

LA CONSTRUCCIÓN Y LOS LITIGIOS

Por Esteban Ramón Ymaz Cossio

I. PRÓLOGO

1. En la suerte de la lectura, dimos con el “Manual sobre Arbitraje y Solución Alternativa de Litigios en la Construcción” de la American Arbitration Association¹, del que trataremos de dar cuenta aquí agregando algunos comentarios sobre la práctica nacional.

2. La obra contiene consideraciones provocativas, como la afirmación de que “la industria de la construcción de los Estados Unidos está enferma”, o la calificación de su “terrible naturaleza litigiosa”, o el juicio de que es “una de las industrias menos eficientes del país ” por “la danza antagónica entre las partes, la cual crea un constante estado de confrontación”, con la conclusión de que es “irónico que la industria del país que depende más que todas las otras de la coordinación, de la cooperación y del trabajo en equipo entre sus múltiples participantes, sea la industria con más antagonismo”.² Incluso se dice, que mucha gente llegó a pensar que “la industria de la construcción se litigaría a sí misma fuera de la existencia”.³

3. Con el pragmatismo norteamericano, la obra añade que los costos resultantes para la industria por los honorarios pagados a

¹ American Arbitration Association, “*Handbook on Construction Arbitration & ADR. Second Edition*”, New York, Juris, ed. 2010. La obra se compone de 8 partes, divididas en 54 capítulos que en realidad son contribuciones de distintos autores. En lo que sigue, se citará el autor, el número del capítulo y su título, y las páginas del libro que respaldan el comentario del texto.

² James P. Groton, Capítulo 9, “*Alternative Dispute Resolution and Prevention in the Construction Industry*”, pág. 85, primer párrafo, y sus citas.

³ James H. Keif, Capítulo 10, “*Hybrid ADR in the Construction Industry*”, pag. 104, segundo párrafo.

Mentor
Esteban Ymaz †

Mariscal Ramón Castilla 2971 - C1425DZE - Buenos Aires - República Argentina - Tel.: (54-11) 4803 3663 (Lin. Rot.) - Fax: (54-11) 4803 3660
E-mail: estudio@estudioymaz.com.ar - www.estudioymaz.com.ar

El Sistema de Gestión de Calidad de Estudio Ymaz Abogados ha sido certificado cumpliendo todos los requisitos de la Norma ISO 9001:2008, con el siguiente alcance: “Diseño de Soluciones Jurídicas. Asesoramiento y Litigios en Derecho Administrativo, Derecho Empresario, Protección de Inversiones Extranjeras y materias conexas, incluyendo liderazgo de equipos de trabajo. Intervención y seguimiento de contrataciones complejas. Recurso Extraordinario. Arbitrajes”.





los abogados, a los consultores en reclamos⁴, y a los *expert witness*, y por la pérdida de tiempo de las partes mismas, son incalculables, por lo que se está desarrollando desde hace años una revolución silenciosa en la industria de la construcción norteamericana, para encontrar maneras de tratar su clima de litigiosidad.⁵

4. Este grado de conflictividad no es la situación común en la Argentina en la construcción privada, donde soluciones negociadas para llevar adelante el proyecto suelen ser de práctica, y donde no hay un hábito generalizado de litigar de los destinatarios finales de la obra cuando se trata de desarrollos inmobiliarios, si éstos no responden completamente a sus especificaciones comprometidas, y menos de hacerlo en conjunto como ocurre en los Estados Unidos.⁶

5. No obstante, en algunos casos de grandes proyectos industriales o vinculados con la infraestructura, si se dan situaciones conflictivas que no se pueden resolver por negociaciones entre las partes.

6. Una actitud de antagonismo más acentuada se suele dar en la construcción pública, según las dificultades del proyecto y las modalidades, o culturas, de cada empresa contratista y de cada repartición pública.

7. Por lo que no resulta inútil para la práctica local, continuar dando cuenta como nos propusimos al comienzo, del contenido de este Manual para prevenir y resolver conflictos en la construcción, en lo posible sin litigios.

⁴ Estas consultorías son de práctica en Norteamérica y en Gran Bretaña, y en menor medida, en Europa continental. En ocasiones han intervenido en grandes proyectos nacionales, como el de la Represa de Yacyretá. También se propuso trasladar a otros países la pericia (*expertise*) argentina en reclamos por la inflación en grandes obras, como las de la Central Nuclear Atucha II.

⁵ James P. Groton, Capítulo 9, “*Alternative Dispute Resolution and Prevention in the Construction Industry*”, pág. 86, primer y segundo párrafo, y sus citas. La expresión *expert witness* no se puede traducir con exactitud como perito de parte. El *expert witness*, como un perito, hace una apreciación sobre los hechos controvertidos según sus conocimientos especiales, pero no como un dictamen pericial, sino como la declaración de un testigo propuesto por una de las partes. Por lo que en el texto se mantuvo esta expresión en la lengua original.

⁶ Jack Kemp, Capítulo 12, “*Dispute Resolution Using a Neutral Architect*”, pág. 123, donde se alude a los muy habituales reclamos de las asociaciones de propietarios contra el desarrollador en los desarrollos inmobiliarios, a raíz de los problemas en la construcción de las unidades que descubren los propietarios al ocuparlas, y el recurso a un arquitecto imparcial como método para resolverlos.



II. PREVENCIÓN DE CONTROVERSIAS

8. La primera medida para lograrlo, es la de manejar los riesgos y evitar las controversias.

9. Se recomienda aquí, recurrir a contratos que unan el proyecto y la construcción (*design-build*) en el contratista principal, denominado proyectista-constructor (*design-builder*), que tienden a prevenir los conflictos basados en errores o lagunas de los proyectos o especificaciones prescriptivas (que en estos contratos se recomienda que sean sólo de cumplimiento de condiciones establecidas), cuando son provistas por el comitente. Esto, acompañado de una apropiada adjudicación de riesgos y del reconocimiento de que las controversias se pueden presentar, con mecanismos para evitar que se conviertan en litigios, y una similarmente apropiada relación entre el contratista principal, y el proyectista, los proveedores, los subcontratistas y los gremios a su cargo.⁷

10. Desde el punto de vista del contratista, se aconseja hacer un buen estudio preliminar previo a la oferta de los riesgos del proyecto, usar equipos para preparar ese estudio compuestos tanto por la parte comercial como por la técnica de la empresa, evitar propuestas con márgenes escasos confiando en que los adicionales la mejorarán⁸, pues generalmente esto no debería ocurrir. También se aconseja, tomarse el tiempo necesario para preparar un buen contrato, adjudicando debidamente los riesgos analizados antes, estipular un contrato justo y en lenguaje llano, porque un contrato en lenguaje críptico y que favorece excesivamente a una parte puede sabotear el proyecto⁹, evitar repetir fórmulas de otros contratos que pueden ser inadecua-

⁷ Para todo esto, Michael C. Loulakis, Capítulo 1, “*Avoiding Disputes in the Design-Build Environment*”, pags. 3/11. Las designaciones de contratista y comitente son las de nuestra legislación actual (Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1251) y se ha optado por ellas, aunque en la obra se usan las designaciones habituales en el derecho comparado, de constructor y de propietario, o de propiedad en España, o de contratante en contratos bajo los modelos FIDIC (sigla de su nombre francés de *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*, pero más conocida por su nombre en inglés, de *International Federation of Consulting Engineers*), o similares. En la Ley Nacional de Obras Públicas 13.064, las designaciones son de contratista y Administración.

⁸ Práctica que no deja de darse en la experiencia nacional.

⁹ Estas dos sugerencias, negociación detallada del contrato y contrato sencillo sin desequilibrios notables, son prácticamente imposibles de lograr en los contratos de construcción pública, por los principios de la licitación pública que son su regla. En otros países se han mostrado muy eficientes con contratos a medida del proyecto (*taylor made*), cuando éste es de gran entidad. La contratación negociada con o sin



das para el que está en curso, incluir cláusulas de mediación y de arbitraje, realizar una transferencia suave entre el equipo comercial que logró la contratación y el jefe de proyecto que la ejecutará, y estar alerta a las señales de potenciales controversias para resolverlas rápidamente sin dejar que se acumulen.¹⁰

11. A los abogados, se les recuerda que evitar la litigiosidad depende de hechos anteriores a que ellos comiencen las negociaciones del contrato, como son los de que el comitente elija participantes capaces y experimentados para el proyecto, que estén comprometidos con él y que trabajen bien juntos, que adjudique bien los riesgos sin buscar conservar todos los beneficios sin asumir ningún riesgo, y que esté dispuesto a tomar decisiones rápidamente, y a resolver las controversias tan pronto como aparecen, que las compañías que intervengan en el proyecto sean estables, con escasa rotación de personal, y que los abogados estén alineados con llevar adelante el proyecto¹¹.

