

Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción

Gustavo Paredes Carbajal*
Jaime Gray Chicchón**

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ¿QUÉ SON LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS? 3. CLASIFICACIÓN Y ETAPAS, DESARROLLO DE CADA UNO DE ELLOS 3.1 ETAPA DE PREVENCIÓN Y COOPERACIÓN 3.1.1 PREVENCIÓN 3.1.1.1 LOCALIZACIÓN DEL RIESGO 3.1.1.2 INCENTIVOS PARA COOPERAR 3.1.2 COOPERACIÓN 3.1.2.1 PARTNERING 3.2 ETAPA DE CONTROL DE DISPUTAS 3.2.1 MECANISMO DE CONTROL DIRECTO 3.2.1.2 NEGOCIACIÓN 3.2.1.2.1 NEGOCIACIÓN DIRECTA 3.2.1.2.2 NEGOCIACIÓN EJECUTIVA 3.2.2 SOLUCIÓN NO OBLIGATORIA 3.2.2.1 MEDIACIÓN 3.2.2.2 CONCILIACIÓN 3.2.2.3 EXPERTO NEUTRAL 3.2.2.4 MINI JUICIOS 3.2.2.5 JUNTA DE REVISIÓN DE DISPUTAS 3.2.2.6 EVALUACIÓN NEUTRAL 3.3 ETAPA RESOLUCIÓN PRIVADA OBLIGATORIA 3.3.1 ARBITRAJE CON EFECTO OBLIGATORIO 3.3.1.1 ARBITRAJE EN EL PERÚ 3.3.1.2 LA PRÁCTICA EN ESTADOS UNIDOS EN EL SECTOR CONSTRUCCIÓN 3.3.2 JUZGAMIENTO PRIVADO. 4.

1. INTRODUCCIÓN

Debido a su complejidad (multiplicidad de sujetos, objeto eminentemente técnico, alto costo involucrado, externalidades, etc.) la actividad de la construcción ha sido una de las primeras actividades en buscar resolver sus conflictos a través de medios alternativos a sus órganos judiciales estatales.

En el Perú, la falta de celeridad, especialidad y predictibilidad de los fallos judiciales en materia de solución de disputas empresariales, han sido las notas características de un Poder Judicial que -en especial- para la actividad de la construcción ha constituido y constituye un factor de incremento de riesgo y por tanto de encarecimiento de la contratación.

-
- * Abogado, especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Pública y Arbitraje.
Estudios de post-grado en ESAN, Universidad del Pacífico y Maestría de Derecho de Empresa de la Universidad de Ciencias Aplicadas UPC
Socio del Estudio Navarro Sologuren Paredes Gray Abogados
Profesor de los Diplomados de Derecho de la Construcción de la Universidad de Ciencias Aplicadas y Arbitraje en la Contratación Pública – CONSUCODE y Universidad Ricardo Palma
Miembro de la International Bar Association (IBA) - Comités de Contratación Pública y Arbitraje.
Ponente invitado por el Comité de Contratación Pública de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados de México.
- ** Abogado, especialista en Derecho de la Ingeniería, Construcción, Contratación Pública y Arbitraje.
Maestría de Derecho de Empresa de la Universidad de Ciencias Aplicadas - UPC.
Socio del Estudio Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados.
Profesor de los Diplomados de Derecho de la Construcción y de Gerencia de la Construcción de la Universidad de Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.
Profesor de la Maestría en Gestión de la Construcción de la Universidad de Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC
Miembro de la International Bar Association (IBA) - Comités de Contratación Pública, Public Procurement y Arbitraje.
Ponente invitado por el Comité de Contratación Pública de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados de México
Ponente invitado por la International Bar Association (IBA) en sus conferencias anuales de Nueva Zelanda y República Checa, así como en el evento del Comité ICP sobre PPP's en México.
Ponente invitado por la American Bar Association (ABA) en su forum anual de derecho de la construcción en Puerto Rico.
Ha participado en eventos organizados por el CONSUCODE, AMCHAM, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad de Lima y la Universidad Ricardo Palma.
Ha sido Vice Presidente del Comité de Infraestructura e Ingeniería de la Cámara Americana de Comercio AMCHAM – PERU
Es árbitro registrado ante el CONSUCODE, AMCHAM y CAPECO.

Ante ello, el interés de los particulares y del propio Estado en flexibilizar poco a poco sus normas para reconocer y dar paso a otros medios alternativos de solución de disputas, son -en buena cuenta- medios orientados a reducir los costos de transacción y cuyas ventajas deben ser aprovechadas.

Es preciso empezar señalando que el análisis de eficiencia de los contratos de construcción no solo pasa por asignar adecuadamente los riesgos a las partes que los suscriben, sino que además este análisis pasa también por verificar el establecimiento de adecuados mecanismos de solución de sus disputas, que garanticen una efectiva estabilidad en las reglas de juego. Esta diversidad de mecanismos va desde el diseño de métodos destinados a evitar que surjan controversias, mecanismos de control del conflicto y hasta métodos definitivos de solución como el arbitraje.

El presente trabajo tiene por objeto dar una mirada descriptiva y crítica de los diversos mecanismos alternativos de resolución de disputas empleados en la actividad de la construcción en un entorno globalizado que nos permita explorar mejores condiciones de eficiencia en la contratación.

2. ¿QUÉ SON LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS?

Se denominan así a los diversos mecanismos (acuerdos, procedimientos de negociación y administración privada de controversias) que las partes de una relación contractual diseñan con la finalidad de:

(i) Evitar o minimizar que las controversias puedan surgir entre ellas durante la ejecución de la relación contractual, y;

(ii) Resolver expeditivamente aquellas disputas que, a pesar de los esfuerzos efectuados previamente, no han podido ser resueltas por las partes.

Se les denomina mecanismos alternativos en cuanto constituyen una vía justamente alternativa a la resolución de disputas tradicional, representado en aquel órgano judicial llamado a tomar una decisión definitiva.

Entre los mecanismos alternativos más conocidos en el Perú se encuentra el arbitraje y la conciliación. Sin embargo no son los únicos en un entorno global; son conocidos y utilizados también la mediación y la opinión experta como métodos de ayuda a las partes para poner fin a los conflictos que entre ellas puedan surgir.

Internacionalmente existen otros mecanismos como el Partnering, los Dispute Boards (DAB, DRB, CBD) bajo formatos contractuales FIDIC o reglas de la ICC, el Mini Trial, (Mini Trial) etc., que difieren básicamente en los sujetos intervinientes, el momento y duración de los procesos, entre otros; pero en cada uno de ellos -excepto quizás en el partnering, donde operan facilitadores- nuevamente son terceros quienes buscarán darle una solución al conflicto.

El origen de estos mecanismos alternativos es básicamente voluntario, integrado en un contrato o en cualquier otra manifestación que evidencie de manera clara la voluntad de las partes. Sin embargo, en otros casos el sometimiento a mecanismos alternativos resulta mandatorio por expresa decisión del legislador. Un ejemplo de esto es nuestra Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, el cual obliga a los particulares y a las entidades públicas a resolver las disputas derivadas de la

ejecución de sus contratos a través de mecanismos alternativos de resolución de controversias, específicamente, a través de la conciliación y el arbitraje.

Finalmente, replantear la finalidad de estos mecanismos -y muy en especial para los contratos de construcción- se torna en una tarea obligatoria, ya que reducir el riesgo contractual de una actividad, por su naturaleza, altamente riesgosa, es una tarea difícil. Por ello es que estos mecanismos alternativos de solución de disputas deben ser internalizados no solo como simples métodos privados de solución de conflictos sino como herramientas idóneas de gestión y administración eficiente de los contratos de obra.

3. CLASIFICACIÓN Y ETAPAS

Este apartado mostrará una clasificación general de los mecanismos alternativos de solución de disputas, cómo vienen siendo empleados y las ventajas y desventajas que su empleo puede tener en la actividad de la construcción en el Perú.

Para el análisis de eficiencia de la solución de conflictos dentro de la actividad de la construcción, utilizaremos como herramienta la curva de influencia de costo de Cushman, Myers, Butler and Fisher. Esta curva de influencia muestra la relación directa entre el tiempo y costo en la solución de disputas, a mayor tiempo en la solución de la disputa, mayor costo.

Resolver un conflicto vinculado con la concepción del proyecto, diseño o su administración en etapa misma de la construcción, resulta altamente costoso llegando a su nivel más alto en el momento de su conclusión. Imaginémonos, por un momento lo altamente costoso que significaría resolver una disputa relacionada con el diseño de un proyecto de construcción en su etapa de funcionamiento.

Ello sería una aventura altamente costosa que muy pocos contratistas podrían soportar.

De esta manera, para el análisis de eficiencia en el manejo de las disputas en los contratos de construcción, resulta más eficiente evitar el conflicto o por lo menos resolverlo en tiempo real o cuando éste aparezca.

3.1 Etapa de Prevención y Cooperación

Esta etapa abarca todos aquellos métodos orientados a evitar o reducir el surgimiento de la controversia o disputa, pues debemos remarcar que la disputa más barata de solucionar es aquella que no llega a surgir.

