que las partes contratantes hayan elegido con acierto sus respectivos especialistas para representar sus intereses en el procedimiento arbitral. Especialistas habituados a diseñar y aplicar estrategias procedimentales de ataque y defensa, con un adecuado control del tiempo. Especialistas habituados a negociar durante el desarrollo del arbitraje, sin comprometer sus argumentos

litigiosos. Especialistas capaces de proponer la designación como árbitros de candidatos correspondientes a profesionales –más que con renombre o influencia– con amplia y demostrada experiencia en la llevanza de asuntos arbitrales en ambas facetas –es decir, como árbitros y como abogados– y, sobretodo, con la disponibilidad necesaria para conocer y comprender el sustrato jurídico-técnico de la controversia planteada; detalles que deben justificar en laudos que resuelvan en justicia las discrepancias existentes. Si el arbitraje es derecho, el árbitro debe conocer las normas acordadas por los contendientes como derecho sustantivo y velar por su correcta aplicación a la controversia; requisitos ambos indispensables para valorar la calidad del arbitraje, como acertadamente reflexionara Pierre Lalive concluyendo en que «...el arbitraje vale lo que vale un árbitro...».

El procedimiento arbitral implica la dedicación y la especialización de todos los intervinientes en su desarrollo. La ejecución de los contratos complejos de ingeniería y construcción genera unas discrepancias características, en torno a cuyo análisis pivota las disputas que habitualmente plantea su ejecución. Unas disputas centradas en aspectos relativos a (i) la aceptación provisional y definitiva

de las obras contratadas, a (ii) la calidad de los materiales utilizados en la fabricación, construcción y montaje de los componentes y su influencia en el adecuado funcionamiento de las plantas, a (iii) la utilización –en ocasiones, indebida- de los anticipos, de las garantías de buen fin o de buen uso del dinero y de las garantías finales de la obra, a (iv) los retrasos existentes en las entregas de las obras, a (v) los impactos de las órdenes de cambio –con la utilización de los denominados programas primavera- y su influencia tanto en la entrega de las actuaciones en plazo, como en la aplicación de las penalidades oportunas por el cliente y a (vi) la eventual exigencia de responsabilidades a subcontratistas por diferentes motivos surgidos durante la ejecución de los trabajos subcontratados.

Todas estas materias provocan discusiones litigiosas de notable complicación técnica. Discusiones en donde debe valorarse la implicación de dos tipos de profesionales: los abogados especialistas en el procedimiento arbitral y los técnicos internos del cliente. El valor añadido de los primeros –los abogados especialistas- radicará en su capacidad de seleccionar la prueba a utilizar (sea documental, testifical o pericial) en el procedimiento arbitral, de identificar otras fuentes probatorias adicionales –cuya utilización devenga eventualmente necesaria durante la disputa- y de simplificar sus contenidos mediante alegaciones estructuradas y sistematizadas, dirigidas a optimizar la comprensión de sus complejos argumentos por sus destinatarios finales: los componentes del colegio arbitral. Los segundos –técnicos internos del cliente, tales como jefes de proyecto y cargos similares- aportarán su conocimiento técnico, derivado de la gestión diaria del proyecto litigioso, siempre y cuando exista una empatía suficiente con los Letrados designados por el cliente.

La correcta gestión de la prueba es vital en un procedimiento arbitral. Su agrupación, selección, decisión y utilización conforman elementos inobjetables de la estrategia diseñada; más, en un arbitraje, donde el diseño responsable de sus diferentes fases puede permitir una aportación medida y adecuada de la prueba durante su

desarrollo. En su coordinación, el abogado ostenta una responsabilidad relevante, debiendo conocer los objetivos perseguidos con todo medio de prueba propuesto en sustento de sus pretensiones.

La prueba documental deberá fundamentar las posiciones litigiosas principales, sin olvidar la identificación de otras fuentes de prueba adicionales a las que se pueda acceder en su momento a través de tribunal arbitral (operación conocida en el argot forense como *discovery* arbitral). La testifical –breve y contundente- debe servir para complementar la documental. Por último, la pericial debe sostener las cuestiones técnicas y financieras que se planteen en las alegaciones; es decir y entre otras cuestiones, aspectos relativos a la causa e imputabilidad de los retrasos discutidos, a la calidad de materiales controvertidos y a la determinación adecuada de los daños reclamados.

Como apuntábamos anteriormente, la experiencia forense diaria ratifica como recomendable la existencia de un equilibrio prudente entre la involucración sincera de los ingenieros internos del cliente –por corresponderse con los técnicos que mejor conocen el desarrollo de las obras discutidas- durante la preparación de las alegaciones sustantivas y la participación de peritos externos, limitada a advenir o a rebatir objetivamente en sus informes periciales algunos de los planteamientos técnicos, financieros o contables que se pretenda sostener en el arbitraje o que hayan sido expuestos de adverso. Una vez identificada, decidida, propuesta y practicada la prueba, la labor del abogado consistirá en exponer concisa y claramente ante el colegio arbitral sus conclusiones, relacionándolas con los aspectos jurídicos controvertidos.

En definitiva, nos encontramos ante cuestiones sustantivas de naturaleza compleja que pueden dilucidarse en vía judicial o en arbitraje. La opción de encauzar la solución de una disputa por el arbitraje resulta de una decisión en la que, más que costes –siempre relativos- o tiempo, debe valorarse por los responsables de su adopción la dedicación jurídica y técnica que exige la comprensión adecuada de la naturaleza de las controversias derivadas de su ejecución. Una dedicación que no siempre es posible encontrar en sede judicial, por obvias razones de disponibilidad, capacidad, formación y medios de sus órganos responsables. El arbitraje se erige así en una opción legítima a considerar porque, configurando adecuadamente sus elementos esenciales, las partes enfrentadas dispondrán de un instrumento eficaz y específico para la resolución de sus controversias; crearán un escenario propicio para preservar –en lo posible- el activo valioso e intangible de una relación comercial en un mercado tan reducido y tan selectivo, conjugado con una probabilidad alta de obtener una decisión pausada, detallada y completa sobre la disputa, rendida por profesionales familiarizados con estos cometidos. De hecho, «...los que consiguen que se rindan impotentes los ejércitos ajenos sin luchar son los mejores maestros de la guerra...» (Sun Tzu, en *El arte de la guerra*).

Gonzalo Stampa es abogado. G. STAMPA Abogados. Madrid (www.gstampacom.com). Dr. Iur. (Universidad Complutense Madrid, 2010); LL.M. (University of London, 1993); Licenciado en Derecho (Universidad Complutense Madrid, 1991). Hasta el momento, ha participado como abogado, árbitro y secretario de Tribunales Arbitrales en más de noventa (90) arbitrajes nacionales e internacionales, celebrados bajo los auspicios de las principales instituciones arbitrales y relativos –entre otras materias- a proyectos internacionales de construcción a largo plazo, proyectos complejos de ingeniería y construcción de plantas químicas, petroquímicas e industriales y contratos de construcción llave en mano. Entre otras instituciones arbitrales, es miembro de London Court of International Arbitration, Association Suisse de l'Arbitrage, Cima Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, Asociación Europea de Arbitraje (AEADE), Corte de Arbitraje de Madrid y Corte Española de Arbitraje.

Javier Íscar de Hoyos
Secretario General de la Asociación
Europea de Arbitraje, Aeade



Las Cortes de arbitraje como medio ideal de gestionar los arbitrajes

En los últimos años la figura del arbitraje se está consolidando como una herramienta popularizada en las empresas, lo que por un lado constituye un gran avance por dejar de ser un servicio casi exclusivo, y me atrevo a decir que excluyente, de grandes asuntos y de pocos abogados y árbitros, pero, por otro, puede llevar a una minusvaloración de lo que realmente este servicio representa debida a una excesiva democratización que lleve aparejada una merma de garantías, seguridad jurídica y certidumbre.

Para muestra un botón: La moda del arbitraje y su repercusión práctica ha llevado al Pleno del Consejo General del Poder Judicial a adoptar el acuerdo del 25 de noviembre de 2010, por el que se atribuye al Juzgado de Primera Instancia número 101 de Madrid, de nueva creación, el conocimiento con carácter exclusivo de los asuntos de laudo y arbitraje. Pues bien, no hagamos de esta magnífica noticia una desventaja con la inclusión de cláusulas patológicas en los contratos o con mala praxis de las instituciones arbitrales que echen por la borda las ventajas del arbitraje para, entre otros, abogados, empresas, ingenieros, arquitectos, economistas, Administración de Justicia, administraciones autonómicas y locales y árbitros.

Las empresas y los abogados no familiarizados con la herramienta, de forma habitual se confían y no prestan el debido cuidado a la hora de redactar una cláusula o convenio arbitral en un contrato o convenio, lo que deriva irremediabilmente en un problema, en lugar de en una solución rápida y eficaz. Es corriente, por ejemplo, que el contrato se limite a establecer la intención de las

partes a acudir a arbitraje en caso de conflicto, sin definir, la institución arbitral que lo administre, lo que deriva en la necesidad de acudir al Juez para que sea éste el que designe el árbitro. Gran inconveniente porque el arbitraje está pensado para que el juez del Estado no intervenga o intervenga lo menos posible (en caso de nombramiento judicial del árbitro vienen las dilaciones y la designación por mera insaculación, lo que equivale a perder todas las ventajas de las que goza el arbitraje- la rapidez, la eficacia y la especialidad del árbitro-).

Lo mismo ocurre cuando, en ocasiones, se opta por el arbitraje ad hoc y no por el arbitraje institucional o administrado. En el arbitraje ad hoc son las partes las que configuran en todos sus aspectos el procedimiento y las reglas a las que habrá de someterse, lo que requiere de una negociación más detallada y pormenorizada de la "cláusula arbitral". En el arbitraje institucional, las partes defieren a una institución arbitral la facultad de determinar las reglas a las cuales habrá de someterse el arbitraje.

En la entrevista del boletín de diciembre de la Asociación Europea de Arbitraje, Aeade (www.aeade.org), Jernej Sekolec, que fue durante ocho años director de UNCITRAL y actualmente uno de los vicepresidentes de la LCIA (London Court of International Arbitration), afirmaba que "el arbitraje ad hoc funcionaba bien hace 20 años, cuando existía exclusividad; sin embargo, ahora el panorama es muy distinto debido al crecimiento en el número de empresas y, sobre todo, al comercio electrónico". El número de participantes en el arbitraje ha aumentado y, según Sekolec: "Nos encontramos ante un fenómeno en el que tanto abogados, como árbitros y

partes carecen de experiencia" defendiendo el arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc e incidiendo en el papel de control del procedimiento que lleva a cabo la institución arbitral.