12. Para esto último, se les señala a los abogados que deben modificar su rol clásico contencioso para actuar más como asesores de negocios, educándose en la economía del ramo, involucrándose temprano en el proyecto, introduciendo a su cliente en la conveniencia de alinearse con el proyecto, animándole a que toma la iniciativa en las negociaciones y a que amplíe su experiencia, dejando de pensar que el contrato evita completamente los riesgos, tomando riesgos razonables, cambiando la mentalidad de pensar

previa presentación de ofertas, es un método reconocido de contratación pública en el derecho comparado, en países donde se presupone la honestidad de los funcionarios que la llevan a cabo (Laurent Richer, *“Droit des Contrats Administratifs. 5e. édition”*, París, 2006, págs. 471/481). Hubo un ejemplo notable en el país, en la originaria contratación de las obras civiles de la Central Nuclear Atucha II realizada bajo un régimen especial. El Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el decreto n° 893/2012, prevé la práctica usada en las concesiones viales nacionales, de las contrataciones con *data room*, que suponen una negociación colectiva entre los posibles oferentes y el comitente de los términos del contrato. Pero salvo en la inauguración de este sistema en los Accesos a Buenos Aires, en los otros casos ha sido más una fórmula que una negociación real.

¹⁰ Para todo esto, Luc Picard, Capítulo 2, *“Strategies to Prevent Construction Contracts Disputes”*, págs. 13/18.

¹¹ Ava J. Abramowitz, Capítulo 4, *“The Key to Claims-Free Projects: Identifying and Managing Construction Project Risk”*, págs. 23/26, con datos de las encuestas realizadas entre arquitectos e ingenieros sobre los principales factores que previenen o empeoran las controversias.



en litigar cada vez que su cliente se siente amenazado, y buscando en cambio soluciones conciliatorias.¹²

13. Se considera que, según los casos, otra forma posible de reducir conflictos es la renuncia contractual a daños colaterales o indirectos¹³, porque al reducir la viabilidad y monto de los reclamos evita que se intensifique la atmósfera de antagonismo.¹⁴

14. También se ha propuesto recurrir a la *adjudication* inglesa, un sistema de vía rápida (*fast-track*) para la resolución de divergencias, que consiste en el planteo del reclamo ante la otra parte y un *adjudicator*, la respuesta en un breve plazo, usualmente 14 días), de la otra parte, eventualmente, una audiencia, y la decisión del *adjudicator* habitualmente en 28 días, que es ejecutoria aunque apelable a la Justicia o a un tribunal arbitral. Con lo que no se compromete la viabilidad del proyecto si están en juego decisiones sobre él o sobre pagos necesarios para el contratista, cuya dilación puede llevar a la paralización de la obra. Este sistema tiene alguna similitud con el de los comités de revisión de controversias, aunque en el caso de éstos, con procedimientos y plazos más largos, y decisiones no ejecutorias.¹⁵

15. Se analizan las posibilidades de la mediación para reducir la cantidad de controversias en las contrataciones públicas, seña-

¹² Ava J. Abramowitz, Capítulo 4, “*The Key to Claims-Free Projects: Identifying and Managing Construction Project Risk*”, págs. 23/26.

¹³ De práctica en los contratos con diseño norteamericano.

¹⁴ Charles M. Sink y David K. Ismay, Capítulo 5, “*Negotiating Consequential Damages Waivers*”, págs. 37/43.

¹⁵ Para todo esto, Michael Evan Jaffe y Ronan J. McHugh, Capítulo 6, “*U.S. Project Disputes: Has the Time to Consider Adjudication Finally Arrived?*”, págs. 45/53, con mención del buen resultado que dio para la continuidad del proyecto, el comité de revisión de controversias del *Central Artery/Tunnel Project*, más conocido como *Big Dig* de Boston, consistente en la conexión de dos autopistas interestatales con el Aeropuerto Logan, con una serie de túneles y puentes, manteniéndose el tránsito en el centro de Boston. Las palabras *adjudication* y *adjudicator* no tiene un equivalente claro en castellano, pueden traducirse como “resolución” y “el que resuelve”, pero tienen otras connotaciones por lo que se pensó preferible mantenerlas en el idioma original en el texto. En la práctica nacional, se han traducido como conciliación y conciliador (aunque con este significado especial, de que el conciliador toma decisiones ejecutorias si las partes no acuerdan la solución entre ellas), en contratos con financiación de organismos multinacionales de crédito inspirados en los contratos FIDIC, dando buen resultado en contratos de reconstrucción y mantenimiento de carreteras. También se prevén en algunos contratos con financiamiento de organismos multilaterales de crédito, los comités de revisión de controversias, con el nombre habitual, de panel de conciliación, así mismo con buen resultado en los hechos, como en el caso de los Túneles Aliviadores del Emisario del Arroyo Maldonado.



lándose sus problemas por la colisión entre la confidencialidad de la mediación y la publicidad de los actos de gobierno, y las dificultades de entender las necesidades y limitaciones de la administración pública, que si no se comprenden pueden convertir a la mediación “en una ruta repleta de baches”, pero que si se atienden, puede llevar a resultados muy apropiados.¹⁶

16. Se aplica la curva de influencia en los costos a las controversias, señalándose que tienen un ciclo de vida, comenzando como un problema, para convertirse luego en una controversia y en un conflicto, en una espiral siempre ascendente si no existe un buen manejo preventivo del tema, que si no, en progresivos pasos concluye en un litigio. Y se proponen las siguientes etapas para evitarlo: el *partnering* para establecer relaciones cooperativas de trabajo entre todas las partes vinculadas con un proyecto; seguido por la negociación en sucesivas instancias; para pasar, si no da resultado la negociación, al comité de revisión de controversias; al panel de arbitraje permanente; a la mediación: al mini juicio de los responsables máximos de las partes en disputa; al arbitraje consultivo; y a arbitrajes simplificados.¹⁷

17. Se pondera el *partnering* porque incorpora algunos de los principios de la negociación y de la mediación, dándose ejemplos

¹⁶ Richard D. Ryhne, Capítulo 8, “*Resolving Public Sector Disputes: A Road of Politics and Potholes*”, págs. 73/82. En el orden nacional, las entidades públicas están exentas de la mediación prejudicial obligatoria, salvo autorización expresa y siempre que sea un tema susceptible de transacción (ley 26.589, art. 5°, inc. c). Hay que tener presente que la posibilidad de transigir de los organismos nacionales tiene varios requisitos establecidos por el art. 18, primer párrafo, de la ley 23.982, reglamentado por el art. 32 del decreto n° 2140/92, también tiene requisitos el compromiso en árbitros, que supone autorización legal prevista, que en las obras públicas podría considerarse prevista en el art. 55, segundo párrafo, última parte, de la ley 13.064, y que en general, está contemplada en el art. 18, segundo párrafo de la ley 23.982, reglamentado por el art. 33 del decreto n° 2140/92, con remisión al procedimiento del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Igual, comprender las necesidades y limitaciones de la Administración Pública es indispensable para la ejecución material y jurídica de los contratos de obra encomendados por ella.