3.1.1 Prevención

3.1.1.1 Localización del Riesgo

Partamos de la siguiente premisa: Los contratos perfectos no existen. Desde una perspectiva económica, no sería eficiente incluso que existan, por los altos costos que estos representarían impidiendo, en muchos casos, la contratación. Esta premisa nos lleva a afirmar que cuando se negocian los contratos, las partes deberán priorizar y discernir qué discutir e incluir en el texto del contrato y qué obviar o no incluir.

El tema que mayor cuidado debe demandar a las partes es el de conocer los riesgos concretos que el contrato de construcción los llevarán a tomar, situación en muchas ocasiones es pasada por alto.

En el Perú, los contratos de obra entre particulares generalmente incluyen de manera general alguna discusión sobre los riesgos que ambas partes identifican, responsabilizándose de acuerdo a las condiciones del proceso de contratación y la especialidad de la obra. Sin embargo, tal no

es el caso cuando se tiene al Estado –o mejor dicho a una entidad estatal – como una de las partes en dicho contrato.

Ciertamente al tratarse de contratos estatales, es la Entidad quien busca imponer la mayor de las responsabilidades en el contratista, y no espera conocer sus preocupaciones y situaciones que le serían también útiles de prever.

Este divorcio, alguna vez compartido con funcionarios de Entidades y del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE), ha sido explicado en algunos casos como “necesario” ya que se afirma que la responsabilidad de hacer el contrato recae en la Entidad y en los consultores por éstos contratados; y, en otros, como “irrelevante” ya que si estas preocupaciones fueran tan válidas de ser compartidas, afirman que deberían ser finalmente aceptadas por el Comité Especial a través de la etapa de consultas u observaciones.

No obstante lo cierto es que con esta actitud se está perdiendo una magnífica oportunidad para tomar de la experiencia del contratista, aquellos asuntos cuya previsión pueden ser útiles a las partes.

En los Estados Unidos, el Construction Industry Institute (CII) ha desarrollado un documento denominado “Dispute Potential Index”, el cual evalúa de manera histórica, las posibles disputas que pueden presentarse en razón de la naturaleza de la obra a ejecutarse, a través de la resolución de cuestionarios. Luego de identificar las posibles disputas, el documento las evalúa y reporta el resultado para poder tomar acciones correctivas o preventivas que hagan que dichas controversias o contingencias no lleguen a surgir. Este cuestionario ha sido bautizado como el “test del colesterol”, en cuanto

avisa el estado de salud general del contrato, ya que los resultados darán a las partes pautas de precaución que determinarán un mejor resultado del contrato.

Entonces, cuando nos referimos a la localización de los riesgos, nos referimos a identificar cuál de las partes asumiría cada riesgo potencial del contrato. Este principio puede ser resumido en simplemente “asignar a cada parte el riesgo – o responsabilidad – que es capaz de manejar o administrar mejor que su contraparte”; y como tal, aunque debería no es generalmente empleado en la industria de la construcción.

Los abogados del comitente por lo general no hacen tal ejercicio y simplemente tratan de cargar al contratista todos los riesgos y responsabilidades que unilateralmente puedan imaginar. En el caso de las entidades públicas esta práctica llega a extremos casi inimaginables. No obstante, lo que esta práctica genera es que un contratista, medianamente experimentado, las trate de compensar -incrementando los costos de transacción- en otras palabras, cargándole dichos costos al precio.

Desde esta apreciación, es como que el comitente tenga incentivos para presionar que se promulgue una ley que incremente los impuestos a los constructores, para que la mayor recaudación sea administrada a favor de los comitentes. El resultado de tal despropósito no sería otro que la inmediata subida de los precios que pagan los comitentes por sus obras.

Por lo tanto, las partes deben ser muy cuidadosas para asignar adecuadamente los riesgos contractuales de manera eficiente, ya que un contrato de construcción con una inadecuada asignación de riesgos es fuente generadora de reclamos casi desde el primer día de ejecución de la obra.

3.1.1.2 Incentivos para Cooperar

Un contrato de construcción, utilizando las herramientas del análisis económico del derecho, puede ser perfectamente comprendido Desde una relación de agencia; y al hacerlo, identificaremos mejor cómo alinear los intereses del principal y su agente a través de incentivos.

Una manera de alinear intereses es, por ejemplo, premiando por medio de un pago no solo al contratista sino también a los subcontratistas de un proyecto que logren los objetivos trazados antes del plazo pactado. De esta manera todos los sujetos que intervienen en la construcción estarán interesados en facilitar y apoyar las labores de los demás, amén de motivar la identificación de objetivos comunes por sobre objetivos específicos o individuales. En otras palabras, el propietario de la obra verá satisfecho su interés contando con su obra antes del plazo y el contratista maximizará la rentabilidad de su contrato.

Muchos objetivos pueden ser materia de este mecanismo de alineación de intereses, como son la conclusión física de determinadas metas o milestones, la inexistencia de reclamos de terceros o trabajadores o la inexistencia de accidentes inhabilitantes durante el proyecto. Estas fórmulas de cooperación reducen la aparición de reclamos.

3.1.2 Cooperación

3.1.2.1 Partnering

El partnering es la búsqueda del esfuerzo de equipo, que permite a las partes establecer relaciones cooperativas de trabajo, a través de una estrategia formal de compromiso y comunicación mutuamente

diseñada, ya sea para un proyecto en particular o para mantener relaciones duraderas entre ellas.

En los proyectos particulares, generalmente se diseñan al inicio de la obra, luego de haberse seleccionado al contratista, efectuándose una reunión de inducción o retiro, en la que interviene el personal del contratista y propietario que tenga responsabilidades de liderazgo, técnicas o administrativas.

Los participantes son asistidos por un facilitador independiente a fin de comprender las necesidades e intereses de la contraparte, así como expectativas y objetivos del otro, reconozcan tareas comunes, inicien comunicaciones abiertas y establezcan procesos que eviten que cada una de ellas se reconozca como adversario de la otra.

Los pioneros de estos procesos fueron la Army Corps of Engineers, quienes han demostrado que este proceso favorece la cooperación y el esfuerzo de equipo.

Los pactos de partnering contienen acuerdos de buena fe y trato justo, entendiéndose como tales, a los deberes de respetar y hacer sus negocios dentro del marco legal que regula su actividad; ayudar y evitar estorbar la actuación de la otra parte; cumplir sus obligaciones diligentemente, cooperar, etc.

Pero este marco general se complementa con decisiones específicas de procedimiento relacionado con la forma de llevar a cabo reuniones, formas de llevar a cabo la evaluación de solicitudes de la otra parte, etc., dentro de un marco objetivo que permita que el partnering resulte efectivo y eficiente para concluir la construcción, dentro del presupuesto, en el plazo y de acuerdo al expediente técnico.

Llevando estos temas al Perú, debemos decir que estos esfuerzos son muy útiles en cuanto sean hechos seriamente, de manera permanente y no solo al inicio de la obra sino durante su ejecución.

Expliquemos por qué. Cuando la obra está por iniciarse, existe confluencia en las expectativas de ambas partes. No obstante, a medida que esta se desarrolla, las relaciones se van deteriorando fundamentalmente, porque en ingeniería no existe un proyecto perfecto ya que se trabaja sobre estimados, que se contrastan con la realidad durante la ejecución de la obra.

Así, las iniciales percepciones de las partes van migrando hacia una mutua y natural desconfianza. El Propietario llega a pensar que el Contratista está buscando incrementar sus ganancias, mientras que el Contratista piensa que al propietario le interesa pagar lo menos posible.

Para evitar esto, el *partnering* ser perfectamente utilizado en el Perú, siendo necesario que el facilitador permanezca durante el desarrollo del proyecto, hasta su conclusión, apoyado con profesionales y técnicos que ayuden a proponer soluciones y así maximizar sus beneficios.

A la fecha no conocemos de alguna obra -privada o pública- que haya desarrollado un programa de este tipo, razón por la que aún más creemos que este mecanismo innovará el tratamiento de la administración del conflicto en obras en el país.

3.2 Etapa de Control de Disputas

En esta etapa, si los esfuerzos preliminares no han logrado que las diferencias se eliminen, sino por el contrario que éstas subsistan, siempre las partes se encontrarán en la mejor condición para

controlar el conflicto y al hacerlo estarán en aptitud para resolverlo de manera eficiente. En esta etapa, encontraremos tanto mecanismos de control directo como aquellos que requieren de un tercero que ayude a las partes a resolver sus disputas.

3.2.1 Mecanismos de Control Directo

3.2.1.1 Negociación

La negociación es un proceso constante y presente en todas las facetas de la vida humana y derivada de la interrelación con otras personas, que aparece luego de percibir un conflicto, que debe ser resuelto para poder alcanzar determinados objetivos.

La actividad de la construcción no es ajena a lo expuesto, al contrario, la existencia de multiplicidad de sujetos y relaciones, es importantísimo para saber que a través de la negociación se puede controlar las disputas o controversias que surjan, a pesar de los procedimientos detallados en los numerales anteriores.