Por lo que la mejor forma de arbitraje, salvo excepciones, es incluir una cláusula (http://www.aeade.org/corte/arbitraje/index.php?len=es&pag=clausula_arbitral) a favor de una institución arbitral tanto en el ámbito doméstico, como en el internacional; ya que permite otorgar mayor fiabilidad al arbitraje, supervisar el proceso (controlar honorarios, tiempos...), designar a un árbitro experto en la materia y, en definitiva, garantizar la calidad.

Está comúnmente aceptada la afirmación de que el arbitraje de calidad depende de la elección del mejor árbitro que debería ampliarse a que el mejor arbitraje es la suma del árbitro idóneo en el seno de una institución arbitral de prestigio. Por esta razón, las instituciones se esfuerzan en decir a las partes que siempre habrá un árbitro experto (o tres, si es un tribunal arbitral) dirigiendo el procedimiento y dictando un laudo con pleno conocimiento de la materia objeto de controversia.

Aeade ha creado Comités de Expertos en función de la materia, como el Comité de Arbitraje de Energía e Ingeniería constituido a finales de 2010 y donde no sólo abogados, sino también ingenieros engrosan la lista de árbitros expertos.

Por tanto, quien acude al arbitraje debe tomar de inicio una importante decisión: arbitraje institucional o arbitraje ad hoc, es decir, designar a una institución arbitral para que administre el arbitraje bajo sus reglas o hacerlo fuera del marco institucional a través de un procedimiento administrado por los propios árbitros de acuerdo con las partes.

Son muchas las razones, algunas ya apuntadas por las que debemos inclinarnos por el arbitraje institucional, siendo las principales:

a) Simplificación de la redacción de la cláusula/convenio arbitral. Las instituciones arbitrales tienen dictadas reglas y procedimientos preestablecidos y perfeccionados con la experiencia. En caso contrario, el convenio de arbitraje debe contener una serie de precisiones (forma de designación de los árbitros, plazos para las alegaciones y pruebas, arbitraje de derecho o de equidad, reglas



aplicables al fondo del asunto, plazo para dictar el laudo, etc.); teniendo en cuenta que otras serán difíciles de prever al redactar la cláusula arbitral.

b) Facilidad y garantía en la designación de los árbitros. Cuando las partes no han previsto la forma de designación de árbitros o no se ponen de acuerdo sobre las personas a designar, en el arbitraje ad hoc es preciso acudir a los tribunales para que procedan a dicho nombramiento ("formalización judicial del arbitraje"). Ello produce dilaciones y gastos y el procedimiento de designación, generalmente el sorteo, no garantiza la competencia de la persona designada. Las instituciones arbitrales, como es el caso de Aeade, por el contrario, disponen de un órgano de decisión ("Comité de Garantías") para identificar a los árbitros más idóneos e incluso para resolver la recusación de los mismos.

c) Certidumbre en el coste del arbitraje. En el arbitraje ad hoc se requiere el acuerdo de las partes y los árbitros sobre la remuneración de estos últimos (tanto alzado, en proporción al valor de la disputa, tiempo utilizado o fórmulas mixtas). En el arbitraje institucional, el reglamento de la corte (público) regula los honorarios y exige a las partes su pago por anticipado. La Asociación Europea de Arbitraje ofrece a las partes una calculadora orientativa en su página web.

d) Previsión y seguridad jurídica. El arbitraje administrado por una institución arbitral impide la paralización o retraso del procedimiento por mala fe o negligencia de las partes o del árbitro. Los reglamentos prevén situaciones en las que la Secretaría puede actuar si existe negligencia o incapacidad de las partes o de los árbitros.

e) Asistencia administrativa. Las instituciones arbitrales prestan servicios administrativos e incluso de secretaría a los árbitros, tales como recibir los escritos de demanda y las contestaciones de las partes, fijar plazos para el procedimiento arbitral, conceder un plazo para dictar el laudo, etc.

f) Asistencia logística a las partes y a los árbitros. Las instituciones arbitrales suelen poner a disposición de los árbitros y de las partes locales apropiados, medios audiovisuales y de reproducción de documentos y personal auxiliar profesionalizado para las audiencias y para la práctica de pruebas.

g) Asesoría y supervisión de los árbitros. Algunas instituciones arbitrales participan activamente en la supervisión del arbitraje y de su buen funcionamiento, de gran ayuda para las partes y en especial para los árbitros.

La experiencia de diez años en la administración de arbitrajes de Aeade me dice que el control de una institución arbitral es clave para evitar una crisis en el arbitraje, porque se acierta en celeridad, designación del árbitro, flexibilidad y certidumbre del coste, materias clave para evitar que se dé una crisis en el arbitraje.

Asimismo, todas esas cualidades son consustanciales a todos los comités de expertos constituidos en el seno



de Aeade (Comité Internacional de Arbitraje Marítimo y de Transporte, Comité de Arbitraje de la Energía y Ingeniería y Comité Bancario y Financiero de Arbitraje) a las que se añade la especialización, con la que se busca la excelencia de un arbitraje imparcial y ágil, que provea a las empresas de la mejor opción a la hora de enfrentarse a un conflicto.

Soy un auténtico defensor del arbitraje institucional, pues creo que goza de mayor fiabilidad, ya que la institución administradora supervisa el proceso, controla los honorarios, los tiempos... y, con un trabajo profesional y eficiente, se garantiza una mayor calidad del arbitraje.

LA ASOCIACIÓN EUROPEA DE ARBITRAJE (AEADE)

La Asociación Europea de Arbitraje administra arbitrajes como mecanismo de solución de conflictos al amparo de la vigente Ley de Arbitraje. Entre sus funciones, Aeade también utiliza la mediación como un medio de resolución de controversias, de manera amigable, con la ayuda de un tercero neutral designado por la propia entidad.

Desde su origen, en el año 2000, se ha posicionado como una de las instituciones arbitrales de mayor relevancia de España y con una gran proyección internacional.

Además, Aeade participa activamente en la divulgación del arbitraje como alternativa a la vía judicial en seminarios nacionales e internacionales, en el seno de universidades, escuelas de negocios, colegios de abogados...

La actividad de la Asociación Europea de Arbitraje en 2010 creció un 27,74% respecto al año anterior. El aumento más significativo se ha experimentado en el arbitraje entre pymes y microempresas. De 426 casos en 2009, se ha pasado a 542 en 2010, un aumento del 27,23 %.

Antonio Sanchez-Pedreño
Instituto Español para la Mediación



La mediación como medio de resolver conflictos contractuales y mercantiles

Es frecuente encontrarse con disputas o discrepancias en relaciones contractuales o societarias. Si la relación entre las partes se deriva de un proyecto en el que haya más de dos partes (es decir, multilateral), como un proyecto de construcción relevante, involucrando contratistas, subcontratistas, clientes compañías de seguro etc., la probabilidad de que existan discrepancias serias se multiplica.

Si las partes no llegan a una resolución del conflicto a través de las negociaciones directas, la solución más habitual es recurrir al pleito, bien sea de carácter judicial o arbitral.

Existen, sin embargo, nuevos métodos para resolver conflictos de forma más económica y acelerada. En Estado Unidos y Reino se ha venido desarrollando el método de la mediación como instrumento para resolver conflictos contractuales o societarios, resolviendo los mismos sin tener que acudir a terceros (juez, árbitro, etc.) que decidan por las partes. Los resultados son muy positivos: los diversos estudios existentes suelen reportar un porcentaje de éxito superior al 75/80% en las mediaciones voluntarias.

Identificando la utilidad de éste método, la Comunidad Europea aprobó en el año 2008 la Directiva 52/2008 sobre ciertos aspectos civiles y mercantiles, que obliga a los Estados Miembros a aprobar, no más tarde de mayo de 2011, normativa que fomente su uso.

Diversos estudios realizados por la Asociación de Abogados Norteamericanos y diversos despachos internacionales relativos a la utilización de éste método en Norteamérica, Inglaterra y Francia señalan que alrededor del 80/85% de los que usan la mediación están satisfe-

chos o muy satisfechos con el proceso. Es importante señalar que los franceses, que no pueden considerarse proclives a aceptar experimentos y novedades anglosajones, reconocen que en el 75% de los conflictos en los que recurrieron a la mediación, obtuvieron el resultado que esperaban en el juicio o mejor. Es decir, el 75% de los que recurrieron a la mediación y obtuvieron un acuerdo sin tener que ir a juicio o arbitraje obtuvieron el resultado que esperaban obtener en el juicio o mejor. Dado que la mediación resuelve el conflicto en un periodo muy corto (la media es de diez a quince días), y a un coste muy inferior al de un pleito (por no hablar de un arbitraje), es claro que recurrir a la mediación es una decisión muy acertada.

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de referirse a éste proceso, señalando en una sentencia muy reciente:

En todo este conflicto se plantea una solución que difícilmente podrá contentar a ambas partes..... Ya las sentencias de esta Sala 2 de julio y 3 de julio de 2009 dijeron que podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial...".

Concepto de mediación: En resumen, consiste en la intervención de un tercero (el "mediador"), independiente y neutral, que coordina y participa en el proceso de negociación, ayudando a las partes a encontrar un acuerdo que sea satisfactorio para las mismas.

La novedad de la mediación radica en que la estructura del proceso de mediación es diferente al esquema de negociación entre partes. Esta diferencia se materializa

en dos elementos distintos: por un lado, el proceso de mediación modifica el formato tradicional de negociación dual, para convertirlo en un proceso dirigido a tres bandas. Por otro lado, introduce un elemento nuevo clave en el proceso: el mediador, un tercero independiente que aporta experiencia profesional y dispone de técnicas y herramientas que no están al alcance de los negociadores.

El Mediador: El mediador es el factor clave en el éxito de la mediación. Suele ser una persona con experiencia profesional, en cuyo desarrollo ha tenido participación en conflictos y negociaciones, con capacidad de empatizar con las partes, y con una preparación adecuada para ser mediador. No es imprescindible que sea un jurista, si bien allí donde haya una cuestión jurídica subyacente de importancia, el conocimiento y experiencia jurídica del mediador será un factor decisivo a la hora de ayudar a las partes a considerar sus posiciones y progresar a un acuerdo.

La formación como mediador incluye el conocimiento del proceso, dificultades propias de las negociaciones, técnicas para mantener la negociación fluida, así como medidas para evitar o eliminar bloqueos en las posiciones de las partes, entre otras cuestiones.

La elección del mediador es una cuestión decisiva para el éxito de la mediación, debiéndose considerarse tanto su preparación como mediador y la experiencia profesional que aporte como su estilo de mediación (distinguiéndose entre mediadores facilitadores (cuyo objetivo es esencialmente facilitar el proceso de comunicación), y evaluadores (mediadores que adicionalmente son más afirmativos en la evaluación de las posiciones y propuestas de las partes, llegando a aportar su evaluación sobre las mismas). Por supuesto, hay mediadores que combinan ambas técnicas en el proceso de mediación.