¹⁷ James P. Groton, Capítulo 9, “*Alternative Dispute Resolution and Prevention in the Construction Industry*”, págs. 85/102. En este capítulo se define al *partnering* como un “esfuerzo del equipo de construcción en el cual las partes establecen relaciones cooperativas de trabajo a través de una estrategia formal mutuamente desarrollada de compromiso y comunicación”, también se incluyen modelos de cláusulas en lenguaje llano, para comprometer los distintos medios de prevención de conflictos. La palabra *partnering* no tiene traducción unívoca en castellano, por lo que también en el texto se la mantiene en su idioma original. Tampoco su concepto se ha aplicado en la práctica nacional. Una aproximación a una traducción, podría ser la de “alianza”. De hecho, se menciona que un derivado del *partnering* son las alianzas de construcción (James H. Keif, Capítulo 27, “*The Benefits of Partnering*”, pág. 264, cuarto párrafo). Tal vez pueda llegar a ser, según los casos, uno de los contratos asociativos regidos por los arts. 1442 al 1447 del Código Civil y Comercial de la Nación, pero nunca una sociedad (*partnership*) (Allen L. Overcash, Capítulo 30, “*Team Players, not ‘Partners!’ ‘Partnership’ Does Not Create ‘Partners’*” pág. 287, tercer párrafo).



de su buen resultado, y se pondera también el híbrido de la mediación arbitraje (*med-arb*), en cuanto elimina la crítica a la mediación por no ser vinculante.¹⁸

18. Se dan consejos sobre la importancia de las visitas a la obra de los árbitros en los arbitrajes por conflictos en la construcción, sin limitarse a los documentos, a los testimonios y a las pericias sobre ella.¹⁹

19. Y se comenta la aparición de una nueva figura promovida por el American Institute of Architects, la de un profesional independiente a cargo del comitente y contratista, como tomador inicial de decisiones, que reemplaza al arquitecto o ingeniero de los contratos habituales, como quién toma la primera decisión sobre una controversia, sujeta a revisión posterior. Porque se considera que el arquitecto o el ingeniero son parciales a favor del propietario que es quién les paga, y reacios a resolver imparcialmente controversias en las que haya alegaciones de defectos en el proyecto, o de falta de respuesta en término a requerimientos del contratista durante la marcha de las obras.²⁰

III. PARTNERING²¹

20. Respecto al *partnering*, se comienza por señalar su base en la confianza, con cita de la famosa frase de Vladimir Lenin de que “la confianza es buena, pero el control es mejor”, para sostener que ese criterio negativo hace perder importantes posibilidades de éxito basadas en la con-

¹⁸ James H. Keif, Capítulo 10, “*Hybrid ADR in the Construction Industry*”, págs. 103/117.

¹⁹ Michael J. Altschuler, Capítulo 13, “*Seeing is Believing: The Importance of Site Visits in Arbitration Construction Disputes*”, págs. 133/141. Consejo que es también válido para los abogados de las partes, y para los mismos jueces si se litiga ante ellos.

²⁰ Steven B. Lesser y Belinda A. Bacon, “*For Better or Worse: AIA Introduces de Initial Decision Maker in its Dispute Resolution Provisions*”, págs. 467/472 con observaciones sobre la deficiente regulación de esta figura por su novedad. Y con el comentario en otro artículo, de que la decisión inicial por el arquitecto o ingeniero tiene una trayectoria de más de 100 años y sirvió bien a la industria, pero que con el curso del tiempo, estas decisiones perdieron el peso que tradicionalmente habían tenido (James P. Grotton, Robert A. Rutin y Bettina Quintas, Capítulo 54, “*Comparing Dispute Review Boards and Adjudication*”, pág. 513, dos primeros párrafos).

²¹ Acerca de la traducción de esta palabra, ver nota 17. Como se dijo allí, no hay figuras similares en la práctica local. Lo más aproximado, son las reuniones de avance de obra en los grandes proyectos, o de garantía de calidad. A lo que puede quedar reducido el *partnering* según los casos (Allen L. Overcash, Capítulo 31, “*The Truth About Partnering: Limitations and Solutions*”, pág. 291, último párrafo).



fianza, definida como “la disposición de descansar en el otro, y de actuar en consecuencia cuando esos actos le hacen a uno vulnerable para la otra parte”. Se la califica como un valor esencial de las relaciones humanas, pero también, frágil, difícil de ganar y fácil de perder. Se dan una serie de consejos sobre cómo construir confianza en un proyecto de construcción, mediante mejoras continuas en las estrategias del *partnering*, incluso mediante una intervención para realinear proyectos que están fuera de curso.²²

21. Se recuerda la expansión del *partnering*, que ya existía en la industria de la construcción norteamericana, a partir de que a mediados de 1980 el Ejército de los Estados Unidos lo adoptó para la generalidad de sus contratos. Se enumera como a sus participantes: al comitente, al contratista general, a los proyectistas, a los subcontratistas, a las aseguradoras y a los financistas. Se resalta que el núcleo del *partnering* es la reunión o retiro de todas las partes al comienzo del proyecto, idealmente, antes de que comience su ejecución, donde aprenden a trabajar cooperativamente, y a proyectar metas y cómo conseguirlas.

22. Y se transcribe un ejemplo de la Carta de Partnering a firmar en ese retiro por todos los participantes, que puede ayudar a entender su significado, cuyo texto es el siguiente: “Somos un grupo de profesionales trabajando juntos como un equipo, en espíritu de cooperación y confianza, para construir un proyecto de la mejor calidad. Prometemos hacerlo en tiempo, con costos eficientes, y con sensibilidad para las operaciones que ya existen. Nos comprometemos a: Comunicarnos clara, honesta y abiertamente en los niveles inferiores de la organización. Establecer una comunicación honesta y abierta en todos los niveles. Minimizar los requerimientos de información, y dirigirlos rápidamente y en persona. Trabajar juntos y cooperar como un equipo para proveer un producto de alta calidad del que todos estemos orgullosos. Resolver todas las cuestiones con justicia, a tiempo y profesionalmente, con atención inmediata de las cuestiones críticas. Proveer planos conforme a obra precisos y actualizados, para evitar futuros problemas. Usar las facilidades de la tecnología en red para favorecer las comunicaciones y aumentar la eficiencia con que la información es obtenida, analizada e intercambiada. Comportarnos con integridad y dar prioridad a la coordinación. Reco-

²² Para todo esto, Jeffrey S. Busch y Nicole Hantusch, Capítulo 26, “*I Don’t Trust You, but Why Don’t You Trust Me? Recognize the Fragility of Trust and its Importance in the Partnering Process*”, págs.. 245/261.



nocer que ningún trabajo es tan importante, ni ningún proyecto tan urgente, que no se pueda hacer con seguridad (i.e. ¡accidentes cero!). Y usar los sistemas escalonados para resolver problemas, cuando se presenta una controversia”.²³

23. Se ponderan los beneficios del *partnering*²⁴ y su utilidad para el manejo de las controversias en la construcción, y se dice que aunque no sea su panacea, si se lo puede entender también como la filosofía general para ese manejo en los contratos que lo adoptan, además de ser una de las herramientas para evitarlas²⁵.

24. Pero se lo critica por las falsas expectativas que puede crear, haciendo pensar que se trata de una sociedad (*partnership*) en donde se aplica el principio de “uno para todos y todos para uno” en un ámbito de equidad, y no de una simple forma más amigable de ejecutar contratos que adjudican riesgos y responsabilidades en estricto derecho²⁶. Y también, porque a veces se diluye en simples formas sin un real compromiso de las partes con el resultado, y porque puede debilitar los derechos de las partes, con reconocimientos inapropiados, tácitos o expresos, a las otras. Aunque “más cierto que la muerte y los impuestos”, virtualmente todos los proyectos de importancia son de larga duración y ninguno se cumple como está previsto, con lo que en la medida que las conductas de *partnering* entren en conflicto con los acuerdos y principios de puro derecho, podría bien ser que lo que debe

²³ Para todo este punto y el anterior, Gerard S. Clay, Ann L. Naughton y John F. Farnan Jr., Capítulo 32, “*Creating Long-Term Success Through Expanded ‘Partnering’*”, págs. 297/307.

²⁴ James H. Keif, Capítulo 27, “*The Benefits of Partnering*”, págs. 263/270, con el detalle de su éxito y reglas a extraer de él, en el Proyecto de Tren Urbano de San Juan de Puerto Rico.

²⁵ Steve Pinell, Capítulo 28, “*Partnering and the Management of Construction Disputes*”, págs. 271/281.

²⁶ Robert S. Peckar, Capítulo 30, “*Team Players, Not ‘Partners’. ‘Partnering’ Does Not Create ‘Partners’*”, págs. 287/289, con dos curiosos ejemplos reales: el del contratista que pensando que el comitente estaba dedicado a respetar el juego limpio, la equidad y la amistad, confió en su palabra de que le reconocería adicionales y prórrogas del plazo, y cuando advirtió que lo estaba engañando e invocó el *partnering*, el comitente le respondió que ¡cómo socio (*a partner*) le podía hacer semejante reclamo!; y el del contratista de un desarrollo inmobiliario que confió en que el comitente le reconocería esfuerzos excepcionales como socio (*partner*) por 2.000.000.- de dólares una vez que se confirmó que el desarrollo inmobiliario le daría un excelente margen al comitente, y la respuesta del comitente fue que: ¿Si estaba loco? (“*Are you nuts?*”), que no eran socios porque el contratista nunca aportó dinero, que debía haber reclamado antes, y que si ahora presentaba un reclamo, como el que sugería 2.000.000.- de dólares, estaba errando el tiro (“*barking up to the wrong tree*”), y por si acaso, que no contara el dinero que ganaría el comitente porque era de él y no del contratista.



cambiarse no es el *partnering* sino la aplicación de esos acuerdos y principios al caso²⁷.