En el manejo de conflictos, la disputa surge a partir de visiones diferentes del mundo real, las mismas que a su vez ocurren, porque están basadas en valores, ideologías, creencias y aprendizajes diversos. El estudio de lo que es un conflicto, las variables que intervienen y cómo contribuyen en él, resulta de necesidad indispensable para comprender la forma de cómo debemos solucionarlos.

En la ingeniería y construcción, el monto de lo involucrado y la trascendencia de los asuntos hacen que sea una actividad proclive de suscitar conflictos entre las partes y por ende, las negociaciones deben ser rápidas, efectivas, completas y significar no solo una real solución de ésta, sino

también un aporte al contrato y a la ejecución futura de las obras.

Si los conflictos no son adecuadamente administrados, pueden usualmente desembocar en situaciones inadecuadas para una de ellas, que a la corta o a la larga generarán inestabilidad e inseguridad en la interacción humana vinculante. Por ejemplo, manejando el sencillo principio de la oportunidad, si un Contratista decide presentar sus reclamos en una etapa no adecuada, pero justamente crítica de la obra, generará la percepción en su contraparte, que lo que busca es utilizar la presión que genera dicha coyuntura para que se le reconozca su pedido. Esto nos lleva a la necesidad profundizar en el manejo de percepciones para que las partes finalmente entiendan la posición del opuesto en toda negociación a fin de darle un sentido de legitimidad a su pedido

Esta es la razón por la que en los últimos años el manejo del conflicto ha alcanzado el rango de toda una disciplina, existiendo en la actualidad más de cuatrocientos programas sobre “conflict management” en diversas escuelas de Derecho y Administración de los Estados Unidos de Norteamérica. En el Perú, no existe aún tal iniciativa. Ahora, cabe preguntarse cuáles son las características más resaltantes de una negociación en construcción:

- Es multiparte. Es decir, existen dos o más partes involucradas. En efecto, en la actividad de la construcción no solo intervienen dos partes sino muchas, como el proyectista, el contratista, el propietario, los subcontratistas especializados y el supervisor o inspector.

- Cada una de las partes anteriormente señaladas tiene interés o

conflicto con respecto a uno o más asuntos. Así por ejemplo, el proyectista quiere que se respete su proyecto en caso de encontrarse un error en él, generalmente entra en conflicto con el supervisor. El contratista aprovecha de presentar un reclamo, incrementando el precio. El supervisor tiende a su vez de reducir o en algunos casos a rechazar de inmediato el reclamo, representando a su mandante, el propietario de la obra, etc.

- Por lo general, la actividad de construcción, al igual que la teoría general de la negociación, involucra la presentación de posiciones y propuestas por una parte y la evaluación de éstas por la otra, seguida de concesiones y contra-propuestas. Así, la actividad se torna más secuencial que simultánea.

Los estilos utilizados en las negociaciones en construcción, al igual que en la teoría de la negociación en general, pueden clasificarse en tres:

- El estilo del “negociador duro”.- Es decir, aquel estilo que hace uso de estrategias coercitivas para lograr que la otra parte haga concesiones. Las partes tienden a tomar posiciones extremas y presionar por ellas sin considerar los intereses de su contraparte (y a veces sin considerar sus propios intereses). Por ejemplo, no es raro que el propietario de una obra con natural tendencia al estilo “negociador duro” amenace al contratista con resolverle el contrato a pesar de que ello le puede significar pérdidas económicas.

Esto es especialmente crítico en las obras públicas donde se sobreponen intereses formales a intereses reales –buena ejecución, por ejemplo- olvidándose los funcionarios públicos de que el interés no es la ley, sino la obra.

A todo ello, el contratista, con frecuencia, responderá con estrategias igualmente "duras", lo cual traerá como resultado que ambas partes se agoten y corran el riesgo de entraparse en un conflicto infranqueable.

Las consecuencias de este enfoque son relaciones conflictivas y el resultado de sus negociaciones tienden a ser soluciones disgregantes en lugar de ser soluciones integrantes.

- El estilo del "negociador suave".- Alude a aquellos que lucha por un acuerdo buscando por todos los medios no generar tensión o conflicto, otorgando concesiones fácilmente. Esto no es del todo extraño en la ingeniería y construcción, ya que para este estilo el objetivo es no poner en peligro la relación. Sin embargo, existe el riesgo de que los intereses y las necesidades básicas de las partes se mantengan insatisfechas creando problemas en el futuro. Estos negociadores pueden ser percibidos como "débiles" por los negociadores "duros".

- El estilo del "negociador que trabaja basado en principios".- Alude a aquellos que deciden sobre los asuntos basados en sus méritos y que buscan ganancias mutuas (soluciones integrantes) donde sea posible.

Este enfoque depende del entendimiento real de los intereses que subyacen tras sus posiciones y de la creación de opciones que los satisfagan o del uso de reglas estándar para guiar a las partes a un acuerdo adecuado, justo y satisfactorio. Con frecuencia, este enfoque, para la resolución de problemas por medio de la colaboración, fortalece las relaciones de trabajo a largo plazo.

No obstante, para este estilo negociador, en la construcción, requiérese ganar la confianza de la contraparte, ya que los intereses en conflictos y el estilo general

con que se desarrolla la construcción (la del no socio, la del adversario permanente) se constituye en una barrera de entrada a cualquier intento negociador.

Esta barrera, en obras públicas se ve permanentemente incrementada por la presencia distorsionadora de la Contraloría General de la República, que en muchos casos lejos de actuar como un real "auditor", actúa directamente tomando decisiones de gestión durante la ejecución de la obra, como es el caso de presupuestos adicionales que exceden del porcentaje legal limitante, a los que su ley orgánica las denomina "materia no arbitrable".

3.2.1.1 Negociación Directa

Surgida una controversia, que no ha podido ser manejada a través de procedimientos preventivos, quienes mejor conocimiento tienen de cómo resolverla son las mismas partes. Por ello, cuando aquí hablamos de negociación directa, nos estamos refiriendo a aquella negociación sin incluir a terceros.

Esta acepción "negociación directa" no alude solamente a que las partes serán las mismas, sino que los negociadores serán los mismos involucrados.

Es importante que una negociación sea temprana en la ejecución de la obra (cuanto antes mejor), sea rápida, tenga objetivos claros y que las partes sustenten sus pretensiones en fundamentos claros (técnicos, legales, etc.) y que no se limiten a llevar la negociación a una mera confrontación de posiciones o motivos estrictamente "de justicia".

El hecho de que la negociación sea directa, no quiere decir que el negociador directo no pueda actuar con asesoría, quienes inclusive pueden estar facultados a participar activamente pero respetando los

límites y prerrogativas que se les haya concedido o dentro del rol asignado por quienes tienen el poder decisorio en la negociación.

Ya que la actividad de la construcción es plurisubjetiva, el llegar a una negociación es casi inevitable; siendo por tanto importante que los negociadores tengan claro la conveniencia o inconveniencia que representa para ellos la conclusión de este mecanismo sin acuerdo alguno.

Es necesario señalar que en el Perú, las negociaciones en obra, son generalmente duras y pocas veces arriban a acuerdos ventajosos para las partes, ya que quienes viven – literalmente en las obras – sienten que es mejor que las decisiones importantes, para su tranquilidad, las tomen los niveles de superior jerarquía en la empresa. Esto, lo podemos entender -mas no justificar- por el pobre nivel de empowerment de nuestras empresas peruanas en general.

Nuevamente, en el caso de las entidades públicas, debemos referirnos a ellas con suma preocupación, ya que si bien la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado incentiva la utilización de mecanismos alternativos de resolución de controversias, como la conciliación, son muy pocos los casos en que se puesto en práctica. En muchos casos, el efecto “Contraloría” limita la capacidad del funcionario público para negociar; y lo que es peor, obligándolos a buscar que las decisiones que tomen no solo sean avaladas por su superior jerárquico, sino también –al final del día- por el propio tribunal arbitral o árbitro único de ser el caso.

Así, no es raro que al Tribunal Arbitral conformado se le acerquen las partes solicitando que ratifiquen las decisiones que ellas “extraoficialmente” han

tomado. Esta distorsión del mecanismo de negociación se debe a que no existen parámetros claros sobre qué negociar y qué no y cómo tomar decisiones costo – beneficio.

3.2.1.1.2 Negociaciones Ejecutivas

Las negociaciones ejecutivas se llevan a cabo cuando a un determinado nivel de la negociación directa no se ha logrado obtener el resultado positivo esperado; en otras palabras, cuando se ha visto, al menos momentáneamente frustrado un arreglo entre las partes, o éstas han decidido simplemente no discutir más sobre el tema en particular.

En este contexto, corresponde generalmente a los ejecutivos de las compañías que participan en la negociación retomar la discusión a fin de tender puentes de acercamiento entre las partes con el objetivo de restablecer las relaciones y propiciar un escenario favorable para que, posteriormente, aquéllos que tienen el poder decisorio, puedan encontrar la fórmula de acuerdo definitivo con arreglo a sus intereses.

Se debe destacar que, en ocasiones, la personalidad de los negociadores directos puede impedir el llegar a un acuerdo, por lo que las negociaciones ejecutivas, en las que los representantes de las partes (generalmente directivos) desprovistos ya de apasionamientos pueden lograr un acuerdo que respete y garantice los intereses de ambas partes.