Ventajas y riesgos: Acudir a la mediación presenta ventajas evidentes: facilita mantener la relación con la contraparte (muy importante si usted tiene relaciones continuadas de carácter contractual o comercial) al buscar una solución aceptable por todos, en un escenario donde no se impone decisión alguna a las partes. Por supuesto, el ahorro de costes y de tiempo (incluyendo tiempo de gestión por los ejecutivos) es muy significativo. No presenta riesgos: si una de las partes no desea continuar, puede interrumpir el proceso cuando quiera. El tiempo involucrado y los costes de la mediación suelen ser muy pequeños en comparación con el conflicto, y por tanto no son relevantes.

Proceso: En una mediación típica, el mediador se reunirá de forma intercalada con cada parte, explorando sus ideas, necesidades, preocupaciones y sugerencias. Es importante señalar que el mediador nunca compartirá lo que le haya dicho una parte con la otra, salvo que le autoricen para ello. Si lo considera conveniente, el

mediador tendrá también sesiones conjuntas con las partes. Cuando el mediador considere que hay suficientes elementos en común para cerrar el acuerdo, reunirá a las partes para una última sesión de cierre.

El mediador no actúa ni como juez ni como árbitro. La decisión del acuerdo está siempre bajo control de las partes. Es por ello por lo que resulta un proceso muy satisfactorio. El objeto de la mediación es conseguir un acuerdo sin vencedores ni vencidos.

Mediación en disputas técnicas: En general, todos los casos pueden someterse a mediación. Dependiendo del tipo de conflicto, será conveniente elegir un mediador con experiencia en el campo en particular. Ahora bien, la mediación es una herramienta para facilitar la negociación entre las partes, y su efecto de potenciación de la comunicación se mantiene íntegra incluso en cuestiones técnicas.

Disponibilidad de la mediación: La mediación es perfectamente utilizable hoy en día, sin necesidad de esperar a las medidas promotoras de la misma que las autoridades deben aprobar de acuerdo con la Directiva 52/2008. Únicamente deben encontrar un mediador que conozca el proceso y dirija a las partes a través del mismo.

Inicio de una mediación: Una mediación puede iniciarse a propuesta de una de las partes a la otra directamente. En ocasiones, algunas compañías solicitan a una entidad mediadora que se dirijan a la contraparte proponiendo la mediación. Si tiene dudas sobre la mejor táctica, consulte con una entidad que le pueda asesorar.

Como conclusión, señalaría que hoy en día toda compañía que esté pensando en iniciar un pleito o arbitraje debe asesorarse previamente sobre la utilización de la mediación como medio de resolver el conflicto de la manera más positiva y eficaz, evitando el inicio de un pleito largo, costoso e incierto.



Pablo Laorden Mengual
Abogado, consultor, arbitro.
Formador acreditado FIDIC
Representante Español en la Dispute
Resolution Board Foundation



Las Dispute Boards como medio de Resolución de Controversias

Dentro de los ADR o Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas encontramos el concepto de las Dispute Boards (DB), que se están convirtiendo en el mecanismo más utilizado en proyectos internacionales, especialmente en los financiados por bancos multilaterales.

Una Dispute Board se puede definir de forma simplificada como un panel de expertos independientes (normalmente 1 ó 3 miembros), normalmente ingenieros o arquitectos con formación jurídica-contractual aunque en ocasiones también participan abogados, con experiencia en el sector (preferentemente en proyectos similares), nombrados generalmente de común acuerdo entre las partes, y que tienen como función principal la de resolver u opinar en plazos muy breves sobre cualquier cuestión o reclamación que se le someta a consideración. Es, por tanto, un mecanismo creado por y para la construcción, en el que la participación de ingenieros y arquitectos es determinante.

Pero en realidad la utilidad y posibilidades de las Dispute Boards en un proyecto de construcción van mucho más allá, como explico en este artículo.

Las Dispute Boards surgen como reacción desde la propia industria de la construcción a la excesiva complejidad y coste de los procedimientos judiciales y arbitrales, con la intención de proporcionar un mecanismo rápido y eficaz de resolución de conflictos prácticamente en tiempo real, es decir, según fuesen surgiendo, sin necesidad de esperar a que las obras se terminasen.

La primera Dispute Board se constituye en los años 70 en la segunda perforación de las obras de construcción del Túnel Eisenhower, en Colorado, USA, donde querían evitar la litigiosidad ocurrida en el desarrollo de las obras

de la primera perforación. La experiencia fue un éxito, además de otros temas menores la Dispute Board resolvió tres grandes reclamaciones a satisfacción de todos los participantes en el proyecto.

La experiencia se fue extendiendo a lo largo de Estados Unidos (especialmente en las administraciones públicas), y unos años más tarde, en el año 1986, se implantó en un proyecto en Honduras, en lo que sería su primera prueba internacional, tras lo que su desarrollo internacional es ya imparable, habiéndose constituido DB en Estados Unidos, Canadá, Etiopía, China, Rumanía, Bélgica, Bulgaria, India, Dinamarca, Hong Kong, Italia, Mozambique, Inglaterra, Sudán, Polonia, etc.

En el año 1.996 se constituyó la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF, www.drb.org), organización sin ánimo de lucro cuyo objetivo es promover el uso de las Dispute Boards, para lo que lleva a cabo una permanente e intensiva labor de formación, en colaboración con instituciones como la CCI o FIDIC.

FIDIC incorporó este concepto en sus modelos de Contrato (los Contratos o Libros FIDIC) en el año 1.999 (ya desde el año 1.995 lo ofrecía como posibilidad), e incluso la Cámara de Comercio Internacional presentó su propio Reglamento para Dispute Boards en el año 2.004. El Banco Mundial promueve este mecanismo para su uso en los proyectos que financia.

Aunque las decisiones de las Dispute Boards no tienen la fuerza y eficacia jurídica de una sentencia o un laudo arbitral, de acuerdo con las estadísticas disponibles en más de un 80% de los casos las partes acatan esa decisión sin acudir a una instancia superior.

Podemos distinguir dos modelos de Dispute Boards (DB). La Dispute Review Board (DRB), forma utilizada habitualmente en Estados Unidos, emite recomendaciones. Como tales recomendaciones no son de obligado cumplimiento, pero en la práctica suelen ser aceptadas sin grandes problemas, bien íntegramente, o bien como base para alcanzar un acuerdo amistoso.

La Dispute Adjudication Board (DAB), método utilizado por FIDIC, tiene carácter decisorio. La DAB debe emitir una decisión con relación a la controversia que se ha sometido a consideración, decisión es de obligado cumplimiento para las partes en tanto en cuando no haya sido revocada por un tribunal judicial o arbitral.

Puesto que estas recomendaciones/decisiones son emitidas por expertos nombrados por ambas partes y que además han participado a lo largo del proceso de construcción, estas recomendaciones/decisiones tienen un gran valor para los jueces o árbitros, por lo que no suelen ser revocadas.

Entre las ventajas que ofrece el uso de las DB podemos destacar:

- Se consigue crear un marco de resolución de controversias fiable, rápido y de bajo coste, que es además independiente del promotor, algo de máxima importancia para contratistas internacionales.
- Al resolverse las controversias en un plazo corto y por un tercero se evitan muchos problemas personales entre los participantes del proyecto, que no tienen que discutir sobre lo mismo todos los meses.
- El hecho de que los miembros de la Dispute Board visiten la obra con regularidad permite no sólo que la DB tenga conocimiento real del proyecto, sino que estable-

ce un clima de confianza y buenas relaciones que facilita mucho las posibles discusiones.

- Ayuda a que las partes actúen de forma más profesional y razonable en la toma de decisiones, presentación de reclamaciones y en cualquier discusión en general, ya que la mera presencia de la DB suele actuar como freno de posturas infundadas

El mundo de las Dispute Boards está todavía en formación, es un proceso de evolución que se está basando en las experiencias reales y en las necesidades de cada proyecto y/o legislación concreta, aprendiendo de errores y mejorando con las buenas experiencias. Pero es un hecho innegable que es un proceso en expansión, y que es necesario conocer por todo aquel que participa en proyectos internacionales.

La ingeniería española debe de participar en este proceso, bien para poder actuar correctamente cuando sean partes implicadas en posibles discusiones (por ejemplo, cuando actuamos como ingeniería de la propiedad bajo contratos FIDIC), o incluso a título personal, ya que hacen falta buenos profesionales con experiencia que quieran convertirse en miembros activos de estas Dispute Boards. En este sentido animo a los lectores a que visiten la web de la Dispute Resolution Board Foundation (www.drb.org) en la que podrán encontrar abundante información sobre este tema, o que contacten con el autor.

Pablo Laorden Mengual (plm@lambal.es), abogado y consultor, árbitro, formador acreditado FIDIC, Representante Español en la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), especialista en contratos internacionales de ingeniería y construcción.



Christopher Miers
Arquitecto y Adjudicador Internacional
de la lista de la Presidencia de FIDIC



El uso de la adjudicación (Adjudication) en el Reino Unido

INTRODUCCIÓN

Imagine tener acceso un proceso de resolución de controversias con soporte legal en el que puede obtener, en menos de dos meses desde el inicio del procedimiento, una resolución de un tercero independiente que decide sobre el pago de una suma en disputa. No, no es un imposible. En los últimos 13 años la industria de la construcción del Reino Unido ha pasado por un proceso de transformación dirigido a tener acceso a una "Adjudicación" ("Adjudication" en inglés) de disputas rápida, eficiente y de bajo coste.

La Adjudicación es un proceso legal (regulado por una ley) introducido en el Reino Unido por el Gobierno a través de la ley "Housing Grants Construction and Regeneration Act 1996", para obtener una decisión rápida en los conflictos de la construcción. El uso de la Adjudicación se ha convertido ahora en un proceso bien establecido desde que la ley se implementó en mayo de 1998 y procesos similares han sido adoptados en otras jurisdicciones como Nueva Zelanda, Australia y Singapur.

Al principio muchos abogados y profesionales expertos en la construcción fueron muy escépticos ante esta nueva legislación. Pero los subcontratistas y proveedores

presionaron intensamente para obtener un procedimiento de este tipo, ya que veían como los contratistas retenían de forma habitual pagos como medida de presión ante posibles reclamaciones o conflictos, lo que a menudo llevaba a los subcontratistas a tener que suspender pagos y/o liquidar la empresa antes incluso de poder iniciar un litigio sobre la controversia. Sin embargo, los escépticos se equivocaron; la Adjudicación ha demostrado ser un procedimiento muy eficaz y de gran éxito, y en el Reino Unido ha tenido un profundo efecto en la reducción del número de conflictos que van a los procedimientos judiciales formales o al arbitraje.