IV. COMITÉ DE REVISIÓN DE CONTROVERSIAS

25. En relación al comité de revisión de controversias, se lo pondera como un método con el 99% de éxitos en la solución de conflictos y que ha sido usado en más de 800 proyectos.

26. Se recuerda que típicamente, el panel se constituye poco después de la firma de los documentos contractuales, cuando comienzan los trabajos en el emplazamiento, y continúa, como su primera responsabilidad, con visitas periódicas a las obras, usualmente trimestrales, donde sus miembros además de ver el progreso de los trabajos, se reúnen con el comitente y el contratista para analizarlo, y para revisar potenciales cuestiones futuras, para prevenir controversias y para tener la información respaldatoria necesaria cuando la controversia es inevitable.

27. Cuya resolución es la segunda responsabilidad del comité, habitualmente en una audiencia en el emplazamiento de la obra, con un procedimiento preliminar breve, y con la emisión de una decisión o una recomendación, que si es rechazada por una o las dos partes, lo que es sumamente raro, da lugar al siguiente paso contractual de resolución de controversias. En el que según lo que disponga el contrato, puede o no hacerse valer como antecedente la recomendación del comité, siendo lo más conveniente que sí sea posible para aumentar su eficacia como método para resolver controversias.

28. Se señala también que el comité de resolución de controversias es una institución inaugurada hace relativamente poco tiempo, que se habría aplicado a entre 800 a 2.000 casos (según la fuente de los datos), en la mayoría, de entidades públicas, y que ha sido incorporada en las condiciones FIDIC estándar, en las del Banco Mundial y en las del Banco de

²⁷ Allen L. Overcash, Capítulo 31, “*The Truth About Partnering: Limitations and Solutions*”, págs. 291/292. La última afirmación tiene respaldo en el orden nacional, en el art. 1011, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación, que prevé que en los contratos de larga duración: “Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total”.



Desarrollo de Asia, reseñándose las reglas de la American Arbitration Association para estos comités, e indicándose la posibilidad de que sean unipersonales en obras menores.²⁸

29. Con más detalle, se insiste en el porcentaje de éxito de casi el 100 % de los comités de revisión de controversias, se señala que a 2010 habían intervenido en contratos entre 23.000.000.000.- a 100.000.000.000.- de dólares (según la fuente de los datos), se ubica su primer caso en un proyecto de un túnel en el Estado de Colorado en la década de 1975, se indica que se han aplicado tanto en contratos menores a 7.000.000.- de dólares como en contratos de varios cientos de millones de dólares, considerándose a los contratos de 10.000.000.- de dólares como el umbral en que estos comités se justifican por la economía que producen frente a sus costos, se relata que más de la mitad de estos comités se han aplicado a proyectos de 50.000.000.- de dólares o menos, generalmente en obras públicas, correspondiendo un tercio a obras de túneles o bajo tierra, otro tercio a proyectos de autopistas y puentes, y otro tercio a proyectos industriales y de viviendas.

30. Se reseñan sus procedimientos y reglas, los inconvenientes que pueden obstaculizarlos, y se discute si los abogados pueden tener prohibido actuar en ellos como miembros o como participantes, por la antipatía visceral de los ingenieros con los abogados, que proviene del disgusto de los ingenieros con los procesos controvertidos y de su percepción, habitualmente consistente con la realidad, de que los abogados usan métodos que complican innecesariamente los procesos del comité.²⁹

²⁸ Para este punto y los tres anteriores, Robert J. Smith y Robert A. Rubin, Capítulo 49, “*A New Look at DRBs: AAA Offers New DRB Roster and Protocol*”, págs. 451/458, donde se mencionan 800 proyectos en que se previó el comité de revisión. Aunque James P. Groton, Robert A. Rutin y Bettina Quintas, Capítulo 54, “*Comparing Dispute Review Boards and Adjudication*”, pág. 514, cuarto párrafo, mencionan 2000 proyectos en que fueron previstos estos comités al año 2006. La CCI (siglas en castellano de la Cámara de Comercio Internacional, ICC en inglés, International Chamber of Commerce) también ofrece la administración de estos comités. Para un caso de la práctica nacional sobre estos comités, ver la nota 15.

²⁹ Para este punto y el anterior, Robert J. Smith, Capítulo 50, “*Dispute Review Boards: Resolving Construction Disputes in Real Time*”, págs. 459/467, donde se estima que el monto total de los contratos que usaron estos comités, fue de 20.000.000.000.- millones de dólares. Aunque James P. Groton, Robert A. Rutin y Bettina Quintas, Capítulo 54, “*Comparing Dispute Review Boards and Adjudication*”, pág. 514, cuarto párrafo, estiman que el monto de los proyectos en los que usaron este comité, siempre hacia fines de 2006, superaría los 100.000.000.000.- de dólares, y vuelven a precisar que habrían tenido un 98% por ciento de éxito en las controversias que les fueron sometidas, porque concluyeron con su recomendación sin un subsiguiente arbitraje o juicio.



31. Con las llamativas afirmaciones de que: “La creación del mundo por Dios en siete días fue el proyecto de construcción más antiguo y un milagro de eficacia. Sin embargo, los proyectos de construcción encarados por los mortales cuentan una historia bien diferente”, se comienza el relato de las bases y el resultado de una encuesta acerca de los comités de resolución de controversias, con conclusiones francamente positivas para ellos en punto a la satisfacción con su trabajo, disminución del estrés de las partes en el proyecto, calidad de las resoluciones, cumplimiento del presupuesto de la obra, rentabilidad del proyecto, y disminución del riesgo de arbitrajes o juicios con sus costos, con opiniones sobre cómo debe componerse el comité, sobre la cortesía y profesionalismo con que debe tratar a las partes para que ninguna de ellas entienda que aunque la decisión sea justa, ella fue personalmente tratada con injusta desconsideración, y sobre la ayuda que significan para “no quedar mal” al hacer concesiones respecto a posiciones tomadas.³⁰

V. ADJUDICATION³¹

32. Se compara el comité de resolución de controversias con la *adjudication* inglesa, señalándose que la *adjudication* también nació en la década de 1970, y es así mismo la designación de un neutral para revisar controversia, pero al que se lo favorece con que sus decisiones sean ejecutorias, aunque sujetas a revisión pero, a veces, recién al finalizar el proyecto.

33. Se indica la mayor rapidez de este proceso respecto al de los comités de revisión de controversias, por los breves plazos que se otorgan al *adjudicator* para decidir. Pero se señala el inconvenientes: de que el *adjudicator* es designado no por las partes sino por una autoridad académica o profesional, con lo que puede no tener la confianza de las partes; de que no sigue el proyecto como el comité, sino que sólo interviene frente al

³⁰ Kathleen M. J. Harmon, Capítulo 52, “*Construction Conflicts and Dispute Review Boards: Attitudes and Opinions of Construction Industry Members*”, págs. 473/492.

³¹ Como se dijo en la nota 15, la palabra *adjudication* no tiene un equivalente claro en castellano, puede traducirse como “resolución” pero tiene otras connotaciones por lo que se consideró preferible mantenerlas en el idioma original en el texto. En la práctica nacional, se ha traducido como conciliación, aunque con el significado especial, de que el conciliador toma decisiones ejecutorias si las partes no acuerdan la solución entre ellas.



conflicto, con lo que tiene un conocimiento menor de la obra, y de que podría afectar el debido proceso si decide sin audiencia de las partes. Y se dice que, en general, las partes considerarían más satisfactorio un comité de revisión de controversias que la *adjudication*, porque por el carácter ejecutorio de sus decisiones fomenta el espíritu de litigiosidad, y porque puede facilitar emboscadas de una parte respecto a la otra, por el momento y la preparación con que se somete el conflicto al *adjudicator*.³²

VI. MEDIACIÓN

34. Respecto a la mediación, se la considera como una extensión de la negociación y como un proceso comercial, no judicial, que requiere para tener buenas probabilidades de éxito (85%), el compromiso de las partes con el proceso, la intervención de representantes de las partes con autoridad, el conocimiento de los hechos del caso, y la pericia (*expertise*) del mediador³³, cuyo rol y criterios de sabiduría también se reseñan³⁴, discutiéndose además, cuándo conviene someter un conflicto a mediación, señalándose sus ventajas, y cuándo no³⁵.