El nivel de los ejecutivos que son imbuidos en la negociación no siempre es el mismo, pero se recomienda que sean ejecutivos del mismo nivel en todas y cada una de las partes. El objetivo es único, buscar objetividad Inter Pares, quienes además del problema de obra mismo, son

especialmente claros en los análisis globales del negocio.

En los Estados Unidos, incluso se dice que es mejor propender en esta etapa a separar en dos la negociación ejecutiva, a efectos de llegar a resultados de manera rápida y eficiente. ¿Cómo? Haciendo que sean gerentes quienes se encarguen de la primera parte de la negociación y que sean los Presidentes de las empresas los que se encarguen de la segunda parte, dándoles plazos ciertos para que lleguen a un acuerdo en la primera.

Esto hará que los gerentes tengan incentivos para demostrar su eficiencia, llegando a una solución integral dentro del plazo trazado, pues de no hacerlo estarían demostrando un cierto grado de “ineficiencia” frente a los Presidentes de sus compañías.

Muy por el contrario, de lo que se podría pensar, esto viene desarrollándose con relativo éxito en el Perú, y justamente porque ningún gerente de una mediana o grande compañía constructora querrá que su Presidente – quien le ha delegado no una negociación, sino la solución a un problema – pierda tiempo en asuntos que en teoría él mismo debe resolver.

3.2.2 Resolución No Obligatoria

En esta etapa se describirán aquellos mecanismos que pueden ser utilizados una vez que las negociaciones no han podido arribar a un acuerdo alguno. Empezaremos analizando aquellos mecanismos que promueven que las mismas partes tomen sus decisiones, y luego aquellas en que la opinión de un tercero no es obligatoria salvo que muestren su pleno acuerdo. A ello nos referimos con el término de “Solución no Obligatoria”.

Entre las alternativas de solución de conflictos, la mediación es la que más

desarrollo ha tenido en los últimos 30 años en la actividad de la construcción.

Su presencia ha significado reducción de costos legales, ahorro de tiempo, posibilidad de solventar cuestiones complejas en confidencialidad y la eliminación de incertidumbres, entre otras ventajas. Así, muchas compañías y firmas de abogados se interesan por la mediación y otros mecanismos alternativos como la conciliación-donde la solución, si es adoptada tendrá valor definitivo en la solución del conflicto, con el consiguiente ahorro de dinero y tiempo.

La complejidad de la actividad de la construcción, presenta un campo fértil para el desarrollo de la mediación, en la medida en que ésta ofrece soluciones orientadas a preservar la relación entre empresas y clientes, y evitan las paralizaciones de obras con sus costos consecuentes.

La Mediación y la Conciliación se han convertido en los medios más eficaces y menos onerosos que el Poder Judicial para la solución pacífica de sus disputas. La existencia de estas vías alternativas o medios extrajudiciales de solución de conflictos, en nuestros países -además de ser una solución de eficiencia y connotación privada- están también íntimamente relacionados con la identificación de diversas insuficiencias de nuestros sistemas judiciales. En otras palabras, existe un evidente déficit de recursos, dado que el índice de conflictualidad en la sociedad contemporánea supera largamente las asignaciones hechas a los sistemas judiciales, sobre la base previsiones generales.

La utilización de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, no niega la vía judicial, sino por el contrario busca su fortalecimiento como medio eficaz

de solución de conflictos debido a que por su utilización se puede reducir la carga de la administración judicial. Asimismo busca neutralizar la diversidad de conflictos derivándolos a un acuerdo entre las partes.

Nuevamente, nos toca mencionar que la industria de la construcción es especialmente proclive a buscar en estos mecanismos una alternativa eficiente de solución al Poder Judicial.

3.2.2.1 La Mediación

En sentido amplio puede afirmarse que el uso de la mediación contribuye a generar un cambio en la conducta de las relaciones humanas facilitando una mejor calidad de vida y promoviendo la paz social.

En este contexto, la mediación constituye un procedimiento no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo, objetivo difícil de conseguir cuando los conflictos, repetimos, deben dirimirse en sede judicial.

También puede ser definida como un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial (mediador) quien actúa como facilitador y conductor de la comunicación.

Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismos el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal.

Se trata de una instancia voluntaria a la cual asisten las partes interesadas solas o, en su caso, asistidas por sus abogados si lo

creen necesario. Su objetivo primordial es superar el conflicto, arribando a un acuerdo que evite la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia. Es un proceso donde no existen ganadores ni perdedores, pues todos los interesados se benefician de los acuerdos que se logren.

Es importante, señalar que en la mediación, las partes conservan la responsabilidad y el control de la controversia y no transfieren el poder de toma de decisiones al mediador. El mediador solo emite una opinión preliminar del caso, no obligatorio salvo que sea aceptada por las partes.

Efectivamente, la opinión preliminar que el mediador emita no será obligatoria, a no ser que sea aceptada por las partes ya sea expresamente o a través del transcurso de un plazo determinado, sin que la discusión sea llevada a sede arbitral.

Como señalamos, la actividad de la construcción es un terreno fértil de disputas y siendo ello así, la mediación es una alternativa para posibilitar la solución del conflicto. En este contexto habrá mayor o menor posibilidad de conflicto en cuanto las características de la obra las alienten o desalienten. Por ejemplo:

- Por la duración de la obra (si los plazos son holgados o muy cortos para el logro de las metas físicas establecidas)
- Por el número de personas que interactúan
- Por las variables condiciones de trabajo (aquí tiene mucho que ver la experiencia o información con que cuenten las partes al aceptar su intervención en la obra)
- Por la responsabilidad profesional,

- Por la interrelación de los subcontratistas especializados,
- Por la influencia del clima en los plazos previstos de entrega.
- Etc.

Frente a estas realidades, los actores ligados al sector de la construcción deben buscar la manera de:

- Evitar los conflictos o reducirlos al mínimo,
- Limitar los recursos dedicados a la resolución de conflictos (tiempo y dinero),
- Preservar la relación de trabajo y garantizar su continuidad mientras se resuelven las disputas.
- Utilizar el asesoramiento de peritos en la construcción, como opiniones no vinculantes.

Si esto es así, la mediación tiene a su favor, entre otras, las siguientes ventajas:

- Evitar que las relaciones comerciales se deterioren o destruyan como consecuencia de la tramitación de prolongados juicios.
- Informalidad y flexibilidad,
- Privacidad y confidencialidad,
- Rapidez y economía
- Hincapié en la resolución de asuntos esenciales, participación de las partes en oposición en la resolución de los conflictos, bajo riesgo y alto rendimiento potencial,

- La mediación tiene un alto índice de éxito debido a que para unos, ésta nunca falla, aun cuando las partes no logren llegar a una solución, ya que al terminar el procedimiento habrán logrado obtener una mayor comprensión de la controversia o, por lo menos, han logrado circunscribir la controversia a su verdadera dimensión;

- Iniciar un procedimiento de mediación supone pocos riesgos. Las partes siempre tienen el control de la controversia. Cada parte puede poner término a la mediación en cualquier momento, aun cuando estime que no avanza el procedimiento, que el procedimiento es muy oneroso o que la otra parte no actúa de buena fe. Por lo tanto, el compromiso de las partes con la mediación es revocable en cualquier momento.

En conclusión, la mediación constituye una alternativa interesante para la actividad de la construcción cuando algunas de las situaciones que se mencionan a continuación constituyen prioridades importantes para una o ambas partes:

- Minimizar el volumen de los costos inherentes en la solución de la controversia;
- Mantener el control del procedimiento de solución de la controversia;
- Una solución rápida;
- Mantener el carácter confidencial de la controversia; o
- Preservar o desarrollar una relación comercial subyacente entre las partes en la controversia;
- Brindar a los participantes la posibilidad de gestionar su propio acuerdo;

Sin embargo, debemos ser claros en señalar que este mecanismo no constituye un método apropiado, cuando involucran cuestiones jurídicas con pocos o ningún precedente, alto grado de incertidumbre sobre el resultado final; o cuando, la credibilidad de los protagonistas es dudosa, las partes o sus abogados son poco confiables en aceptar y asegurar un compromiso convenido.

Importantes cambios están ocurriendo en nuestro país en el modo de resolver las disputas y/o conflictos entre las partes. En años recientes, se han acentuado los procedimientos de mediación en aquellos contratos estatales de obra que cuentan con fuente de financiamiento internacional, como es el caso de los contratos que siguen los procedimientos de las guidelines del BID, etc.

En el sector de la construcción, probablemente uno de los más dinámicos en el Perú, a pesar de la aguda crisis experimentada*, es una alternativa privada, informal y eficiente de resolución de conflictos.

Cada vez y con más frecuencia en el Perú, los contratos de construcción vienen incorporando acuerdos de este tipo antes de recurrir al arbitraje o a un litigio.

3.2.2.2 Conciliación

La conciliación es igualmente un mecanismo alternativo no adversarial para la resolución de conflictos, mediante el cual las partes buscan, por sí mismas, la resolución de su disputa con la ayuda de un tercero neutral (Conciliador).