EL PROCEDIMIENTO DE LA ADJUDICACIÓN

La Adjudicación se configura como un derecho legal de todas las partes (con alguna excepción) de un contrato de construcción para referir una disputa a un "Adjudicador" en cualquier momento para una decisión imparcial. Este derecho se extiende a los diseñadores - ingenieros y arquitectos por ejemplo - así como a los contratistas, proveedores y promotores. Este procedimiento es una opción, no una obligación.

El primer requisito para iniciar una Adjudicación es que debe existir una disputa. Si, por ejemplo, se requiere un pago a la otra parte, se le debe de dar un plazo razonable para considerar la petición. Si se responde negativamente, o si no se responde, entonces existe una disputa.

Si una de las partes desea someter la disputa a la Adjudicación, deberá notificarlo a la otra parte, y después puede solicitar el nombramiento de un Adjudicador. En el Reino Unido, el Adjudicador frecuentemente

1: En Inglaterra, Gales y Escocia, véase: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/53/contents>, véase Part II, Sections 104-117. Para Irlanda del Norte la legislación equivalente es The Construction Contracts Order for Northern Ireland 1997.

2: Construction Contracts Act 2002, New Zealand

3: Por ejemplo, en el estado de Victoria véase Building Construction Industry Security of Payment Act 2002 and Regulations 2003, Victoria, Australia

4: Building and Construction Industry Security of Payment Act 2005, Singapore

es seleccionado por un "grupo proponente", que normalmente será una de las Instituciones Profesionales que mantienen listas de Adjudicadores (que a su vez han superado los exámenes y/u otros requisitos necesarios para obtener dicha calificación). Sin embargo, es posible que las partes del contrato lleguen a un acuerdo sobre el Adjudicador, ya sea de antemano, nombrando un Adjudicador en el contrato, o una vez que se origine la disputa. Llegar a un acuerdo sobre el Adjudicador es especialmente pertinente cuando el punto en cuestión requiere de una experiencia específica.

Generalmente el Adjudicador es un profesional experto en construcción con una formación legal o un abogado con experiencia en la construcción. Muchos profesionales de la construcción y abogados han recibido formación adicional y se han calificado para entrar en la Lista de Adjudicadores que mantiene su Instituto profesional. Los Institutos conocen los campos de especialización de cada Adjudicador, lo que les permite asignar una controversia a un Adjudicador especializado cuando es necesario. A nivel internacional FIDIC también mantiene una lista de Adjudicadores (FIDIC's President's List) de profesionales altamente experimentados y calificados, que han superado un proceso de formación y evaluación riguroso antes de ser admitidos en dicha lista.

La parte que inicia la Adjudicación debe presentar su petición o demanda al Adjudicador en un plazo de 7

días desde que ha tomado la decisión de someter la disputa a la Adjudicación; y el Adjudicador debe emitir una decisión en un plazo de 28 días desde ese momento. Se puede fijar una prórroga de hasta 42 días con la aprobación de la parte que inicia el proceso, o incluso de más días con el acuerdo de ambas partes. La mayoría de las Adjudicaciones siguen un procedimiento estándar que requiere la presentación de la contestación en un máximo de 7 días después de recibir la petición o demanda. Como se puede ver el tiempo disponible es muy limitado y puede parecer que coloca a la parte demandada en una situación de desventaja; sin embargo se parte de la premisa de que la controversia es del conocimiento de ambas partes y por lo tanto al recibir la petición la parte demandada no es sorprendida por dicha petición.

El Adjudicador tiene libertad para determinar cómo llevar el proceso de la Adjudicación, respetando los procedimientos contractuales, y siempre respetando ciertas reglas de Justicia Natural ("Natural Justice") por las que el proceso debe de ser transparente y cada parte debe tener oportunidad razonable para presentar sus argumentos y responder los de la otra parte. Una vez que la contestación se formaliza el Adjudicador puede convocar a las partes a una reunión, visitar la obra, solicitar información adicional, documentos o argumentos legales, o tomar cualquier otra medida dentro de los plazos disponibles. El Adjudicador puede actuar de

www.incosa.es

incosa

Investigación y Control de Calidad S.A.

**SOLUCIONES INTEGRALES
EN INGENIERÍA**

Alicante
Barcelona
Burgos
Bogotá
La Coruña
La Rioja
León
Madrid
Málaga
Murcia
Oviedo
Palencia
Santander
Valencia
Valladolid
Zamora
Zaragoza

forma inquisitorial, aunque en la práctica se suele basar solo en las pruebas e información que las partes presentan. El Adjudicador también puede llamar a un experto independiente para que le asesore, siempre y cuando las partes tengan la oportunidad de comentar el informe del experto.

La decisión del Adjudicador es provisionalmente ejecutiva, es decir que las partes deben cumplir con esta decisión en tanto en cuanto no sea revocada por un proceso judicial o arbitral posterior; las partes tienen muy limitada la posibilidad de incumplir dicha decisión. La experiencia está mostrando que en la gran mayoría de las disputas las partes aceptan la decisión del Adjudicador y no llevan el asunto a la Corte o a un Tribunal Arbitral, por lo que en general el proceso de Adjudicación resuelve definitivamente la controversia. Las decisiones de los Adjudicadores han contado con el apoyo de los Tribunales, que generalmente dictan disposiciones que obligan al acatamiento de la decisión del Adjudicador; es por ello que las partes tienen muy pocas posibilidades de no hacer los pagos decididos por el Adjudicador o de no acatar la decisión.

LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA ADJUDICACIÓN

La fortaleza del proceso de Adjudicación es que proporciona un mecanismo rápido y rentable para decidir una disputa y que puede llevarse a cabo durante el desarrollo de una obra o proyecto sin tener que interrumpir.

5: Muchos contratos en el Reino Unido usan el procedimiento "The Scheme for Construction Contracts"

pirlo. Proporciona una decisión por un tercero imparcial y experto en la controversia en cuestión, decisión que en general tiende a dar fin a la disputa. El proceso es aún más eficaz al garantizar que los importes reconocidos por el Adjudicador lleguen a las manos correspondientes tan pronto como sea razonablemente posible.

La desventaja del proceso de Adjudicación es que, debido a su rapidez, no permite en ocasiones un análisis detallado de todas las cuestiones y problemas. Por tanto, si fuera erróneamente utilizado para un conflicto muy complejo, las partes deben acordar un plazo más largo para la decisión del Adjudicador, o aceptar que la decisión del Adjudicador será basada únicamente en los argumentos principales de la disputa.

Al igual que todos los procedimientos legales, hay decisiones que ocasionalmente son vistas por una de las partes como equivocadas o que tienen errores. En tales casos, la Corte normalmente hará cumplir la decisión, aun cuando un error sea evidente, y la parte insatisfecha puede recurrir a un Litigio en los tribunales o a un Arbitraje (acorde con el contrato) pero en tanto y hasta que no se dicte una nueva decisión legal se debe acatar la decisión del Adjudicador.

Christopher Miers. Arquitecto y Adjudicador Internacional de la lista de la Presidencia de FIDIC (FIDIC's President's List), y tiene su sede en Londres. Se puede contactarle por correo electrónico cmiers@probyn-miers.com o por teléfono 0044 20 7583 2244. Si se requiere más información hay un excelente libro sobre el tema, escrito en inglés por un juez del High Court: "Construction Adjudication" por HHJ Peter Coulson QC publicado por Oxford University Press.



Roberto Hernández García¹
Socio director de COMAD



Solución de controversias en construcción en México y Centroamérica: Avances y retos

EL CONTEXTO

En los últimos años, México y los países de Centroamérica se han convertido en un importante semillero de proyectos de infraestructura con las consecuencias naturales que ello conlleva, entre ellas:

- La necesidad de adoptar esquemas legales y contractuales tendientes a garantizar la seguridad jurídica de los particulares que participan en el desarrollo de la infraestructura;
- La adaptación de esquemas de administración pública más ágiles que permitan una menor obstrucción de las decisiones gubernamentales en beneficio de los proyectos y el desarrollo de las actividades de las empresas de ingeniería y construcción;
- El esfuerzo de autoridades en la detección, combate y sanción de conductas reprobables tales como la corrupción y el conflicto de intereses;
- La necesidad de implementar mecanismos de solución de controversias eficientes y transparentes, que fortalezcan la confianza de las empresas de ingeniería y construcción ante las disputas inminentes que caracterizan a esta área de la actividad económica.

En este contexto, en este artículo nos referiremos al último punto, que definitivamente no es el menos importante, y muy por el contrario es un termómetro fundamental para la seguridad jurídica de los actores de la infraestructura.

¿LITIGIO? ¿ARBITRAJE? ¿PERITAJE INDEPENDIENTE? ¿DISPUTE BOARD? ¿CONCILIACIÓN?

Antes de los años 90's del siglo XX, la posibilidad de acudir a mecanismos "alternativos" de impartición de justicia en los proyectos de infraestructura en México y Centroamérica era casi imposible. Algunas excepciones seguramente se dieron, pero en general, la justicia jurisdiccional era indiscutiblemente el camino natural.

Sin embargo, a mediados y finales de los años 90, derivado de la participación formal de la industria extranjera en México y la celebración de acuerdos internacionales de comercio tales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), comenzaron a implementarse las primeras medidas para reconocer el arbitraje como medio de solución de controversias.

Como consecuencia de ello, las dos grandes paraestatales mexicanas, Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad, los clientes públicos más importantes generadores de proyectos de infraestructura, no solamente incluyeron en sus estatutos orgánicos dicha posibilidad, sino que efectivamente implementaron sin miramientos, cláusulas de solución de controversias consistentes en peritajes independientes para aspectos técnicos y administrativos, y cláusulas arbitrales ICC en sus contratos de obra pública, no dejando de mencionar que

¹Socio director de COMAD, S.C., firma de abogados mexicana especializada en derecho de la construcción y contratación pública. Co-Chair del International Construction Projects Committee (ICP) de la International Bar Association (IBA); Presidente del Comité de Solución de Controversias en construcción de la International Chamber of Commerce (México); Miembro del Consejo de la División 8 del Construction Forum de la American Bar Association (ABA); Asesor de partes en arbitrajes nacionales e internacionales de construcción; Dispute Adjudicator en Dispute Boards conforme a reglas FIDIC e ICC; Columnista de la revista "Obras" de grupo TIME desde hace varios años; reconocido por la publicación independiente Who'sWhoLegal en el área de construcción y contratación pública desde hace varios años. Asesor de empresas mexicanas y transnacionales en proyectos de ingeniería y construcción den los sectores de energía, petróleo, agua, drenaje, transporte, entre muchas otras.

estos pasos estuvieron sin duda fortalecidos por el hecho de que los grandes contratos de energía y petróleo, se manejaron bajo esquemas de financiamientos internacionales en los que el arbitraje se exigía como requisito para hacer bancables los proyectos.