35. Se enumeran las actitudes del abogado para ser eficaces en las mediaciones: la de prepararse para el caso, la de ser creíble, la de ser persuasivo pero breve, la de ser discreto evitando confrontaciones, y la

³² James P. Groton, Robert A. Rutin y Bettina Quintas, Capítulo 54, “*Comparing Dispute Review Boards and Adjudication*”, págs. 513/519, donde se señala que la *adjudication* comenzó para resolver conflictos con subcontratistas, pero que tuvo una gran expansión en Inglaterra para cubrir todo el proyecto y todo tipo de controversias, desde que el Parlamento sancionó la Housing Grants, Construction and Regeneration Act en 1996, que se aplica a la mayoría de los contratos comerciales de construcción. También aquí se ha preferido mantener en el texto en su idioma original, la palabra *adjudicator*, por sus varias connotaciones. Para una posible traducción de la palabra “*adjudicator*”, y la práctica nacional de su concepto, ver la nota 15.

³³ John P. Madden, Capítulo 15, “*Receipt for Success in Construction Mediation*”, págs. 147/162.

³⁴ James Acret, Capítulo 16, “*Mediator Wisdom from the Experts*”, págs. 163/167, donde se enuncian los roles del mediador, como los de: enseñar, criticar, respaldar, probar y clarificar, y se les aconseja: no crear una imagen negativa de nadie, usar la tormenta de ideas (*brainstroming*), crear dudas, trabajar los documentos, verificar la fuerza de la evidencia, verificar los cálculos de daños, no usar nunca la palabra compromiso, y no tomar nunca el no como una respuesta.

³⁵ Roger J. Peters y Deborah Bovarnik Mastin, Capítulo 17, “*To Mediate or not To Mediate: That Is the Question*”, págs. 169/181, donde se señala como ejemplos de casos que no son aptos para mediación: aquéllos en que una de las partes quiere establecer un precedente formal para otros casos; aquéllos en que una parte considera que ciertos principios son inmutables, como las reparticiones públicas con las reglamentaciones que aplican; aquéllos en que está ausente una de las partes que es indispensable para resolver un conflicto; o aquéllos que son reclamos frívolos o temerarios.



de ser conciliador³⁶. Se describen los temas que suelen quedar para una mediación al cierre del contrato, que son: los reclamos para completar los detalles finales de la obra; los reclamos vinculados con los plazos de obra; los vinculados con defectos de las obras, y los relativos a cuestiones monetarias³⁷. Se relata la preferencia por elegir los mediadores de mutuo acuerdo (72%) pero sin que sea alguien con quién se tenga una relación personal (62%), y una muy fuerte preferencia porque los mediadores sean abogados (94 %) ³⁸, aunque se alega también a favor de los mediadores técnicos, con base en que las disputas más difíciles de resolver son las que tienen serios problemas de ingeniería y de ejecución de la construcción³⁹.

36. No obstante, con la consideración inicial de que “no recurriríamos a un médico interno para una operación a corazón abierto, o a un abogado de práctica general para un complicado caso impositivo, o a un arquitecto para realizar cálculos estructurales, sino que buscaríamos un profesional altamente capaz con conocimiento específico de nuestro problema y con la habilidad para remediarlo”, se insiste en que en los grandes casos muy complejos de la industria de la construcción, es aconsejable la intervención de un abogado con experiencia en la industria y conocimiento del derecho que se le aplica, para que pueda orientar a las partes sobre los riesgos legales de sus respectivas posiciones a los fines de llegar a un acuerdo.⁴⁰

37. También se señalan las posibilidades de la mediación en grandes casos complejos, a menudo incluyendo a los propietarios de viviendas, casos que si no concluirían en juicio porque no todas las partes están obligadas al arbitraje. Se aconseja como primer objetivo de la mediación en estos casos, obtener un acuerdo de los requeridos de que el reclamo del requirente tiene sustento, y combinar una cifra razonable para el reconoci-

³⁶ Paul M. Lurie, Capítulo 18, “*The Importance of Process Design to a Successful Mediation*”, págs. 183/189.

³⁷ Howard D. Venzie Jr., Capítulo 20, “*Closure Issues in Construction Mediation*”, págs. 191/198.

³⁸ Dean B. Thomson, Capítulo 23, “*Construction Attorney’s Mediation Preference Surveyed: Is there a Gap between Supply and Demand*”, págs. 207/214, pero resaltando con honestidad respecto a la preferencia por los abogados, que la encuesta estaba dirigida a abogados.

³⁹ Robert S. Peckar, Capítulo 24, “*Technical Mediation: A New Tool for Resolving Complex Construction Disputes*”, págs. 215/223.

⁴⁰ Joseph C. Malpasuto, Capítulo 45, “*Choosing the Right Mediator for a Complex Construction Dispute*”, págs. 409/413.



miento, todavía sin indicar la responsabilidad de cada requerido, luego, negociar individualmente con cada requerido, en forma totalmente confidencial, qué contribución están dispuestos a hacer hasta que se junta el monto total, después, negociar con el requirente si acepta esa suma o propone otra, después negociar con los requeridos, y así sucesivamente hasta cerrar el acuerdo, y entonces firmar el acuerdo global entre todos los requeridos y el requirente, y un acuerdo por cada requerido con un fideicomiso, que se mantiene confidencial para que ningún requerido objete la distribución de responsabilidades entre ellos, para que cada uno aporte su contribución al fideicomiso, siendo el fideicomiso cuando le ingresan todos los fondos, quién le paga al requirente. Y con la observación de que es vital la rapidez en este tipo de mediaciones, para obtener resultados.⁴¹

38. Se desarrollan los roles del mediador y de los abogados en las mediaciones de conflictos grandes y complejos con muchas partes, señalándose que para tener éxito se requiere el compromiso para resolverlo de todos los participantes, por lo que son críticas una comunicación abierta y la comprensión de las necesidades, no de lo que quieren, cada uno de los participantes en el proceso.⁴²

⁴¹ C. Allen Gibson, Jr., Capítulo 47, “*Effective Mediation Techniques in Complex Multiparty Synthetic Stucco Cases*”, págs. 433/437, en que relata que los requirentes en estos casos, eran los adquirentes de las viviendas, que parecían libres de problemas en una inspección visual, pero que luego evidenciaron filtraciones y una miríada de problemas dentro de las paredes de la estructura, y los requeridos eran el arquitecto, el contratista principal, el fabricante del estuco sintético, y eventualmente, su proveedor, con múltiples reclamos cruzados entre ellos.

⁴² Albert Bates Jr. Y L. Tyrone Holt, Capítulo 48, “*Large, Complex Constructions Disputes: The Dynamics of Multi-Party Mediation*”, págs. 439/448, donde se desarrolla como ejemplo hipotético, el de una asociación público privada (APP según sus siglas en castellano, PPP en inglés, *public-private partnership*) como el comitente de un proyecto de una estación de transporte multimodal (tren, ómnibus, tren liviano), de un hotel de lujo de 400 habitaciones, y de un garaje de tres plantas, teniendo contratado el comitente a un arquitecto. El arquitecto contrató consultores, quiénes a su vez, contrataron subconsultores. La APP contrató además, un director del proyecto (*construction manager*). Licitó el proyecto como “proyecto, negociación y construcción” (*design, negotiate, build*), fondado en su mayor parte por la emisión de bonos municipales, y contrató a un contratista principal como resultado de la licitación. Quién contrató subcontratistas y proveedores de materiales, y todos ellos contrataron a sus respectivos seguros. Finalmente, se generaron reclamos del contratista principal contra el comitente, el arquitecto y el director del proyecto por retrasos e interrupciones de los trabajos, y similares reclamos de los subcontratistas contra el contratista principal, y del comitente contra el contratista principal por penalidades por atrasos en algunas etapas del proyecto, e intimaciones a recuperar los atrasos, más reclamos del comitente contra el arquitecto y sus consultores, y contra el director del proyecto por omisiones, errores y deficiencias en sus tareas, y del arquitecto contra el comitente por facturas impagas, y por servicios norteamericanos. Como se ve, un conflicto hipotético realmente complejo, que responde a la práctica norteamericana. En la nuestra, se han dado casos de reclamos cruzados del comitente, proyectista, director de obra y contratista, que también resultan complejos y con incierto resultado judicial. En algún caso derivado de la ruina de una obra, resuelto por la prescripción de un año después de producida la ruina del art. 1646, segundo párrafo, del anterior Código Civil, producto de la demora de la Administración en



39. Por último, se señala que cada vez más casos en la industria de la construcción americana son llevados a mediación, porque lo prevén los contratos como paso previo al arbitraje⁴³ o la ordenan los tribunales en el curso de un litigio.