La conciliación se encuentra en la etapa de solución no obligatoria, ya que será solo la voluntad de las partes la que dará o no validez a las soluciones que proponga el

conciliador, en tanto no se dé esta situación, las propuestas del conciliador no vinculan a las partes.

En el Perú, se han realizado grandes esfuerzos para promover los beneficios de la conciliación en general, siendo legalmente obligatorio el recurrir a ella de manera previa al inicio de un proceso judicial, conforme la Ley de Conciliación.

No obstante, la realidad ha ido deslegitimando su función y naturaleza, limitándose a ser considerada como un paso previo al ejercicio de una acción judicial, debido justamente a una ausencia cultura conciliatoria; por lo que muchas veces incluso los propios abogados promueven que sus clientes no asistan a las citaciones, o si llegan a asistir, que lo hagan sin un real ánimo conciliatorio.

Para el caso de obra pública, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha establecido este mecanismo como un medio alternativo de solución de disputas en forma previa al arbitraje, lo cual fue y es una medida interesante, aun cuando en la práctica son realmente muy pocas las oportunidades que es utilizada esta herramienta con éxito.

3.2.2.3 Experto Neutral

La utilización de este método requiere de una persona especializada en determinada disciplina, cuya opinión sea solicitada, en aquellos casos en los cuales las partes involucradas se encuentren impedidas de dirimir una cuestión técnica por sí mismas.

La intervención de este profesional es resuelta de común acuerdo por las partes para la solución de sus conflictos, pudiendo ser tal opinión obligatoria salvo acuerdo de las partes. De igual manera, su designación

puede surgir del acuerdo de las partes o puede confiársele este encargo a los colegios profesionales.

En la industria de la construcción, debido –reiteramos- a su complejidad técnica, la aplicación de este mecanismo traería muchas ventajas, y en la práctica se ha venido haciendo; sin embargo, esta práctica ha ido marcado un derrotero poco auspicioso, debido a la cultura de litigiosidad tan arraigada en el entorno empresarial.

Aprecien que, luego de emitido el informe pericial, la parte “poco favorecida” y que muy probablemente es aquella parte que ha incumplido el contrato, tendrá el incentivo perfecto para seguir dilatando su cumplimiento, creando interpretaciones sobre alguna parte del informe pericial y de esta manera mantener viva la controversia para derivar finalmente en un arbitraje. Esta es la razón de la poca utilización de este método, que al final ha quedado subsumido por el arbitraje, como un medio de prueba privilegiado en la solución de temas técnicos.

Como se aprecia entonces, el experto neutral puede participar tanto en la mediación como en el arbitraje, aunque su actuación se encuentre reducida al esclarecimiento de puntos específicos cuya determinación depende de conocimientos científicos o técnicos de los cuales las partes, sus abogados o el mediador, carecen.

3.2.2.4 Mini juicios

De origen anglosajón, el mini trial es aquel procedimiento relativamente formal en el que las partes anticipan la actuación de un juicio a fin de tener una idea de su posible desenlace. Un asesor, neutral, supervisa el proceso y, en algunos casos, emite un fallo no obligatorio. En algunos

contratos de construcción que siguen determinados estándares internacionales que mixturán esta figura con la del conciliador o mediador.

Este es un procedimiento privado, confidencial, no obligatorio que tiene por finalidad preparar el caso y a las partes para una negociación ulterior. La característica más distintiva del mini juicio es que los abogados presentan sus casos no ante un juez, o a un árbitro o a un jurado o a una tercera persona con poder de tomar una decisión obligatoria, sino ante las partes mismas.

Es un excelente mecanismo para que los clientes, los dueños del caso, asuman el control sobre el mismo, puedan ver con más claridad las fortalezas y debilidades de sus casos respectivos y entonces se animen a sentarse en una mesa de negociación con elementos más objetivos que muy probablemente los harán más razonables y los impulsarán a llegar a un acuerdo. Con este método no se produce ningún tipo de decisión sobre el caso, pues las partes son quienes deben tomarla para fines de decidir si continúan el litigio o lo resuelven de manera amigable.

Distinto de cualquier otro método extrajudicial, el denominado mini juicio pretende implicar a los directivos de las empresas en la solución negociada de su disputa. Por lo tanto, las soluciones que puedan ser alcanzadas mediante esta técnica son solo vinculantes en la medida que así lo deseen ambas partes.

Los directivos de las partes escuchan a sus propios abogados exponer sus argumentos de hecho y de derecho como si de un juicio se tratase. Dichos directivos se constituyen en un panel con un tercero neutral e independiente, libre y previamente elegido por ambos, que coordina el proceso

y cuyo cometido es el de asistir a las partes en su propio proceso de negociación para resolver sus desavenencias.

Aunque no es necesario el intercambio exhaustivo de información o documentos, todo método extrajudicial no vinculante tiene más posibilidades de éxito cuanta más información obra en poder de cada una de las partes. Sin embargo, se adoptan las cautelas lógicas para que cualquier intercambio de dicha información —en caso de ser necesaria a juicio de las partes— se produzca de forma consensuada y siguiendo un protocolo previamente acordado por las partes.

Ambas partes habrán de estar representadas por sus abogados, y el tercero neutral o “consejero” habrá de ser un abogado. El consejero elegido por las partes limitará su función a:

- Ordenar el procedimiento según su finalidad;
- Presentar un informe que, basado en la presentación y documentación aportada por las partes, detalle su opinión respecto del resultado probable de un juicio ordinario;
- Aportar sus recomendaciones sobre la base las ofertas que cada parte presente para la consideración de la otra;
- Asistir a las partes en su proceso negociador.

La experiencia internacional muestra que los mini juicios se han utilizado en obras de gran envergadura, y quizá su poca práctica se haya debido a que éste requiere de mucha preparación previa para presentar los casos así como también a que algunos clientes de la construcción se

muestran reacios a “desnudar” sus estrategias en un ambiente que nos les garantice una solución definitiva a su reclamo. No está demás señalar, que en el Perú no tenemos experiencias al respecto.

3.2.2.5 Junta de Revisión de Disputas

Otro método utilizado es el llamado “Junta de Revisión de Disputas”, de utilización original y creciente en proyectos de construcción en el área pública en EEUU para luego extenderse como una práctica regular en los formatos contractuales europeos.

Estas juntas emiten opiniones de asesoramiento no obligatorias sobre las disputas traídas a su consideración, y el objeto es, estimular a las partes en arribar a una conciliación, advirtiendo a las mismas de los fundamentos judiciales y técnicos que los asesores han elaborado y que seguramente van a adoptar en sede judicial.

Por su parte la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) ha incluido en la última edición del Libro Rojo de 1999, los DAB (Dispute Adjudication Board), los cuales actúan como verdaderos paneles de adjudicación de conflictos derivados de una reclamación durante la ejecución de la obra. Esta modalidad está orientada a reducir los índices de conflictualidad en los contratos de construcción bajo este formato.

En el Perú, aún no tenemos experiencias al respecto; no obstante, si hay experiencias en el manejo de conflictos en contratos de obra bajo la edición anterior libro rojo el que crea la participación del Ingeniero como agente adjudicador de reclamaciones; sin embargo la serie de críticas y cuestionamientos sobre su imparcialidad ha permitido el cambio correctivo en la nueva edición.

3.2.2.6 Evaluación Neutral

La evaluación neutral es un proceso mediante el que un tercero, experto e independiente de las partes (evaluador), emite un informe respecto a las posiciones y argumentos de hecho y/o derecho de cada parte, así como un sumario de recomendaciones sobre las que las partes puedan construir su propio acuerdo y resolver sus desavenencias.

Desde su imparcialidad y experiencia profesional, el auditor que las partes elijan libremente ayuda a cada una a valorar sus respectivas posturas y argumentos. Además, el evaluador plantea en su informe recomendaciones independientes sobre los que las partes pueden construir un acuerdo exitoso.

La evaluación neutral no culmina en la obtención de recomendaciones propuestas por el evaluador, sino en el posterior acuerdo que éstas puedan alcanzar como resultado de su análisis y recomendaciones. Todo depende de los interesados que son en todo momento los protagonistas del proceso.

La meta de la evaluación neutral es el acuerdo entre las partes. La evaluación neutral tiene su fundamento en la equidad, privacidad, en la libertad de las personas para solucionar sus propios asuntos, y en los legítimos intereses de todas las personas o empresas que de un modo u otro se vean afectadas por un conflicto.

La evaluación neutral pretende por lo tanto:

- Reanudar o facilitar la comunicación entre las partes sobre la base del análisis y recomendaciones del evaluador.
- Obtener un análisis y recomendaciones atendiendo a cada situación concreta.

- Ayudar a las partes a alcanzar acuerdos duraderos.

3.3 Etapa de Resolución Privada Obligatoria

3.3.1 Arbitraje con Efecto Obligatorio:

El arbitraje es un modelo resolutorio heterocompositivo, de origen voluntario, que emerge del interés de las partes de someter un conflicto al conocimiento, trámite y decisión de un tercero neutral llamado árbitro.