Desde aquellos años han pasado ya muchos arbitrajes en el sector, y los resultados han sido favorables en términos generales y amargos en menor medida. Por lo que se refiere a los aspectos positivos se puede afirmar que tanto las entidades como los contratistas vieron al arbitraje con buenos ojos, confiados en que resolverían importantes problemas de tiempo y costos. La parte negativa es que en algunos casos, los vicios (que no

son ajenos en otras latitudes) se dejaron ver: árbitros con poca vocación y transparencia; desconocimiento de algunos laudos inclusive a nivel público, y procedimientos arbitrales sumamente largos y costosos, que no representaron los beneficios esperados por el tradicional discurso de los beneficios del arbitraje.

Sin embargo, indudablemente el efecto positivo ha sido mayor, y lo anterior se confirma con el hecho de que a la fecha existen varias e importantes instituciones arbitrales en México, entre ellas y a la cabeza, la International Chamber of Commerce (ICC), seguidas por algunas instituciones de menor calibre, pero no por ello menos serias, tales como la CANACO; el Centro de Arbitraje de México y el nuevo centro de arbitraje de la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción, que representan importantes alternativas arbitrales para los actores del mundo de la ingeniería y la construcción, haciendo ver que la confianza del arbitraje en la construcción en México está en auge, aunque existe la preocupación de que, tal como afirmamos los que estamos en el ámbito, aún continúan los vicios señalados, y por supuesto, existen mas interesados en el arbitraje que arbitrajes que atender.

Diferente suerte ha tenido el denominado Peritaje Independiente, en el que una persona física o moral es nombrada por las partes para resolver diferencias técnicas. Dicho aspecto negativo no es coincidencia, sino por razones ampliamente conocidas: en la cláusula "estándar" de este tipo de mecanismos se incluyó por algún "sabio" desde sus primeros tiempos, el concepto de que la determinación del perito independiente es definitiva salvo "error manifiesto", generando que, por mas de 15 años, los actores del sector hayan tenido incertidumbre jurídica y dolores de cabeza, ya que es un concepto sin definición que se interpreta sin ningún tipo de fundamento técnico, científico ni legal, siendo literalmente presa favorita de todos los perdedores de los dictámenes emitidos por los peritos designados.

Por lo que respecta a los Dispute Boards, esta figura fue en México primeramente muy aceptada a nivel teórico, mas sin embargo, la realidad no le ha permitido una implementación eficiente. Como ejemplo de ello podemos citar que el contrato mas importante en el que se ha incluido una cláusula de dispute Boards (cláusula ICC) fue en un contrato de un billón de dólares americanos para la construcción de una importante obra de infraestructura de drenaje, no habiendo podido las partes, dos años después de su inicio, instalar el dispute board, por la falta de confianza en este "nuevo" sistema, amén de situaciones vinculadas con aspectos presupuestales, responsabilidades de servidores públicos y algunos otros aspectos de administración pública que no han sido solventados. Diferente resultado ha tenido en países como Honduras, donde derivado de créditos y programas internacionales, los dispute Boards ya han visto la luz en forma concreta para la solución de controversias en proyectos importan-



tes, debiendo de hacer notar que la experiencia latinoamericana ya ha demostrado que la imparcialidad de sus miembros no es tan fácil de obtener, pero definitivamente debe de ser exigida a capa y espada.

En todo este contexto, no debemos apartar la mirada de las preocupaciones internacionales en materia de arbitraje y Dispute Boards. En la reunión anual de la International Bar Association en 2010, una de las sesiones del ICP denotó claramente la crisis del arbitraje internacional en construcción en una sesión cuyo título ya es de por sí preocupante: "International Arbitration in Construction: is it broken or can it be fixed?" (Arbitraje Internacional en Construcción: ¿está descompuesto o puede repararse?), en el que abogados de construcción de todo el globo coincidimos en la problemática actual del arbitraje en la materia: Árbitros sobrecargados de procedimientos arbitrales que no atienden con diligencia los asuntos; árbitros con desconocimiento en los aspectos de construcción; Falta de ética y honradez en los árbitros; falta de cumplimiento en tiempos y costos, entre muchos otros aspectos, y que simple y sencillamente están haciendo que las empresas empiecen a dudar del arbitraje internacional de construcción, y ya sea que voltean su mirada a los dispute Boards o simplemente al litigio.

En cuanto a los dispute Boards, el análisis internacional también ya está influyendo en las decisiones de incluirlo en los contratos. En un reciente estudio del mismo ICP se cuestionó la ejecución de las decisiones (adjudications) de los miembros de un dispute board, y la problemática que deriva de la falta de esta atribución en las respectivas decisiones, así como el rol de abogados e ingenieros y que depara para el sector.

Finalmente por lo que respecta a la mediación, podemos afirmar que no obstante los esfuerzos de muchos creyentes en este mecanismo alternativo, todavía no ha logrado posicionarse como una herramienta eficaz, tomando en cuenta que la cultura latinoamericana en gran medida requiere de instituciones que en forma heterocompositiva diriman las disputas.

Lo cierto es que en todo este maremágnum de realidades, conceptos, resultados y experiencias, la solución de controversias en ingeniería y construcción en México y Centroamérica está viendo nuevos horizontes y retos.

¿QUÉ SIGUE EN MÉXICO Y CENTROAMÉRICA?

El desarrollo de proyectos de infraestructura en México y Centroamérica no es una posibilidad, sino una necesidad. Millones de personas aun carecen de acceso a servicios públicos e instalaciones que permitan una mejor calidad de vida, y es por ello que independientemente de la forma de contratar los proyectos, ejecutarlos y concluirlos, la solución de controversias es un factor fundamental para su sano desempeño, considerando que son excepcionales los casos en los que no hay controversias ni diferencias entre las partes.

En este contexto, es necesario que se tomen en cuenta diversas circunstancias para que se mantenga el nivel obtenido y se mejore en beneficio de todos los involucrados, a saber:

1. Es necesario que los Estados reconozcan las figuras del arbitraje y medios de solución de controversias tales como los dispute boards en forma expresa, para que, en el ámbito de la mas amplia voluntad de las partes, estas puedan implementarlas y desarrollarlas, para que cada vez sea vean mas fortalecidas;

2. Es necesario que los actores involucrados en los medios de solución de controversias en ingeniería y construcción exijan que sus asesores, árbitros, dispute board members, peritos independientes, etc., sean profesionales capacitados, reconocidos y experimentados en la materia, en virtud de que se trata de un área sumamente especializada que requiere conocimiento y pericia particular y que existen un sinnúmero de personas que no teniendo experiencia ni conocimiento en la materia, simplemente se ostentan como tales o sin la menor honestidad, toman los casos simplemente por ser negocio perjudicando en si mismas a las referidas instituciones;

3. Resulta importante que las figuras de arbitraje, dispute Boards, y peritajes independientes, también se adecuen, sin desvirtuar su naturaleza, a algunos aspectos propios de cada país. Por ejemplo, la responsabilidad de los servidores públicos en México, es un factor que tal como ya hemos dicho, ha impedido la aceptación de los dispute Boards considerando que no es una figura que jurídicamente se equipara a una sentencia, como es el caso de un laudo, y ello pone nerviosos a los funcionarios sobre los efectos que las adjudication conllevan.

4. Finalmente es importante hacer notar que estas regiones de América, están sufriendo un cambio cultural, consistente en que mientras antes se consideraba que el conflicto era negativo, hoy en día se tiene cada vez mas consciencia de que el conflicto es en muchas ocasiones inevitable y que es mejor tener mecanismos eficientes para solucionarlo que una actitud férrea hacia un aparente pero falaz estado de equilibrio.

CONCLUSIONES

La solución de controversias en ingeniería y construcción en México y Centroamérica ha sufrido y se encuentra sufriendo una importante evolución permanente, que a juicio del autor, llegara al punto de maduración que permita que el arbitraje, los dispute Boards, el peritaje independiente y la mediación sean sin duda herramientas eficaces para el mejor desarrollo de los proyectos de ingeniería y construcción. De todos los actores en el sector depende que todos estos medios y herramientas sean bien utilizados para que cada vez se genere mas confianza y mejores resultados.

David Johnson
Socio del Despacho Boodle Hatfield (Londres)



El arbitraje una perspectiva Inglesa

En el derecho Ingles/Gales – Escocia e Irlanda del Norte tienen sistemas jurídicos independientes - el arbitraje deriva de un contrato por cual un conflicto se somete a la decisión de arbitro/s, en vez de recurrir a los tribunales. Este contrato normalmente es una clausula dentro del contrato original entre las partes: los contratos en forma estándar publicados por el Joint Contracts Tribunal o el Institute of Civil Engineers, muy usados en la construcción, contienen clausulas por cuales cualquier conflicto que puede ocurrir se someterá al arbitraje para su resolución final. Más raramente, las partes pueden conjuntamente elegir el arbitraje, en vez del litigio, una vez que ha estallado el conflicto.

La mayoría de los arbitrajes se desarrollan con un solo arbitro, aunque en conflictos internacionales tres árbitros son lo normal. Los árbitros tienen que ser completamente independientes y son nombrados conjuntamente por las partes o, si no se ponen de acuerdo, por un tercero, típicamente el presidente de un colegio profesional como el Royal Institute of British Architects, Institute of Civil Engineers, Royal Institute of Chartered Surveyors, o Chartered Institute of Arbitrators.

La ley no requiere que el árbitro tenga calificaciones especiales: lo importante es que tenga la confianza y el respeto de las partes. En conflictos de la construcción el árbitro será normalmente un profesional de la construcción: un ingeniero, arquitecto o surveyor, o un abogado especializado en temas de construcción. Sin embargo, la mayoría de los árbitros tendrán larga experiencia en estos temas y habrán obtenido la calificación de Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators (www.ciarb.org)–

letrado del Instituto de Árbitros – calificación que se obtiene tras un proceso que incluye formación y exámenes en derecho arbitral.

La formación de ingenieros y arquitectos como árbitros para conflictos en la construcción, y su gran implicación en estos temas, es quizás una de las causas que han contribuido a que el arbitraje de construcción se haya desarrollado tanto en la cultura anglosajona, a diferencia de sistemas en los que los árbitros son siempre abogados sin conocimientos técnicos. La presencia de ingenieros y/o arquitectos en el tribunal arbitral garantiza, en general, un mejor análisis de los aspectos técnicos.