40. Se propone a los abogados la conveniencia de recurrir a mediaciones tempranas, aún sin tener todos los hechos establecidos. También, manejar las expectativas del cliente para no ser después desautorizados por el mediador y perder la confianza del cliente. Y cuándo se tiene que mediar un caso, preparar al cliente para que intervenga, promoviendo que el cliente hable durante las audiencias, considerando que en la mediación es posible dirigirse directamente a la otra parte. También se les propone, prepararse para reconocer cuando la otra parte tiene razón, abstenerse de realizar propuestas económicas en las audiencias generales, usar criterios realistas sobre su posición en las audiencias individuales con el mediador, garantizar la confidencialidad de estas audiencias, estar preparados para las sorpresas en la audiencia final, y revisar el listado de puntos a ser resueltos para su inclusión en el acuerdo en la audiencia final, para que después no provoquen el fracaso de la mediación cuando se llega a la etapa de redactar ese acuerdo⁴⁴.

VII. ARBITRAJE

41. En cuanto al arbitraje en la industria de la construcción, se les recuerda a los abogados, que los abogados exitosos en los arbitrajes de la industria son los que entienden que un arbitraje es diferente de un juicio, y que esto es particularmente así en esta industria, cuando los árbitros son profesionales que provienen de ella y que rápidamente se dan cuenta cuáles reclamos son legítimos y cuáles no. Por lo que hay que alegar sobre los hechos más que sobre el derecho, hay que respetar la pericia (*expertise*) de los árbitros, hay que tener expertos al nivel de los árbitros, y hay que aplicar la regla del minimalismo “menos es mejor” focalizándose en lo esencial, sobre

iniciar el juicio a raíz del procedimiento administrativo para determinar las responsabilidades de los participantes. Y en otros, dando lugar a juicios de extraordinaria duración.

⁴³ Lo que también se suele dar en contratos nacionales.

⁴⁴ Para todo este punto, Richard P. Flake y Susan G. Perin, Capítulo 25, “*Mediating Construction Disputes: What Works and What Doesn't*”, págs. 225/241.



todo en procesos complejos, sin tratar de convertir el arbitraje en un proceso judicial, porque los árbitros ven con poca simpatía a los abogados que lo intentan.⁴⁵

42. Además, se dan consejos a los árbitros sobre cómo escribir un “laudo razonado”, que a diferencia de un “laudo estándar”, que es sin fundamentos, limitándose a decir quién ganó o perdió sobre cada cuestión, y de un laudo completamente fundado en los hechos y en el derecho, es un laudo que relata quiénes son las partes, los datos de la causa y del tribunal arbitral, el compromiso arbitral, las reglas que se le aplican, el nombramiento de los árbitros, los nombres de los abogados que intervienen, los nombres y datos de las resoluciones importantes tomadas por el tribunal en el proceso, los reclamos de las partes, la duración de la audiencia arbitral, la descripción del mérito de la causa, la decisión con una breve explicación de por qué se decide cada punto cómo se decide, con una declaración de que el laudo resuelve todos los reclamos y defensas sometidas a arbitraje, la firma, una declaración certificada de lo decidido, y un certificado de servicios para las partes.⁴⁶

43. Pero se indica que el arbitraje cuando es conducido como un juicio tradicional, falla en su promesa de ser un método eficiente y expeditivo para resolver controversias, indicándose algunos mecanismos para simplificar su trámite, como: la presentación al comienzo de sumarios sobre los hechos por los abogados; la formación de paneles de testigos para los interrogatorios y el examen conjunto de los *expert witness* de cada parte⁴⁷.

⁴⁵ Jorge R. Cibran, Capítulo 33, “*Tips on Advocacy in Arbitration before an Industry Arbitrator*”, págs. 311/313.

⁴⁶ James R. Holbrook, Capítulo 34, “*The ABC or Writing a ‘Reasoned Award’*”, págs. 315/322, con una explicación de las tres formas posibles de laudo según las reglas de la American Arbitration Association, con la elección de una u otra por su costo por el tiempo que requieren a los árbitros, y por la necesidad de los abogados de explicarse ante sus clientes, y con la estimación de que en un 80% de los casos se pide un laudo razonado por preferencia de los abogados para que sea explicable a sus clientes, en un 10% se pide un laudo estándar, y en el otro 10% un laudo fundado en los hechos y el derecho. No obstante, más adelante en la obra, se indica que lo malo del laudo razonado como *default* según las reglas revisadas de la American Arbitration Association, es el mayor tiempo y costo que significa (Anthony E. Batelle, Capítulo 46, “*Case Management Under Revised Rules L-4, L-5 and L-6*”, págs. 416/417).

⁴⁷ Robert J. MacPherson, Richard F. Smith y Roy S. Mitcheif, Capítulo 35, “*Innovation in Arbitration: Improving the Presentation of Evidence in Construction Arbitration*”, págs. 323/330. Como se dijo en la nota 5, la expresión *expert witness* no se puede traducir con exactitud como perito de parte, porque aunque el *expert witness*, como un perito, hace una apreciación sobre los hechos controvertidos según sus conocimientos especiales, lo hace no como un dictamen pericial, sino como la declaración de un testigo propuesto por una de las partes. Por eso, se mantiene aquí también en el texto, la expresión en su idioma original.



Y se señala que los abusos en el procedimiento de los arbitrajes, llevó al Instituto Americano de Arquitectos a eliminar el arbitraje como default en sus condiciones generales si las partes no resolvían sus controversias, reemplazándolo por los tribunales de justicia, aunque se sigue sosteniendo que, igual, el arbitraje bien llevado, tiene ventajas por su mayor eficiencia en tiempos a raíz de la limitación del *discovery* y de las mociones de los abogados, el menor costo, la limitación de las apelaciones y la pericia (*expertise*) de los árbitros en la industria, que difícilmente la tengan los jueces, con lo que la audiencia del arbitraje se podría llevar a cabo en pocos meses, si no fuera por las demoras que se producen por la necesidad de coordinar las agendas de los abogados y de los árbitros⁴⁸.

44. Se compara el costo para el comitente de un arbitraje con el de un juicio, y se llega a la estimación de que el costo del juicio podría ser un 27% mayor que el de un arbitraje sin incluir apelaciones, e incluyéndolas, un 55% mayor, señalándose que el costo de una mediación que resuelva el mismo reclamo, sería de un 10% del costo del arbitraje, y de un 6% del costo de un juicio.⁴⁹

45. Pero se dice que “el arbitraje en la construcción está en problemas”, no como lo estuvo hace más de una década por la falta de control del proceso por los árbitros, y sus decisiones sin fundamentos, sino porque, como reacción, ahora se asemeja cada vez más a un juicio con todos sus inconvenientes y demoras, que los árbitros convalidan porque son pagados por tiempo de dedicación.

46. Por lo que se propone como solución a esta crisis del arbitraje tanto o más sería que la anterior, que incluso lo ha desplazado

⁴⁸ William R. Joyce, Capítulo 36, “*Returning Arbitration to an Effective Process in Construction Contracts*”, págs. 331/336. El *discovery* tampoco tiene traducción apropiada. Es el derecho de una parte de que la otra revele los hechos materiales de su conocimiento y todos los documentos que puedan dar causa a la acción, permitiendo su análisis pormenorizado por la otra parte, lo que podría ser uno de los motivos del tamaño desmesurado de los estudios norteamericanos. Se considera una herramienta para llegar a un arreglo antes de que la cuestión se lleve a juicio.