El arbitraje, como medio de solución definitiva de controversias, es un mecanismo idóneo y eficiente en la búsqueda de modelos alternativos a la prestación del servicio de justicia. Por sus especiales características de economía, informalidad y celeridad, es ya una institución cuya dinámica es capaz de dar respuestas adecuadas a los litigantes.

Se ha dicho que es en la actualidad una verdadera necesidad del tráfico mercantil, por tratarse de un instrumento útil y eficaz para lograr una justa y rápida solución de los conflictos generados en múltiples relaciones y negocios jurídicos, como los que se dan en el sector de la construcción, por ejemplo. Su práctica activa, en forma paralela a la actuación de los órganos jurisdiccionales de la justicia, produce fecundos frutos para los interesados, debido a la posibilidad de elección de árbitros idóneos en la cuestión de debate (especialización), como a la celeridad en el trámite y en mayor grado al nivel de predictibilidad de sus fallos, contribuyendo a dar mayor estabilidad a las reglas de juego.

Es en suma, es una técnica de solución de conflictos que esencialmente en

pone en manos de un tercero la resolución definitiva de aquellos con efecto obligatorio para las partes.

3.3.1.1 Arbitraje en el Perú.-

La Constitución de 1993 contiene algunos de sus artículos disposiciones referentes al arbitraje, los mismos que tienen como fuente, las contenidas en la Constitución de 1979.

Actualmente, la Ley General de Arbitraje, aprobada mediante Ley N° 26572 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 5 de enero de 1996, sustituye las disposiciones que sobre esta materia tuvo la anterior ley general de arbitraje y a su vez las inicialmente contenidas en Código de Procedimientos Civiles de 1912 y posteriormente el Código Civil de 1984.

El Inciso 1 del artículo 139° de nuestra actual Constitución, considera a la jurisdicción arbitral como una jurisdicción de excepción a la del Poder Judicial, en forma similar a lo dispuesto en la Constitución de 1979.

Reforzando el principio de independencia del fuero arbitral frente al Poder Judicial, el primer párrafo del artículo 62° dispone que las únicas formas de solucionar los conflictos derivados de la relación contractual son la vía arbitral o judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplado en la ley. En tal sentido, el respeto a la independencia de esta jurisdicción, el artículo 18 de la Ley General de Arbitraje señala que los árbitros, en el ejercicio de sus funciones, no están sometidos a orden, disposición o autoridad alguna que menoscabe sus atribuciones.

De lo expuesto anteriormente, podemos establecer que -siendo una

jurisdicción de excepción- el arbitraje en el Perú tiene efecto obligatorio; es decir, que la solución dispuesta por el tercero elegido por las partes, mediante un laudo, compromete a las partes, obligándolos a respetarla y acatarla. Es así que el artículo 83° de la Ley General de Arbitraje establece textualmente que “El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.” Incluso, este mismo artículo, a fin de reforzar el carácter obligatorio del laudo señala que “Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquellos o a ésta se le hubiesen otorgado o convenido.”

Uno de los métodos de calificación del arbitraje es por su fuente. Así tenemos al arbitraje voluntario y forzoso. Es voluntario cuando son las partes en conflicto -actual o potencial- las que deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto hace la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza y de un reconocimiento tanto de la capacidad y pericia del árbitro, cuando de su sentido de equidad.

Por su parte, el arbitraje es forzoso cuando viene impuesto por voluntad del legislador, quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje. Este, por ejemplo, es el caso del arbitraje dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones para todas aquellas controversias surgidas entre el contratista y

el Estado durante la ejecución del contrato hasta su liquidación.

Hay que mencionar, que en el sector construcción (sea obra pública o privada) el arbitraje viene desarrollándose relativamente bien y cada vez su impulso nos coloca como uno de los países con un buen desarrollo del arbitraje en Latinoamérica.

3.3.1.1 La Práctica del Arbitraje de los Estados Unidos en el Sector Construcción

Es importante conocer la práctica del arbitraje en uno de los mercados más importantes para la actividad de la industria de la construcción, la cual anualmente genera más litigio que cualquier otro sector industrial de los Estados Unidos.

El reconocimiento de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (ADRs), son una respuesta a su eficiencia, rapidez y efectividad en el control de costos del conflicto. Además de las ventajas obvias de reducción de costos y retrasos, los ADRs han sabido encajar en las necesidades de la industria preparándola para los retos de eficiencia del siglo XXI.

La industria de la construcción ha desarrollado, durante un periodo de 30 años, en los Estados Unidos un modelo de reglas de arbitraje y mediación, los cuales se ven reflejados en la mayoría de contratos estándar de construcción. Estas reglas fueron desarrolladas en cooperación con la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), el proveedor líder en la prestación de servicios de resolución alternativa de disputas. La AAA se constituyó en 1926 como una organización pública sin fines de lucro, contando con 38 oficinas regionales en todo Estados Unidos y acuerdos de cooperación con instituciones arbitrales en

52 países. La AAA ofrece no sólo al sector construcción una alternativa para no acudir a las cortes judiciales, sino que ofrece reglas, procedimientos, panel de expertos imparciales en la materia y una agencia administrativa con más de 70 años de experiencia.

Mientras la necesidad de una solución de disputas en construcción crecía, la cláusula arbitral de la AAA se convirtió en una norma para la industria, después de aparecer en varios documentos formato del Instituto Americano de Arquitectos (AIA). En 1964, el comité formado por la alianza entre la AIA y la AGC recomendó la adopción de la AAA como único administrador del arbitraje en el sector de la construcción, pero sugirió que el comité ayudaría a la AAA a desarrollar procedimientos y paneles de árbitros específicamente capacitados en el tema (especialización). Consecuentemente, muchas organizaciones de la industria de la construcción, en sus formatos de contrato, ha pactado el uso de estas reglas. Hoy, las aproximada 14 asociaciones nacionales de la construcción que son miembros del Comité Nacional de Solución de Disputas de la Construcción (NCDRC), respaldan el uso de las Reglas de Mediación y Arbitraje para el Sector de la Construcción de la AAA.

Los acuerdos de arbitraje y los laudos relacionados con las disputas en construcción, son legalmente obligatorios y ejecutables virtualmente en cualquier jurisdicción, tal como se decidió en el caso *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction*.

Las cláusulas arbitrales deben insertarse en cualquier tipo de contrato entre propietarios, arquitectos, ingenieros, contratistas y subcontratistas. Las partes también pueden adelantarse e incluir en la

cláusula arbitral temas relacionados a la sede arbitral y la selección de los árbitros. Las partes incluso pueden acordar, antes de que el trabajo de construcción se inicie, que un experto de la industria de la construcción sea quien resuelva las controversias cuando éstas se susciten.

Si un conflicto surge durante la construcción de la obra en cuyo contrato no se pactó el sometimiento al arbitraje, es posible que por acuerdo de las partes, éste conflicto pueda someterse a él, previa suscripción de un acuerdo en tal sentido.

Las partes además tienen la opción de incluir un paso previo, es decir, pactar en sus contratos la cláusula de mediación – arbitraje (MED-ARB), el cual es un mecanismo híbrido de resolución de conflictos, por el cual la cláusula ofrece primero la solución del conflicto mediante la mediación, y luego, si la disputa aún no ha sido resuelta durante un periodo de tiempo determinado, se continúa con el arbitraje.

En este contexto, el arbitraje es un mecanismo que puede ser utilizado para resolver cualquier tipo de disputa, sin importar si la cuantía de la demanda es de \$5,000 o \$5 millones. Sin embargo, alguien que ha participado en un arbitraje, conoce que hay más diferencias significativas en este tipo de casos que en el monto mismo de la demanda.

Es por ello que se efectuaron cambios a las reglas y procedimientos de la AAA, tendientes a agilizar y simplificar el proceso, y a otorgar mayor autoridad a los árbitros. De esta manera se segmentó el proceso arbitral en tres métodos, basados en el monto y complejidad de la demanda. Adicionalmente al Método Convencional, se implementó un Método Rápido para las demandas pequeñas y un Método Largo:

Casos Complejos de Construcción.

Brevemente describiremos estos 3 métodos:

a) Método Rápido:

A menos que la AAA recomiende otra cosa, este método debe ser aplicado en casos cuya demanda o reconvencción no exceda de \$50,000. Sin embargo, las partes también podrán pactar la aplicación de este método a pesar de que la cuantía exceda los \$ 50,000, por ejemplo en aquellos casos que la prueba sea únicamente documental.

Este método establece que el procedimiento de arbitraje deba llegar a un laudo o acuerdo en un plazo máximo de 60 días de aceptada la designación de los árbitros. Hay que mencionar que los árbitros podrían extender este plazo en casos extraordinarios cuando la demanda así lo requiera. Por ejemplo, si las partes en pleno proceso acuerdan acudir a una mediación, la Asociación podrá dejar de observar estrictamente este plazo a fin de arribar a una solución.

b) Método Regular:

Este método debe ser aplicado en casos cuya demanda o reconvencción se encuentre entre los \$50,000 y \$1 millón. Aquí las facultades de los árbitros se extienden. Los árbitros, a diferencia del caso anterior, pueden ordenar la actuación de una prueba de oficio, bifurcar el procedimiento, excluir evidencia repetida o irrelevante, y, tal vez, lo más importante, dirigir a las partes a centrar sus presentaciones en asuntos decisivos (puntos controvertidos). De igual forma, las facultades de las partes en este método, a diferencia del Método Rápido, son más amplias.

c) Método Largo: Casos Complejos de Construcción:

Este método se aplica en casos que involucran demandas de al menos \$1 millón, en lo que se requieren de mayor atención en la presentación y análisis probatorio, contando los árbitros con facultades extendidas.