Se debe resaltar que el laudo del árbitro, con independencia de la cualificación de quien lo dicte, siempre tiene el mismo efecto sobre las partes, y es equivalente a la sentencia de un tribunal.

El típico arbitraje antes solía seguir un proceso similar al litigio, con demandas y respuestas por escrito, presentación de documentos relevantes, una audiencia con participación de abogados, testigos y expertos, todo seguido por la publicación del laudo. O sea, un proceso que asegura que todos los aspectos del conflicto serán plenamente examinados – pero un proceso que podría llegar a ser tan largo, lento y caro como el litigio. Las ventajas del arbitraje, en comparación con los tribunales, se han descrito como el mayor nivel de conocimiento técnico del árbitro, una aplicación más ligera del derecho procesal, menos plazo, menores gastos, y la confidencialidad. Ya por los años ochenta se decía que solo el primero, segundo y el último de estas ventajas eran verdaderos. En la década de los noventa,

grandes reformas en el derecho procesal vigente en los tribunales (los Woolf reforms) han reducido los plazos en los tribunales – particularmente en el Technology and Construction Court, un tribunal especializado dedicado a la construcción - y, en menor grado, han reducido los gastos del litigio. El efecto de estas reformas, y también la introducción del proceso llamado adjudication como un método rápido y barato para resolver, aunque de forma no final, los conflictos en el sector de la construcción, han creado un gran reto para el arbitraje en este sector: demostrar que realmente sigue teniendo ventajas sobre los tribunales de justicia.

La ley vigente es el Arbitration Act 1996. Esta ley se caracteriza por su flexibilidad: los tres principios fundamentales del arbitraje, según el primer párrafo de la ley, son:

(i) el objeto del arbitraje es la resolución justa del conflicto, sin demoras y gastos innecesarios;

(ii) las partes pueden libremente pactar como se resuelve el conflicto, pero respetando siempre las salvaguardas necesarias para proteger al interés público;

(iii) los tribunales solo intervendrán en las circunstancias dictadas por la misma ley.

La flexibilidad de esta ley, y en particular la libertad otorgada a las partes para pactar la forma y el proceso que se utilizara para resolver el conflicto, ha resultado en varias iniciativas para hacer cara al gran reto. El propósito de estas iniciativas es acelerar el arbitraje y, al mismo tiempo, reducir los gastos. Por ejemplo, el Joint Contracts Tribunal ha publicado unas reglas modelo para el arbitraje (Construction Industry Model Arbitration Rules). Estas incluyen reglas modelo para tres tipos de proceso:

(i) el arbitraje basado solamente en las alegaciones por escrito, sin audiencia, para conflictos simples, o

donde la cuantía es baja y no justifica el coste de una audiencia;

(ii) el arbitraje con audiencia corta, de un día solamente, donde el conflicto se decidirá en gran parte por la inspección de la obra por el árbitro;

(iii) el arbitraje de pleno proceso, con alegaciones por escrito, presentación de documentos, y audiencia con participación de testigos y abogados.

Otra iniciativa ha sido el arbitraje de cien días (100 day Arbitration Procedure) de un grupo especialista, el Society of Construction Arbitrators (www.constructionarbitrators.org). Bajo este proceso, el laudo tiene que dictarse en un plazo máximo de 100 días desde la entrega de la contestación del demandado. Se sigue un proceso muy controlado, y las alegaciones escritas, el descubrimiento de documentos, la participación de testigos y las alegaciones orales en la audiencia se permiten solamente bajo límites muy estrictos.

El efecto de estas iniciativas ha sido que el arbitraje de pleno proceso se evita, excepto en aquellos conflictos donde la cuantía es alta o la controversia es compleja. Pero también es verdad que el número de arbitrajes sobre conflictos no internacionales ha disminuido desde la introducción de la adjudication. Aunque este proceso no es de resolución final, en la práctica muy pocos conflictos se llevan más allá después del adjudication. David Johnson es graduado en derecho por la Universidad de Durham, Solicitor of the High Court, Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators, miembro de la Society of Construction Law y miembro del Adjudication Society. Es socio en uno de los más viejos despachos en Londres, Boodle Hatfield, y tiene unos treinta años de experiencia en el derecho de la construcción.



Entrevista a D. Gwyn P. Owen y D. Romano Allione

Gwyn Owen y Romano Allione son dos buenos ejemplos de ingenieros que se han implicado a fondo en la resolución de controversias en proyectos de construcción. Dos pioneros en este campo cuyas experiencias son de gran interés para todo ingeniero que quiera seguir el mismo camino.

¿QUÉ HIZO QUE UNOS INGENIEROS COMO USTEDES ENTRASEN EN EL MUNDO DE LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?

Gwyn Owen: Para mí el mundo de la construcción comprende no sólo los aspectos prácticos, técnicos y las complejidades de la construcción, sino que también comprende las relaciones legales y/o contractuales entre las partes involucradas. Es necesario que los riesgos se distribuyen entre las partes y que se creen relaciones comerciales y contractuales. Desafortunadamente en ocasiones estas relaciones son malentendidas, a veces por elementos dentro del control de las partes, pero generalmente por factores externos que no pueden controlar. Estos elementos deben ser claramente entendidos y gestionados, y necesitan un manejo cuidadoso para asegurar el buen funcionamiento y ejecución de proyectos complejos. Estas perturbaciones generan discusiones y la pérdida de armonía entre las partes, lo que a su vez suele derivar en conflictos y disputas. Lo que me atrajo del mundo de la resolución de disputas no es solo el trabajar en la resolución de las mismas, sino sobre



Gwyn Owen

Romano Allione



todo el aspecto más satisfactorio que es el de poder ayudar a evitarlas.

Romano Allione: Desde que comencé mi carrera profesional he tenido que enfrentarme a numerosos problemas técnicos de diferente naturaleza que había que resolver, en los que las consecuencias contractuales y económicas tenían que ser discutidas a través de reuniones, debates, intercambio de documentos con las contra-partes, etc. Esto condujo a situaciones que tuvieron que ser resueltas a corto plazo para no poner en riesgo los proyectos. Modificaciones de diseño, cambios debidos a las condiciones previstas, problemas de construcción, son todos problemas muy inherentes a la naturaleza propia de la construcción y contratación. Esto da lugar a diferencias de opinión y/o interpretación, no sólo en la manera de resolver el problema técnico, sino también en la asignación de responsabilidades; por lo que disponer de un método para resolver los conflictos es esencial para el éxito de los proyectos.

¿CUÁNDO SINTIÓ QUE COMO INGENIERO TENÍA MUCHO QUE APORTAR EN LA RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS DE CONSTRUCCIÓN?

Gwyn Owen: Los ingenieros tenemos una visión práctica de la resolución de problemas, y me di cuenta de que tras varios años de experiencia práctica y de entendimiento de los problemas habituales de las obras de ingeniería civil yo era capaz de contribuir de forma eficaz a la resolución de disputas. Habiendo sido Director de

Proyecto y responsable tanto del control de los activos y los recursos alcancé un conocimiento suficiente de los daños que los conflictos causan en los proyectos. Por ello a mediados de mi treintena decidí enfocar my carrera profesional a los aspectos legales de la construcción.

Romano Allione: Como he indicado anteriormente, tuve que enfrentarme a los problemas y aprender, a través de la experiencia de mis colegas y de los estudios al respecto, sobre la mejor manera de resolver esos problemas utilizando los conocimientos y los instrumentos técnicos y contractuales disponibles. Desde que en mi proyecto en Honduras se introdujo el concepto de DB por su fundador All Matthews (ingeniero estadounidense) decidí que al aceptar y aplicar la filosofía DB, yo podía ayudar puntualmente en la resolución de los conflictos, inicialmente para el beneficio de mi Empresa y después, como Adjudicador, para los diferentes proyectos en los que participase.

¿QUÉ FORMACIÓN NECESITA UN INGENIERO QUE QUIERA ENTRAR EN EL MUNDO DE LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?

Gwyn Owen: Para aportar valor a la resolución de disputas cualquier aspirante necesita un sólido conocimiento del derecho de los contratos, y de cómo se gestionan los proyectos de construcción. También es necesario conocer los aspectos procesales y las técnicas de la resolución de conflictos. Un ingeniero que se plantee iniciarse en el mundo de la resolución de disputas debe entender que la resolución de los conflictos requiere emitir decisiones en relación con los derechos y distribución de riesgos de individuos concretos. Estas decisiones fijan la posición legal de las partes y pueden ser impugnadas en los tribunales en procesos de apelación. Por tanto yo recomiendo que cualquier ingeniero que quiera entrar en el mundo de la resolución de disputas debe tener formación jurídica.

Romano Allione: Los Miembros de una Dispute Board deben tener experiencia en el tipo de trabajos que deben realizarse según el Contrato. Los Miembros también deben tener conocimiento y experiencia en la aplicación de las Condiciones del Contrato. Por supuesto, también deben conocer y cumplir con los requisitos relacionados con la independencia y la ética de los Adjudicators (ver Manual de la DRBF en www.drbf.org)

¿CUÁNDO Y CÓMO ENTRÓ A FORMAR PARTE DE DISPUTE BOARDS U OTRO TIPO DE PANELES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS?

Gwyn Owen: Empecé a interesarme en la resolución de disputas tras haber participado en un arbitraje internacional. En ese proceso entendí que las partes eran capaces de resolver sus disputas fuera de los tribunales pero en un foro que proporcionaba una decisión vinculante. Sin embargo es evidente que los procedimientos



judiciales o arbitrales son agresivos y dan lugar a un resultado en el que uno gana y el otro pierde (win/lose). Por esto mi interés se centró en otras formas de mas conciliadoras de resolver los conflictos como la mediación y las Dispute Boards, que proporcionan a las partes una oportunidad de resolver sus conflictos con métodos win/win (en que las dos partes salen ganando) a la vez que de forma paralela les permite mantener sus relaciones comerciales a salvo.

Romano Allione: Habiendo sido una de las Partes en el primera DRB internacional en un Proyecto en Honduras (El Cajón: presa a doble curvatura en hormigón de 232 metros de altura) y tras haber participado en varias DRB en otros Proyectos (Lesotho, India, Malawi, etc) y en las actividades de la Fundación DRB desde su creación, una vez que me retiré de Impregilo (la mayor Empresa de Construcción en Italia) en el año 2000 comencé mi actividad como consultor en reclamaciones. En 2001 fui nombrado miembro de un Panel de Consultores en Italia (Línea Ferroviaria de Alta Velocidad), similar al concepto de la Dispute Board. También he aconsejado a Contratistas sobre el uso de las Dispute Boards. Desde el 2003 he sido nombrado como miembro en DB por contratistas que directa o indirectamente me habían conocido durante mi carrera profesional.

