



TECNIBERIA

nº 29 • enero/febrero 2011

REVISTA DE LA INGENIERÍA ESPAÑOLA



Arbitraje y resolución de controversias

El arbitraje en
proyectos complejos
de ingeniería y
construcción

Las Dispute Boards
como medio
de Resolución de
Controversias

P.V.P. 15 €



Editorial	05-06
Lejos de casa	08
Nuestras noticias	12
Formación	24
Asociaciones Territoriales	26

De Portada 32

EL ARBITRAJE EN PROYECTOS COMPLEJOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN

Gonzalo Stampa

Las Cortes de arbitraje como medio ideal de gestionar los arbitraje	35
Javier Íscar	
La mediación como medio de resolver conflictos contractuales y mercantiles	38
Antonio Sanchez-Pedreño	
Las Dispute Boards como medio de Resolución de Controversias	40
Pablo Laorden	
Solución de controversias en construcción en México y Centroamérica: Avances y retos	42
Roberto Hernández	
El uso de la adjudicación (Adjudication) en el Reino Unido	45
Christopher Miers	
El arbitraje, una perspectiva Inglesa	48
David Johnson	
Entrevista	50
Romano Allione y D. Gwyn P. Owen	

Opinión 54

ARBITRAJE DE EQUIDAD. EL VERDADERO BALUARTE DE UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Juan Carlos Moncada

El Norte de África, y la Promoción de la Marca España	56
José Luis González Vallvé	
Seamos humildes. Seamos profesionales	58
Carlos Sanz	
Integración de Sistemas en el sector industrial	60
Prosegur	
La independencia del perito de parte	62
Ignacio Fernández Solla	
Cultura e Ingeniería	63
Washington DC	
Actualidad Empresarial	66
Apariciones en Prensa	71
Central de Compras	74



Asociación Española de
Empresas de Ingeniería,
Consultoría y Servicios
Tecnológicos
Montalbán, 3 - 5.º dcha.
28014 Madrid
Tel.: 91 431 37 60
Fax: 91 575 54 99
www.tecniberia.es

Dirección
Comité de Comunicación
Pedro Canalejo
Víctor Canalejo
Rocío Castro
Pedro Domingo
José Luis González Vallvé
Belén Sasiambarrena
Ángel Zarabozo
Victor Zorraquino

Edición
Belén Sasiambarrena

Colaboradores
Araceli García Nombela
Alberto Martínez
José Enrique Aranda
Montserrat Sáenz de Ugarte

Agradecimientos
Pablo Laorden

Diseño y maquetación
Reed Business Information

Publicidad
Reed Business Information
ehuerta@rbi.es
Zona Cataluña
evaquero@rbi.es

Producción gráfica
Reed Business Information

Distribución
Reed Business Information

Depósito legal:
M-42123-2004

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.