Pero, sin importar el tamaño de complejidad de la disputa, hay un elemento crucial que debe estar presente para asegurar el éxito del arbitraje, y es que La AAA ofrece a profesionales neutrales, especializados en distintas materias vinculadas a la construcción, para resolver los conflictos del sector. Los miembros de la Asociación resuelven de acuerdo a los procedimientos aprobados por la AAA y el Código de Ética de Arbitros o el Modelo Estándar de Conducta de los Mediadores, según sea el caso.

Habiendo reconocido que la figura del árbitro o mediador es vital en un proceso de solución de disputas, la AAA también llevó a cabo una revisión y subsiguiente redefinición de su Lista Nacional de Árbitros y Mediadores. Como resultado de ello, la AAA tiene ahora una lista bastante pequeña, dándole mayor importancia a la calidad, experiencia y capacidad de asumir demandas complejas y solicitudes de asesoría. La Lista Nacional, la cual inicialmente estaba compuesta por aproximadamente 50,000 miembros, se redujo a 15,000 miembros.

A los Comités Regionales de Asesoría en Construcción, localizados en ciudades y estados, se les encargó la aprobación de las aplicaciones de los panelistas, la determinación de la compensación de los árbitros, y monitorear el tamaño y calidad del panel. Estos grupos de trabajo subrayaron como cualidades para los árbitros en construcción, los siguientes:

- Experiencia.- El aplicante deberá tener un mínimo de 10 años de experiencia. Los abogados deberán haber realizado práctica por lo menos 10 años y los últimos 5 años debe haberse dedicado a tratar temas vinculados a la construcción. Los miembros de la industria deben haber tenido por lo menos 10 años de experiencia en construcción, y durante dichos 10 años, por lo menos 5 años deben haber preferentemente ocupado puestos gerenciales.

- Carácter.- Los árbitros deben tener una sólida reputación de imparcialidad, paciencia, buen juicio, integridad y prestancia para atender la controversia.

- Habilidad y Disponibilidad para Servir.- Los casos importantes deben ser tratados en días consecutivos o al menos en largos bloques de días consecutivos. La vida profesional del aplicante debe permitir dicho compromiso de tiempo.

- Evaluaciones, Entrenamiento.

El desarrollo del arbitraje en el sector de la construcción en los Estados Unidos se sustenta en una sólida columna: "Buenos Árbitros como única garantía de buenos arbitrajes".

3.3.2 Juzgamiento Privado

Este método es utilizado con relativa frecuencia en la actividad de la construcción en los Estados Unidos.

Referirse al juzgamiento privado, significa tener no un solo procedimiento sino en mente muchas posibilidades:

a) El Juzgamiento Privado puede simplemente ser tomado para sugerir que un ex-juez actúe como un tercero neutral en cualquier proceso de ADR, sea obligatorio o no.

- b) El Juzgamiento Privado o adjudicación privada son términos que pueden ser tomados para sugerir que un formato similar al judicial sea utilizado en un proceso arbitral obligatorio, en lugar de un formato menos formal que usualmente es atribuido al término “arbitraje”.
- c) El Juzgamiento Privado puede ser tomado para sugerir que las partes busquen resolver su disputa tomando ventaja de una estructura de “proceso por referencia o derivación” establecida en sus normas estatales. Este tipo de estructura o formato existe en la legislación de varios Estados junto con ciertas leyes que regulan el arbitraje. Las leyes de “proceso por derivación” permiten a las partes darle a un ex-juez, el poder para emitir, en su caso, una decisión obligatoria bajo un marco legal específico en el cual, tal decisión se convierta en el equivalente a una decisión emitida bajo un proceso judicial regular, incluyendo el derecho de apelación (es decir un proceso dentro de las cortes de justicia).

Dado que existen diferencias críticas, tanto en las leyes de cada Estado, como en los reglamentos de las cortes, una sola definición de Juzgamiento Privado no sería suficiente para capturar todas las variantes que aquél encierra. No obstante, el siguiente resumen presenta elementos claves:

El Juzgamiento Privado es un proceso anexo al proceso judicial (el proceso llevado frente a las cortes de justicia), disponible cuando la legislación estatal o los reglamentos de las cortes locales permiten la derivación o referencia de casos a un tercero neutral. Esto implica lo siguiente:

- (i) Una presentación formal del caso como la usada en las cortes de justicia en los procesos regulares; generalmente observando formalidades tradicionales y siguiendo las reglas procedimentales y de presentación de evidencia (reglas probatorias);
- (ii) El caso es presentado por un consejero; y tanto éste, los testigos, y la evidencia documentaria siguen en esencia las reglas de un procedimiento regular;
- (iii) Un tercero neutral elegido y retribuido de manera privada. Usualmente se trata de juez en retiro el cual preside como un juez y quien además tiene los mismos poderes;
- (iii) Un secretario privado de la corte, lleva un registro de los procedimientos (es decir, de lo actuado)
- (iv) El juez privado reporta su decisión a la Corte de Derivación (es decir un referring court, una corte encargada de derivar la causa a un juez privado) y la decisión toma fuerza como si hubiese sido decidida por una corte; y
- (v) El derecho de las partes a apelar, revisar y solicitar se ordene el cumplimiento de la decisión es el mismo que tuvieran de haber sido partes en un proceso judicial regular frente a las Cortes de Justicia.

Las partes que deciden involucrarse en un Juzgamiento Privado pueden, por lo general, combinar las características más favorables y deseadas de métodos de resolución de disputas privados y públicos.

La arista “Privada” permite a las partes que la disputa sea adjudicada a un tercero neutral escogido por ellas mismas. Limita o elimina el acceso público al

proceso de resolución de la disputa y permite a las partes acomodar los procedimientos legales. La arista “Juzgamiento” da al tercero neutral elegido la mayoría de los poderes de una corte y equivalente función, lo que incluye los mecanismos para una apelación.

El Juzgamiento Privado, tal como lo hemos definido, existe solo en aquellos lugares de Estado Unidos donde está autorizado por Ley.

Los Acuerdos de Juzgamiento Privado son solo ejecutables en tanto cumplan estrictamente con los requisitos establecidos bajo la Ley aplicable.

Las Leyes Estatales pueden referirse a los jueces privados como árbitros, jueces especiales u oficiales del juzgado. Típicamente, las partes emiten su voluntad y envían por escrito a una Corte Estatal un pedido solicitando un árbitro. La Corte otorga una Orden de Derivación. El poder del árbitro puede estar limitado o definido por los términos establecidos en la Orden de Derivación. Un árbitro especial está típicamente embestido del poder para conducir una parte del proceso. Una Orden de Referencia General otorga al árbitro el poder para conocer de todas las materias de la controversia y emitir una decisión obligatoria.

El Juzgamiento Privado ha sido autorizado en más de un cuarto del total de los estados de Estados Unidos y dentro de éstos sus leyes de Juzgamiento Privado pueden ser clasificadas dentro de uno de los siguientes 3 tipos: Viejas leyes autorizando procesos con árbitro, Leyes Modernas de métodos alternativos de resolución de disputas integrados y leyes “aspiracionales”.

La mayoría de leyes corresponden al grupo de viejas leyes de procesos con

árbitro, las cuales entraron en vigor para permitir que las partes escojan un árbitro que posea el conocimiento suficiente para evaluar una disputa comercial compleja. Las Leyes de los Estados de New York y California son ejemplos de este tipo de Viejas Leyes que otorgan amplios poderes a árbitros generales.

Las Leyes Modernas, como la del Estado de Indiana, sitúan al Juzgamiento Privado dentro de un sistema coherente de métodos alternativos para la resolución de disputas. En contraste con las Viejas Leyes, las Leyes Modernas pueden dar solución a aspectos constitucionales haciendo de los requerimientos para notificar y dar aviso cercano a aquellos usados en un proceso regular por un juez público.

Por lo general, las Leyes Aspiracionales (como las del Estado de Arkansas) promueven y autorizan el uso de métodos alternativos de resolución de disputas, pero no indican cómo debe ser estructurado un acuerdo entre las partes, para tener la seguridad de que será interpretado como uno de Juzgamiento Privado y no como uno de arbitraje.

La “*derivación por consentimiento*” consiste en que ambas partes de una disputa sobre temas de construcción eligen el Juzgamiento Privado y voluntariamente obtiene una referencia o derivación judicial a un juez privado, luego de haber evaluado los méritos de otros métodos alternativos de resolución de disputas y los méritos del litigio tradicional ante una Corte.