Luego he ido asumiendo el cargo de Presidente de la Dispute Board tras haber sido propuesto como tal por los otros 2 miembros y nominado por las Partes.

Por lo que se refiera a mi experiencia, el nombramiento miembro de una Dispute Board se debe normalmente a que quien tiene que proponerte tenga un conocimiento directo o indirecto del Profesional, en la misma manera a través de la cual se nombraría a un administrador o a un abogado, y por supuesto deben cumplirse todo el tiempo los vínculos de la independencia, ética, etc.



USTEDES PERTENECEN A LA LISTA DE ADJUDICATORS DE FIDIC DESDE HACE AÑOS, ¿CÓMO SE ENTRA EN ESA LISTA Y QUÉ REQUISITOS TIENE QUE TENER UN BUEN ADJUDICATOR?

Gwyn Owen: FIDIC, al igual que otras autoridades con listas parecidas, establecen unos requisitos para obtener la acreditación requisitos que se pueden comprobar en su web. En mi opinión cualquier candidato que quiera alcanzar esa acreditación, debe tener un sólido conocimiento legal en derecho de contratos y procesal. También creo que los candidatos deben haber sido entrenados en técnicas de negociación y/o mediación así como tener un razonamiento digamos "judicial". Una vez conseguido ese entrenamiento el candidato debe pasar por un proceso de pupilage o tutoría de al menos un año en los que debe demostrar los aspectos prácticos de ese conocimiento.

Romano Allione: Para ser admitido en la lista de Adjudicators del Presidente de FIDIC, el Profesional tiene que cumplir los criterios establecidos por FIDIC para ser Adjudicador, solicitar la admisión a la correspondiente Evaluación, en la que debe pasar por un examen bastante exhaustivo y la posterior evaluación por el APA (Assesment Panel for Adjudicator, ver www.fidic.org)

USTEDES HAN SIDO PRESIDENTES DE LA DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION (DRBF, WWW.DRB.ORG), ¿QUÉ ES LA DRBF, QUIENES PUEDEN SER MIEMBROS, Y CÓMO FUNCIONA?

Gwyn Owen: La DRBF es una organización global que proporciona formación y estándares prácticos para aspirantes a formar parte en Dispute Boards. Tiene una guía de buenas prácticas y sirve como foro para el intercambio de opiniones en relación con esas prácticas. Celebra reuniones regionales e internacionales donde los miembros y asistentes pueden discutir aspectos relacionados con las Dispute Boards y su aplicación práctica.

Romano Allione: El DRBF es una organización sin fines de lucro fundada en el año 1996 para promover la utilización de Dispute Boards en la prevención y resolución de conflictos. Cualquier persona interesada en la resolución

de controversias puede unirse a la Fundación, participar en talleres de capacitación, conferencias y eventos. La Fundación se organiza por Regiones (2 en la actualidad) dirigidas por Juntas Ejecutivas que son coordinadas por la Junta Ejecutiva de la Fundación. Las Juntas son nombradas por todos los miembros de la Fundación. En muchos países suele haber un representante nacional que coordina estas actividades, en España tienen uno.

EN ESPAÑA UN SECTOR IMPORTANTE CONSIDERA QUE LOS MÉTODOS TIPO ADJUDICATION O DISPUTE BOARD SÓLO SON ÚTILES PARA PEQUEÑAS RECLAMACIONES, PARA TEMAS DE TIPO TÉCNICO, PERO NO PARA TEMAS COMPLEJOS. ¿HAN TENIDO EXPERIENCIA COMO DISPUTE BOARDS EN DISCUSIONES COMPLEJAS?

Gwyn Owen: Mi experiencia y convencimiento es que asuntos grandes y complejos pueden ser tratados resueltos de forma fácil por las Dispute Boards. Normalmente el perfil de los miembros de las Dispute Boards suele ser el de gente con conocimientos técnicos y de hecho muchos son ingenieros con formación jurídica. Mi experiencia es que todo tipo de disputas, desde sumas modestas hasta sumas multimillonarias, se pueden tratar de forma satisfactoria en una Dispute Board. Estos procesos ofrecen una decisión en un plazo corto de tiempo y con un coste contenido, lo que no se suele conseguir en arbitrajes o juicios.

Romano Allione: Las Dispute Boards deben constituirse al inicio de los proyectos para afrontar los posibles conflictos según se presentan. De este modo, cuando el concepto de Dispute Board se aplica correctamente, los potenciales problemas se aclaran y resuelven en general antes que la disputa abarque varios temas distintos (diferentes) y se convierta en compleja y de difícil solución.

Dicho esto, una Dispute Board puede ocuparse y dar opiniones o recomendaciones o decisiones de asuntos muy complejos; por supuesto el Miembro del DB debe estar plenamente calificado (ver las indicaciones del Manual de la DRBF)

SIENDO EL CONCEPTO DE DISPUTE BOARD DE ORIGEN EN LOS ESTADOS UNIDOS, Y CON RAÍCES EN UNA CULTURA, PRÁCTICA Y SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN, ¿CÓMO VEN SU POTENCIAL EN OTRAS CULTURAS Y SISTEMAS JURÍDICOS?

Gwyn Owen: Dado el carácter conciliador de las Dispute Boards, es un sistema que se puede utilizar bajo cualquier legislación. Como he comentado antes, puesto que la decisión de la Dispute Board se puede considerar como un proceso conciliador, entonces la resolución y/o decisión pueden ser más importantes que la "elegancia" jurídica. Como declaró un juez del Reino Unido de reconocido prestigio la emisión de una decisión en un plazo corto y con un coste contenido puede ser más eficaz en un primer nivel que una decisión perfecta desde el punto de vista legal pero mucho más tardía y cara.

Romano Allione: El DRB puede ser eficaz en cualquier cultura y sistema legal, siempre que el enfoque de las partes contratantes cumpla con el objetivo de lograr el buen fin del proyecto y de aplicar correctamente el Contrato.

Es esencial que las Dispute Board estén compuestas por miembros debidamente calificados.

¿CÓMO SON LAS PRIMERAS EXPERIENCIAS CON LAS DISPUTE BOARDS EN PAÍSES Y CULTURAS QUE NO CONOCEN EL SISTEMA?

Gwyn Owen: Mi experiencia es que el sistema de las Dispute Boards es muy respetado en países menos sofisticados en los que los tribunales son lentos y en los que el acceso a la justicia está en ocasiones repleto de dificultades. Un sistema conciliador dirigido por profesionales con experiencia asegura que los derechos y obligaciones de las partes se respetan, y que las decisiones se emiten dentro de límites comerciales lo que permite a las partes actuar con confianza y certeza. He participado en proyectos que han utilizado con éxito estos procesos en muchos países en vías de desarrollo en Europa del Este y África, así como en países de Sudamérica y Oriente Medio en los que el acceso a la ley es complicado y donde la transparencia de las decisiones judiciales es incierta.

Perfil de Romano Allione

R. Allione es Ingeniero Electrotécnico graduado por la Universidad Politécnica de Milán, Consultor en Gestión de Proyectos, Miembro de la lista FIDIC de Adjudicators, Miembro Fundador de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF, www.drb.org) de la que ha sido Presidente en los años 2009 y 2010.

R. Allione ha participado desde el año 1966 hasta el año 1999 en la construcción de importantes obras de infraestructuras en África, Asia, América Latina en calidad de Director de Obra, Director de Proyecto, Director de Área y Director General suplente de la empresa constructora.

R. Allione ha participado en el primer Dispute Board que se constituyó fuera de los EE.UU. a principios de los años ochenta, y desde entonces ha promovido el concepto y la práctica de las DRB/DAB. Ha sido parte activa en Seminarios de Capacitación sobre DRB / DAB y en la divulgación de la filosofía de estos métodos. Desde el año 2000 trabaja como consultor independiente y como adjudicator y, desde hace poco, también como árbitro.

Perfil de D. Gwyn P. Owen

D. Gwyn Owen, MSc, BSc, CEng, FICE, FConsE, FCIArb es Ingeniero Civil y posee un Máster en Derecho de la Construcción. Está acreditado como árbitro, adjudicador y mediador ante diferentes organismos del Reino Unido e internacionales, figurando en los listado de dichas instituciones. Ha servido como miembro de Dispute Boards en más de 60 proyectos, y actúa como árbitro de la CCI. Ha emitido más de 400 laudos y/o decisiones tanto en arbitrajes internacionales como en procesos de Adjudication o de Dispute Boards. Su experiencia en la construcción incluye proyectos de ingeniería civil, edificación, infraestructura, oil & gas, etc. Ha sido Presidente de la DRBF.

Romano Allione: La primera DB Internacional se implementó en Honduras; las Partes estaban representadas por entidades de Honduras e Italia, el Ingeniero de Suiza, y los Miembros de la DB procedían de Italia, EE.UU. y Colombia. Fue un gran éxito y la DB fue capaz de hacer frente a todas las controversias. Todas las recomendaciones de la DB han sido aceptadas o utilizadas como base para los acuerdos entre las partes.

Las Dispute Boards han demostrado ser eficaces, aunque no sin problemas, en países muy diferentes, desde China a Pakistán, Malawi, Lesotho, Turquía, etc

¿CÓMO ES LA RELACIÓN ENTRE LOS INGENIEROS Y LOS ABOGADOS EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS? ¿DEBE PREVALECCER UNO DE LOS DOS?

Gwyn Owen: en mi experiencia un tribunal que combina ambas habilidades puede ser excelente. de hecho cada uno tiene un importante papel que jugar dependiendo de su propia experiencia, para poder emitir una decisión equilibrada que tenga en cuenta tanto los aspectos prácticos como la ley.

Romano Allione: En mi opinión no hay una regla simple, todo depende del individuo. No obstante, cabe recordar que los Miembros de las DB están obligados a tener conocimientos y experiencia en las obras, por lo tanto, en general, es un hecho que los Ingenieros sean la opción habitual; para Paneles ad hoc (llamados específicamente para resolver una disputa) un Miembro abogado es esencial, en un Arbitraje un Ingeniero en el Tribunal puede dar una contribución muy positiva en los asuntos técnicos; sin embargo en mi opinión los arbitrajes son mas para Abogados.

POR ÚLTIMO, LES AGRADECERÍAMOS QUE NOS MENCIONARAN ALGUNOS DE LOS GRANDES PROYECTOS EN LOS QUE HAN ACTUADO COMO DISPUTE BOARDS, Y CÓMO FUE ESA EXPERIENCIA.