⁴⁹ Susan Zuckerman, Capítulo 37, “*Comparing Cost in Construction Arbitration & Litigation*”, págs. 337/345, con un cuadro detallado de todos los costos legales de cada mecanismo de resolución de conflictos, sobre la base de un reclamo de u\$s 600.000.-, en que el costo total del arbitraje para el comitente en Norteamérica, sería de u\$s 94.500.-, más u\$s 5.000.- a u\$s 7.500.- por un eventual planteo de nulidad del arbitraje, y el costo del juicio, sería de u\$s 120.300.-, más u\$s 25.000.- a u\$s 35.000.- por las apelaciones, mientras que el costo de una mediación por el mismo reclamo, sería de u\$s 10.140.-



como método por defecto (*default*) para resolver conflictos, la del “arbitraje condicional”, profundizando la línea que se viene desarrollando de mediaciones con una opinión final del mediador si la mediación no resuelve el caso, opinión que ayuda a las partes a definir si tienen razón o no y que facilita que continúen negociando una solución.

47. El arbitraje condicional incluiría un honorario fijo del árbitro, su compromiso a resolver el caso en un plazo de entre uno a cuatro meses, con facultades similares a las de un juez de derecho civil (*civil law*)⁵⁰ para recolectar las evidencias, que concluiría en un laudo que sería definitivo si ninguna de las partes lo rechaza en un plazo dado, y que sería confidencial, es decir, que no podría ser usado en juicio o en un arbitraje tradicional, si es rechazado por alguna de las partes. Y se hace el desarrollo de un ejemplo teórico de un reclamo de 22.000.000.- de dólares, que costaría 4.000.000.- de dólares de costos legales si se lleva a juicio, y que se resolvería por este medio en 4 meses con un honorario del árbitro de sólo 100.000.- dólares⁵¹

48. Se insiste en que las demoras y los costos en el arbitraje son actualmente similares a los de los juicios, atribuyéndoselo a los abogados y a las cláusulas compromisorias a medida (“*taylor made*”) sobre el arbitraje incluidas en los contratos, y se sostiene que si se trata de árbitros ex-

⁵⁰ En el sentido de la expresión norteamericana, para diferenciarlo de un juez que aplica el *common law*.

⁵¹ Steven A. Arbittier, Capítulo 38, “*Conditional Arbitration: A New Approach to Construction Arbitration*”, págs. 347/355. El ejemplo que desarrolla es sumamente interesante para la práctica nacional. Porque se refiere a la responsabilidad del comitente o del contratista frente a un caso, que aquí se llamaría de “sujeciones imprevistas”, en la construcción de una ampliación de un hospital, incluyendo instalaciones mal relevadas en los planos, grandes cantidades de asbesto a remover detrás de viejas paredes y en la sala de máquinas, con restricciones de acceso impuestas por el personal del hospital para ciertos trabajos, y exigencias de realizar las tareas en silencio total, lo que es virtualmente imposible. Ante la falta de reconocimiento de los adicionales por el comitente sobre la base de que un contratista experto debió prever estos inconvenientes, esta situación llevó a la paralización de la obra y a su rescisión por culpa del contratista, con un reclamo contra él de 22.000.000.- de dólares porque fue el mayor costo del trabajo encomendado a terceros. El caso concluyó con el laudo condicional de que el comitente tenía razón en que el contratista debió prever los inconvenientes, pero no tenía razón en el mayor costo total, porque había incluido ampliaciones de obra en el contrato con el tercero de 10.000.000.- de dólares, con lo que su reclamo procedía sólo por 12.000.000.- de dólares. Sobre cuya base, y frente al planteo de los abogados del contratista de que el contratista rechazaría el laudo y litigaría el tiempo más largo posible (“*until the cows come home*”) porque no tenía medios para pagarlo, se llegó a un acuerdo con el pago de 10.000.000.- de dólares pagadero en 5 años, garantizado por las compañías de seguro del contratista. En la práctica nacional, se ha dado el caso en que compañías con buena relación comercial y confianza mutua en un abogado, le encomendaran el arbitraje de sus diferencias, que se aceptó únicamente si la opinión no era vinculante, y cuando fue emitida, fue aceptada con agradecimiento por ambas partes por la seriedad del desempeño, que en un caso así, resulta ser lo esencial.



pertos en la industria con las cláusulas de arbitraje tipo en ella, las posibilidades de una resolución justa, y relativamente rápida y más económica, son mucho mayores⁵².

49. Se hace una evaluación de si conviene el arbitraje o el juicio, y cuándo conviene uno u otro, reseñándose versiones en uno u otro sentido, como por ejemplo, que el arbitraje es mejor para los subcontratistas y el juicio mejor para los contratistas, o conviene recurrir al arbitraje cuando uno es fuerte en los hechos y débil en el derecho, o que se debe recurrir al juicio si se tiene la letra del contrato a favor, concluyéndose por comparación de dos casos complejos, uno llevado a juicio y otro a arbitraje, que el que tuvo un desarrollo más rápido y eficaz, fue el del arbitraje que concluyó con un acuerdo en 6 años desde que se finalizó la construcción de la obra, que el del juicio, que también concluyó con un acuerdo, pero en 8 años desde que se terminó la obra.⁵³

50. Y se da el enérgico consejo, de que los árbitros revelen con detalle todas sus eventuales relaciones con las partes o individuos vinculados con ellas, incluyendo sus abogados, antes de aceptar el cargo, y que se abstengan de aceptarlo si advierten que la relación puede aparentar una posibilidad de parcialidad para una persona razonable, porque la falta de denuncia por el árbitro de estas relaciones, es el terreno más fértil para cuestionar y lograr la anulación judicial de los laudos.⁵⁴

⁵² Ed Gluklick, Capítulo 39, “*Stick with the AAA Arbitration Clause: The Best Chance for a Fair Resolution that Saves Time and Money*”, págs. 357/359, donde se dice que “los árbitros de la American Arbitration Association están familiarizados con lo bueno y lo malo en la industria de la construcción –los trabajadores capacitados, honestos y confiables, de los que se puede depender, y con los opuestos–. Pueden separar los hechos de la ficción, de la chicanería, del engaño, del sinsentido y de la basura... En los juicios, el humo y los reflejos de la abogacía pueden llevar al jurado a creer que Nueva York está construida sobre barro, dejando un ganador, pero no a un resultado justo. Esta distinción es importante porque habitualmente ambas partes en una controversia de la construcción, son activa o tácitamente responsables del problema. Solo raramente una parte está claramente en falta. Así, la mentalidad de que ‘los ganadores se llevan todo’ de los juicios, es inapropiada en los arbitrajes de la construcción, y también las metáforas militares de ‘reducir la oposición a 0’, y de ‘remover los obstáculos para la victoria’, o ‘no tomar prisioneros’ y de ‘dejar a los heridos que mueran donde cayeron’ ”.

⁵³ Jeffrey R. Cruz, Capítulo 41, “*Arbitration vs. Litigation: An Unintentional Experiment*”, págs. 363/387. Fuera de la cita, cabe recordar el comentario de un excelente abogado práctico norteamericano que resume las versiones reseñadas en el texto, comentario que fue el de que él sabía muy bien cuándo convenía recurrir al arbitraje y cuándo al juicio: al juicio, cuando el caso era claro porque el tribunal probablemente le daría razón completa; al arbitraje, si el caso era dudoso, porque los árbitros tienden a dar algo de razón a cada parte.

⁵⁴ Neil Carmichael, Capítulo 40, “*Neutral Corner: The Duty to Disclose*”, pág. 361. En el país no parecería haber precedentes similares. Sin embargo, el entonces Procurador del Tesoro de la Nación, Osvaldo César Guglielmino, realizó varios cuestionamientos en este sentido en defensa de la Argentina, en los



51. Para el manejo de casos que incluyen varios reclamos, para abreviar sustancialmente el tiempo para su decisión, se indica el uso desde su comienzo de planillas estándar, con tolerancia para modificaciones posteriores, de contabilización aritmética de los reclamos, con la posición de las dos partes sobre ellos, en las que se debe identificar con claridad para cada reclamo, el monto pretendido y la metodología de cálculo (en especial, el cálculo aritmético debe realizarse en un lenguaje cristalino –*crystal clear*), para lograr lo cual, los árbitros deben advertir a las partes que el uso de planillas demasiado complejas y confusas pondrá en duda la validez de sus reclamos y prolongará el arbitraje⁵⁵.