En la mayor parte de jurisdicciones que permiten el Juzgamiento Privado, una corte solo puede ordenar una derivación sin el consentimiento de las partes en el caso que el Juez que deriva determine que el proceso requiere de un examen largo y

complicado o cuando determine que ciertos temas fácticos serán mejor atendidos e inicialmente decididos por un árbitro privado. Usualmente, las Órdenes de Derivación obligatorias restringen los poderes del árbitro a la decisión de cuestiones específicas de hecho, pero también pueden permitir que el árbitro decida sobre toda la materia. Si la Corte designa al árbitro, las partes pierden la ventaja de escoger al juez, y la parte que falla en objetar la derivación obligatoria puede perder su derecho a un proceso judicial regular. Por otro lado, los hechos establecidos por un árbitro designado por la Corte sin consentimiento de las partes no son finales ni obligatorios, y deben ser reportados y adoptados (es decir aceptados) por la Corte que designó o derivó.

Las calificaciones para ser árbitro varían de acuerdo a cada jurisdicción. Por ejemplo, Indiana y Texas restringen el Juzgamiento Privado a jueces en retiro. El Estado de New York es más liberal, pueden ser árbitros, jueces en retiro, abogados admitidos para ejercer dentro del Estado, u otras personas elegidas por las partes. El Estado de California provee de una lista de bases para objetar la designación de un árbitro (por ejemplo, el no tener las calificaciones señaladas por la ley o en caso de conflicto de intereses).

Por lo general solamente es necesario designar un solo árbitro. La mayoría de Estados permiten que las partes designen hasta 3 árbitros. Algunas jurisdicciones, como New York, no ponen límites en el número de árbitros.

En la mayoría de Estados, en circunstancias en las que hay una referencia o derivación de todas las materias relacionadas al proceso, las partes pueden simplificar las reglas del proceso y los

procedimientos puede seguirse en una atmósfera informal.

Algunos señalan que el Juzgamiento Privado les permite a las partes resolver su disputa en secreto. No obstante, en algunos Estados, el componente “privado” encierra solo una elección privada del árbitro y una responsabilidad privada por la retribución de aquél. Notificaciones públicas (avisos) y requisitos de asistencia permiten que personas interesadas vean el transcurrir del proceso.

Típicamente un árbitro prepara reportes escritos que separan conclusiones de hecho y de derecho. A menos que las partes pacten de otra manera, la evidencia recibida en el proceso es archivada con el reporte. El reporte de un árbitro general, tiene en la mayoría de jurisdicciones los mismos efectos que la decisión emitida por una Corte. Si el poder apelar de una decisión de un árbitro es un factor importante en la elección de un proceso por referencia o derivación, y la Ley no delinea el formato que el reporte del árbitro debe observar, entonces las partes pueden pactar que el árbitro deberá emitir una opinión explicando su decisión.

En un Juzgamiento Privado “el derecho de apelar se mantiene”, y una apelación de la decisión de un árbitro debe ser llevada en la misma manera en que se apela frente a una Corte. A pesar que las partes de un proceso por referencia tienen por ley el mismo derecho a apelar al igual que litigante en un proceso regular, la parte que decide apelar enfrenta un análisis judicial de los términos del acuerdo de Juzgamiento Privado adyacente. Si el acuerdo escrito no sigue los requerimientos establecidos por Ley de manera exacta, la Corte de Apelación puede decidir que las partes tenían la intención de someterse a un proceso arbitral en lugar de un proceso de

Juzgamiento Privado. No hay derecho de apelar de la decisión de un árbitro basándose en los méritos, y la decisión de aquél resultaría final y obligatoria a menos que el apelante demostrara un grave defecto procesal.

Ventajas y Desventajas de un Juzgamiento Privado

Los ADRs no obligatorios, tales como la mediación, el mini-proceso, son usados para

incrementar la probabilidad de alcanzar más rápidos, menos costosos y algunas veces mejores acuerdos de los que serían alcanzados si las partes procedieran de manera más tradicional. Los ADRs con carácter obligatorio, tales como el arbitraje y el Juzgamiento Privado son usados cuando las partes creen que probablemente se necesitará de una decisión obligatoria de un tercero para resolver su disputa, habiendo antes señalado que existen ventajas en controlar de manera privada el proceso.

Diferencias entre el Juzgamiento Privado con otras formas de ADRs y Proceso Judicial

Características	Mediación	Arbitraje	Juzgamiento Privado	Proceso Público (regular)
¿Quién decide el resultado?	Las partes deben estar de acuerdo con la decisión	Tercero neutral es elegido por las partes	Tercero Neutral elegido por las partes	Tercero Neutral pero las partes no controlan su designación
¿Es la decisión obligatoria?	No	Si	Si	Sí
¿Es la decisión apelable?	La apelación es innecesaria pues no es obligatorio	Si las partes lo pactan. Solo es cuestionable el laudo por aspectos formales	Si, se puede apelar basándose en los mismos términos de un proceso regular	Si
¿Es el proceso privado y confidencial?	Si	Si	Puede ser, sin embargo la Ley puede imponer ciertos avisos de manera pública y ciertos requisitos para reportar lo actuado.	No
¿Se aplican el derecho sustantivo?	No	Si	Sí	Sí
¿La decisión tiene carácter de precedente?	No	No	No	Sí

El Juzgamiento Privado ofrece varias ventajas a aquellas partes que atendiendo a la relación costo-efectividad buscan un mejor método para obtener una decisión obligatoria que creen es similar a la que podrían obtener en un proceso regular frente a las Cortes. Algunas ventajas las comparte con el arbitraje, otras son únicas:

- a) Las partes pueden escoger a un tercero encargado de tomar la decisión quien tiene experiencia en la industria de la construcción.
- b) Las reglas y procedimientos de las Cortes pueden ser modificados con el consentimiento de las partes.
- c) En muchas jurisdicciones el procedimiento toma lugar en locaciones privadas, no hay requisitos de avisos o notificaciones públicas y la transcripción y las pruebas pueden ser excluidas del reporte del árbitro.
- d) Las disputas pueden ser resueltas rápido si las partes acuerdan participar de procedimientos continuos.
- e) La decisión de un juez privado puede ser apelada sobre sus propios méritos.

Este método al margen del sistema legal en el cual opera, responde justamente a esa necesidad infatigable de los actores de la industria de la construcción por encontrar caminos eficientes a la solución de sus disputas.

4. CONCLUSIONES

4.1 Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias son métodos que permiten a las partes, en una actividad tan costosa, plurisubjetiva y con tantas externalidades, solucionar eficientemente los problemas

que llegan a presentarse durante la ejecución de una obra.

4.2 Mientras mayores esfuerzos hagan las partes por evitar que el conflicto surja, o en el caso de surgido éste, mayores esfuerzos hagan por controlarlo y resolverlo, menos costosa será la contingencia que enfrenten.

4.3 Mientras más rápida sea la etapa del conflicto más barata será la resolución y más eficiente será la administración de los contratos de construcción. Esto exige voluntades y reglas claras en la administración del conflicto.

4.4 En el Perú, es posible establecer la mayoría de los mecanismos detallados en el presente trabajo; sin embargo, no basta en que éstos se pacten en los documentos contractuales, sino que se lleven a cabo a través de profesionales con experiencia y preparación en estos temas. Se requiere de conciliadores y árbitros idóneos y especializados en la materia que garantice una adecuada solución al conflicto.

4.5 En el Perú, intervención de la Contraloría General de la República ex-ante conflicto incrementa innecesariamente los costos de transacción involucrados en una obra pública, que luego inevitablemente son trasladados en el costo final de obra, los cuales terminan finalmente siendo pagadas por los ciudadanos en general.

4.6 En el Perú es clara la ausencia de una cultura de negociación, solución de disputas y de cambio de adversario a socio. No obstante, la práctica ha demostrado que los mecanismos alternativos pueden dar éxitos tangibles en relativamente poco tiempo. Para ello, resulta preciso incidir en la formación de quienes están bajo de la dirección de sus empresas.

BIBLIOGRAFÍA

1. "Construction or Minimizing Construction Litigation" Jonathan J.Sweet. Wiley Law Publications. 1993.
2. "Construction Dispute Resolution Formbook". Cushman, Myers, Butler & Fisher. Wiley Law Publications. 1997.
3. "Construction Claims. Current Practice and Case Management. Jeremy Hackett. LLP Professional Publishing. 2000.
4. "How to Get Paid. For Construction Changes". Steven S. Pinell. Mc Graw Hill. 1998.
5. El Negociador Completo. Gerard I. Nierenberg. Editorial LIMUSA S.A. Primera Edición. México. 1994.
6. Negociación Integral. Pinkas Flint. Editorial Grijley E.I.R.L. Primera Edición. Lima. 2003.
7. Técnicas Básicas y Procedimientos para Negociadores. Copyright 2001. Institute of World Affairs. Pennsylvania .Washington, DC 2003.
8. El arbitraje en el derecho latinoamericano y español: liber amicorum en homenaje a Ludwik Kos Rabczewicz Zubkowski Louis Perret, Ulises Montoya Alberti Cultural Cuzco; University of Ottawa, 1989.
9. Negociación, conciliación y arbitraje: mecanismos alternativos para la resolución de conflictos Roque Caivano, Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (APENAC), 1998.
- 10.Libro Rojo FIDIC Edición Setiembre 1999. Condiciones de Contratación para la Construcción.