Gwyn Owen: Tanto proyectos pequeños como grandes se han beneficiado en todo el mundo del sistema de las Dispute Boards. Hoy en día encontramos con que en todos los grandes proyectos de infraestructura financiados por el Banco Mundial (o por cualquier banco multilateral) el uso de las Dispute Boards es obligatorio. Del mismo modo el mundo de la energía las está utilizando cada vez más. Si hablamos de un proyecto en concreto podría destacar el proyecto hidroeléctrico de Merowe en Sudán, actualmente uno de los proyectos más grandes en el mundo, que está utilizando Dispute Boards de forma satisfactoria.

Romano Allione: He actuado como Parte en DB en Honduras, India, Lesoto, Pakistán, Uganda etc. Y como Miembro o Presidente de DB en Rumania, Italia Mozambique, Panamá, Chile, Serbia, etc.

Les agradecemos enormemente su tiempo y que hayan compartido con nosotros su experiencia. Muchas gracias.

Arbitraje de equidad. El verdadero baluarte de un proceso sin dilaciones indebidas

Juan Carlos Moncada
Director General de Calidad y Medio Ambiente
TYPESA



Todo conflicto se genera por visiones o puntos de vista distantes o enfrentados de una misma realidad. Interpretaciones de una circunstancia que, debido a distintas causas (desde un entendimiento forzado de un determinado pacto hasta el abuso de poder), resultan exageradas, provocando un alejamiento de la verdad y, por ende, de la solución a la controversia.

Si queremos llegar a la verdad, es preciso huir de los extremos, porque las exageraciones son la causa más común de los errores humanos. Cuando caemos en ese error, y caemos con frecuencia, nos dejamos arrastrar por una tendencia innata a exagerar una razón, a magnificarla, dejando fuera de juego las razones contrarias. No obstante, la realidad humana es demasiado compleja para asumir extremos y afirmaciones rotundas que derivan de esta situación. El conflicto, entonces, debe reconducirse, trasladándose a ojos de un tercero imparcial que atempere esos extremos y decida justa, objetiva y prudentemente.

La justicia es uno de los valores superiores de nuestro Ordenamien-

to Jurídico. Pero el término justicia, según entiende nuestro texto constitucional, es el derecho a la defensa o tutela judicial de nuestros derechos e intereses legítimos. En otras palabras, derecho a que los tribunales de justicia conozcan de los casos en los que cualquier individuo considere vulnerados sus derechos, y que, garantizando la defensa procesal de la contraparte, resuelva el asunto mediante la aplicación al caso concreto de las previsiones legales pertinentes.

No obstante, y a pesar de que la propia Constitución garantiza un proceso público sin dilaciones indebidas, lo cierto es que el juego de garantías procesales habilitadas en nuestras leyes de enjuiciamiento, junto con una jurisdicción desbordada tanto en lo cuantitativo (una simple cuestión incidental puede demorar en resolverse un año o más) como en lo cualitativo (hay muy pocos tribunales "especializados" en materias concretas, como los juzgados de lo mercantil, y aún así la materia objeto de su conocimiento es ingente) han convertido la acción jurisdiccional en lo que no debiera:

el modo más ineficaz y por tanto unos de los modos más injustos de impartir justicia.

Hoy día está "de moda" declararse socialmente responsable o comprometido. Inherente a este concepto debe entenderse la actuación de buena fe en el desempeño de su actividad mercantil e intervención en la sociedad. Es por ello que las empresas que asumen dicha conducta deben perseguir un comportamiento honrado y honorable en el tráfico comercial, que fomente la convivencia pacífica en un mercado competitivo, primando los valores esenciales de tal convivencia sobre los intereses particulares orientados a maximizar el beneficio. Uno de los pilares de la convivencia es precisamente la justicia, entendida ésta desde su más puro sentido etimológico: "dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece" (aunque es poco común encontrar cita alguna al respecto en las declaraciones de responsabilidad social corporativa de las empresas). Pues bien; de reconocer el concepto de justicia como valor primordial de la sociedad, y habida cuenta de que,

hoy por hoy, las instituciones del Estado no resuelven eficazmente el problema de impartirla de modo directo, las propias leyes admiten (y las circunstancias alientan) el sometimiento de gran parte de los conflictos surgidos en el tráfico comercial entre particulares al arbitraje. Y se admiten, además, dos modelos de arbitraje. El de derecho, en el que resulta preceptiva la intervención como árbitro de uno o varios letrados en ejercicio y la aplicación de las previsiones legales para el sustento de la decisión del árbitro (el llamado laudo arbitral), y el de equidad, en el que el árbitro no tiene por qué ser abogado y que será, por lo común, alguien de prestigio reconocido relacionado profesionalmente con el gremio en el que se enmarca el litigio. En este segundo caso la decisión o laudo se basa en la aplicación de la práctica generalizada en el sector objeto de disputa.

En este sentido, una ventaja adicional que proporciona la fórmula del arbitraje de equidad es que es posible configurar un tribunal de arbitraje compuesto por miembros con distintas experiencias de forma que los asuntos controvertidos, con frecuencia multidisciplinarios y complejos, sean tratados de manera experta en todas sus facetas, donde cada miembro del tribunal aporta su conocimiento para la correcta interpretación del problema. El arbitraje de derecho, por el contrario, exige que todos los miembros que configuren en tribunal sean abogados en ejercicio.

Es razonable pensar que cuanto más cerca del gremio se conviva, mejor entendimiento cabrá realizar de la problemática y sus orígenes, y por tanto más acertada interpretación se hará de los postulados de cada parte y más justa será la decisión (más se acercará a los términos de justicia material, de dar a cada uno lo suyo). Además las decisiones arbitrales adquieren ante la jurisdicción el valor de cosa juzgada, sólo



impugnable, y en única instancia, ante los tribunales por causas muy tasadas y de difícil reconocimiento en la práctica. Esto otorga el beneficio adicional de la velocidad del proceso, garantizando así el principio de evitar dilaciones indebidas.

En resumidas cuentas, y en materia de resolución de conflictos y aplicación de la justicia, cuanto más nos alejemos de las togas mayores son las garantías de obtenerla.

El papel relevante que está llamado a desempeñar la empresa de ingeniería en la sociedad, en la búsqueda de la mejora de su bienestar, desde el punto de vista técnico, impone moralmente una conducta pública adecuada con las directrices generales de la responsabilidad social en toda su extensión. Como consecuencia de ello tienen el deber ético de, no solo asumir, sino también alentar la adopción de procedimientos justos de resolución de conflictos. Y los más justos son, por lo general y según lo dicho, los arbitrajes de equidad.

El arbitraje de equidad permite ser configurado y acordado en cualquier momento de la relación

contractual, incluso una vez surgido el conflicto, y a pesar de cualquier previsión contractual en contra; si las partes acuerdan revocar lo previamente pactado en el contrato, y adoptar para la resolución del conflicto el modelo de arbitraje de equidad, prevalecerá este postrer acuerdo sobre el primero, por considerarse que el último renueva la voluntad soberana de las partes, dejando sin efecto lo anterior.

Sin embargo, llegado ese momento siempre será más difícil acordar cualquier cambio a lo previsto contractualmente, por lo que lo indicado es prever en el contrato tal pacto de sumisión. Esto proporcionará seguridad jurídica a la relación contractual desde el primer momento. Las fórmulas para la determinación del árbitro deberían incorporarse también al contrato, puesto que dejar este aspecto abierto puede dar lugar a otro conflicto, en este caso instrumental, como es su determinación. En ese caso, en último extremo, se requeriría la intervención del juez, aunque sólo sea para decretar el citado nombramiento. ✨

La independencia del perito de parte

Ignacio Fernández Solla
 Director Dpto. de Fachadas de Arup
 Perito judicial en litigios relacionados con
 defectos de edificios en Europa.



Empecemos por la conclusión: en todos los litigios y también en los de carácter técnico, un perito debe dar una visión independiente del problema objeto de litigio, incluso cuando le contrata una de las partes. Repito: incluso cuando le contrata una de las partes.

Lo habitual en España y en casi todo el mundo es que el perito de parte pretenda ayudar a quien le paga al redactar su dictamen. En mi experiencia como perito, tanto en nuestro país como en el Reino Unido, he comprobado lo equivocado de esa estrategia. La razón es clara: un juez sensato no asumirá como realista nuestro dictamen si todas las pruebas apuntan de manera escandalosa hacia el interés de la parte que nos paga; y buscará con ahínco la falta de articulación entre hechos y conclusiones hasta encontrarla. Esto se nos olvida a nosotros y también se les olvida a los abogados, que por supuesto sí son de parte y defienden a su cliente.

¿Significa eso que no podemos ayudar al cliente que nos ha contratado? Naturalmente que podemos, pero en su momento. No en

el texto de nuestro dictamen ni en nuestra declaración oral ante el juez. Podemos y debemos ayudar a nuestro cliente y a sus abogados actuando como consultores técnicos durante la fase de obtención de pruebas, ayudándoles a entender las implicaciones de lo que vamos descubriendo y previendo qué conclusiones va a obtener el perito de la parte contraria en base a los hechos que hemos encontrado en el proyecto, el edificio o la obra objeto de disputa.

Sé que esto suena a música celestial, pero en mi experiencia es la mejor manera de afrontar un caso como experto de parte. Veamos el ejemplo inglés. El informe Woolf modificó las 'Civil Procedure Rules' en 1999. A partir de entonces los peritos de parte están obligados a ser concisos, a ceñirse a los hechos relevantes y a justificar mejor sus conclusiones. Hay dos mecanismos que me parecen particularmente acertados del sistema inglés: el 'Scott Schedule' y el informe pericial conjunto. El primero consiste en una lista de los puntos en disputa, redactada por el demandante y

comentada por el demandado, en la que se enumeran sucintamente las cuestiones objeto de demanda y su valoración. Con el informe conjunto el juez pide a los peritos que visiten juntos el edificio y que redacten un informe de lo observado, indicando sus coincidencias y desacuerdos. El informe debe ceñirse a los puntos del Scott Schedule, no podemos irnos por los cerros de Úbeda. ¿Qué se consigue con esos dos mecanismos tan simples? Delimitar el objeto de la demanda y reducir la amplitud del desacuerdo, lo que facilita el acercamiento entre las partes y el logro de un acuerdo.

No podemos cambiar nuestro sistema judicial, pero sí debemos recordar cuál es nuestro papel. No somos abogados ni jueces. Como peritos debemos encontrar las causas más probables y las conclusiones más próximas a la realidad. Si lo hacemos, nuestro dictamen será la prueba fundamental del juicio. Ni el juez ni el perito de la otra parte son ingenuos o ciegos. Actuar pensando que lo son es como jugar a la ruleta rusa, y cuando se descubre el juego ya es demasiado tarde. ✨