52. Lo que también vale para los casos de rescisión (*termination*) del contrato, donde generalmente el contratista reclama el valor de los trabajos terminados, los costos indirectos y generales no recuperados, y el beneficio, menos lo pagado, y el comitente reclama los mayores costos por concluir el contrato con otro contratista, y daños incidentales como la pérdida de renta por la demora en poder usar la obra producto de la rescisión⁵⁶.

53. Pasando al arbitraje de los grandes casos complejos de la industria de la construcción, se relata que ellos tratan de un proyecto que se ha convertido en un desastre, que incluso puede comprometer la subsistencia de una o varias de las partes, que genera un conflicto mayor en que prácticamente todo lo que se refiere al proyecto entra en conflicto, y que

arbitrajes contra ella en el CIADI (según el acrónimo de su nombre en castellano: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, del Banco Mundial, sus siglas en inglés, son ICSID, de International Center for Settlement of Investment Disputes).

⁵⁵ Anthony E. Battelle, Capítulo 42, “*Calims Management: Using a Damages Accounting Form*”, págs. 377/387, con un ejemplo muy claro de una de estas planillas y de su contenido habitual, con explicación de sus columnas y líneas, y con la consideración que de esta manera, los árbitros conocen desde el comienzo la sustancia del proceso, que si no, por sus particularidades que permite a las partes según su táctica, ir revelando sucesivamente sus distintas posiciones y pruebas, lleva a que recién en el mismo final del proceso de arbitraje, como mucho, el reclamante presente el monto que pretende y sus cálculos, con escasa posibilidad de verificar su consistencia, y sin que esté relacionada con la defensa que hace la otra parte.

⁵⁶ Anthony E. Battelle, Capítulo 43, “*Termination Cases*”, págs. 389/400, que también incluye una planilla modelo para estos casos. En la Ley de Nacional de Obras Públicas N° 13.064, art. 54, el reclamo de lucro cesante por el contratista sobre la obra no realizada, está excluido si él solicita la rescisión, y también los gastos improductivos por la rescisión misma si esta es por caso fortuito o fuerza mayor, pero sí puede reclamar que el comitente se haga cargo de sus contratos para la obra, que pague los materiales acopiados y contratados, en viaje o elaboración, y que adquiera por un precio a determinar, los equipos, herramientas e instalaciones para la obra que el contratista no quiera retener.



lleva a un desastre secundario, la proliferación de reclamos que pueden abrumar a los árbitros o al juez por la complejidad de los hechos y su prueba.⁵⁷

54. Se indica que para estos casos, son de aplicación obligatoria la reglas revisadas de la American Arbitration Association para casos mayores a 1.000.000.- dólares, en los que el papel de los árbitros es más activo, en que se obliga a las partes a presentar un detalle de sus reclamos desde un comienzo, y en los que se fijan reglas especiales para la adquisición de la prueba en la forma más simplificada posible. Con el consejo a los árbitros de que no tienen prohibido, y pueden recurrir como mejora de sus procedimientos, a las técnicas similares y ampliadas a las que se le reconoce mérito, que la justicia norteamericana ha establecido para tratar casos complejos, incluso a la de eliminar todas las controversias sobre los hechos que sea posible, porque muchas de ellas no son significativas en cuanto al monto, porque tienen poca y tal vez ninguna, relación con las controversias económicas mayores, y porque el tiempo que es necesario dedicarles sobrepasa de lejos su importancia para la decisión final del caso⁵⁸.

55. Bajo estas reglas revisadas, se enfatiza la necesidad que desde un comienzo los árbitros conozcan los términos del litigio y de los reclamos de las partes, y que tengan un papel activo para agilizar el proceso, indicando medidas prácticas a tomar frente a señales de conductas que deben corregirse, y frente a los riesgos de la innecesaria complicación que puede

⁵⁷ Allen L. Overcash, Capítulo 44, “*Now is the Time to Control the Big Case*”, pag. 403, primer párrafo, poniendo como ejemplo, el reclamo por el defecto de una especificación esencial que se dispara en controversias y reclamos sobre cientos de modificaciones de obra ordenadas por el comitente o el arquitecto, en los que el contratista que enfrenta una gran pérdida, está muy poco dispuesto abandonar ninguno de esos reclamos, y en que el comitente y su arquitecto o ingeniero, por estar enfrentadas con responsabilidades indefinidas, no tienen disposición de establecer ningún precedente por el reconocimiento de alguno de esos reclamos, aunque sean menores.

⁵⁸ Artículo citado en la nota anterior, págs. 403/408, con esta afirmación peculiar en una obra sobre arbitraje, de recurrir a la justicia para mejorarse. La técnica para los casos mayores y complejos, de la necesidad de plantear en forma fundada todos los reclamos desde un comienzo, aunque con tolerancia para su modificación posterior, y de dirección del proceso y de la prueba por los jueces o por los árbitros, se asimila a algunas de las disposiciones de nuestro proceso civil, que varios árbitros nacionales en los arbitrajes internacionales, descalificaban como “parroquiales” (*parochial*, que tiene el significado despectivo de “estrechos” o “restringidos”) cuando sus compatriotas, como abogados de la parte argentina, aspiraban a aplicarlas. Y la técnica de eliminar cuestiones fácticas menores y no mayormente relacionadas con el litigio sustancial, hace recordar al proverbio romano cuyo origen se le atribuye a Julio César, de “*aquila non capit muscas*” (el águila no caza moscas), y al aforismo también romano “*de minimis non curat praetor*” (el pretor no se ocupa de las cosas mínimas).



darse a algunos reclamos, como los vinculados con los plazos y los daños provenientes de las demoras.⁵⁹

VIII. EVALUACIÓN

56. Finalmente, se relatan las conclusiones de una mesa redonda de distintas profesiones, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en la industria de la construcción.

57. Donde hubo comentarios desfavorables de los arquitectos sobre la cantidad de abogados que intervienen desde las primeras reuniones precontractuales en la industria, en las que hay más abogados que constructores.

58. Hubo comentarios favorables de las distintas interlocutores sobre los contratos de proyecto y construcción (*design-build*), sobre todo en proyectos y construcciones simples, y la necesidad de normas específicas que autoricen a la Administración Pública a realizar este tipo de contrataciones.

59. Hubo también comentarios favorables sobre los distintos métodos para una pronta resolución de las controversias, sugiriendo la posibilidad de que se establezcan árbitros de emergencias y mediadores permanentes para el seguimiento de un proyecto.

60. Y hubo comentarios: sobre la conveniencia de las restricciones a los procesos de adquisición de la prueba (*discovery*); sobre la introducción de cláusulas apropiadas de métodos alternativos para resolver controversias; sobre la ventaja de árbitros activos y no pasivos en los procesos arbitrales, con sugerencias sobre modificaciones al proceso arbitral para abreviarlo, con críticas a sus costos; y sobre las posibilidades y riesgos de los seguros.⁶⁰

IX. EPÍLOGO

⁵⁹ Anthony E. Batelle, Capítulo 46, “*Case Management Under Revised Rules L-4, L-5 and L-6*”, págs. 416/431.

⁶⁰ Para este y los cuatro puntos anteriores, Roundtable Discussion, Capítulo 53, “*Managing Dispute Resolution Options in the Construction Industry*”, págs. 493/518.



61. Tanto el *common law* como el derecho civil son dos buenos sistemas de derecho, así como un Ford y un Chrysler son dos buenos automóviles aunque tengan diferencias,⁶¹ con lo que es posible anticipar dificultades y trasladar soluciones de uno a otro.

62. Esperamos así, que la noticia que aquí damos de este Manual de la American Arbitration Association, resulte útil en alguna de las distintas formas en que puede serlo el Derecho Comparado. Sea para la práctica de la profesión, como indicación de un material bibliográfico que puede servir para resolver problemas. Sea para los usos comerciales en el interactuar de empresas de distintas nacionalidades, y en la participación de ellas en proyectos nacionales o de otros países. Sea como ayuda para la mayor comprensión y mejora del derecho nacional, en estos aspectos de la industria de la construcción.⁶²

63. Y en cualquier caso, damos gracias a los lectores que tengan la paciencia de leer este relato.

Buenos Aires, febrero 10 de 2016



Esteban R. Ymaz Cossio
Abogado

La Construcción y los Litigios rev.1
f.1126
09.02.2016
ERYC

⁶¹ René David, “*English Law and French Law: a comparison in substance*”, Londres, Steven and Sons, ed. 1980.

⁶² René David, “*Comparative Law, examination of comparative legal systems and of the relationships of the law to social sciences*”, Britannica Online Encyclopedia.