

El arbitraje en materia de construcción

Por el Lic. Eric Britton / Infante & Pérez Almillano

Introducción

En la presente monografía nos proponemos realizar un recorrido por las distintas aristas que componen el proceso arbitral en materia de construcción. El punto de partida será sin lugar a duda el Contrato de Obra en sí, su naturaleza y características principales, su regulación a la luz de nuestra legislación local, así como aquellas diferencias que pudiesen existir entre los contratos de obra en el derecho privado y en el derecho público, es decir en la contratación con el Estado.

Luego del análisis del contrato de obra, entraremos en la materia principal de esta monografía, cual es la solución de conflictos en materia de construcción a través del proceso arbitral. En este tema, abordaremos en primer lugar un aspecto importante referente a la cláusula compromisoria, y enseguida veremos aspectos de fondo; nos referimos así a las típicas disputas que surgen en un proceso arbitral de construcción.

En la parte final de nuestra exposición abordaremos dos temas que consideramos relevantes a la luz de la realidad actual de nuestro país en materia de construcción de importantes proyectos. Puntualmente nos referiremos a las disputas que puedan surgir por motivo de los contratos celebrados por la Autoridad del Canal de Panamá con empresas o consorcios extranjeros y la aplicación de normas y convenios internacionales en materia de construcción internacional y solución de controversias en este tipo de macroproyectos.

El contrato de Obra.

- Generalidades

Aquel mediante el cual una parte denominada “Dueño”, encarga a la otra parte denominada “Constructor” o “Contratista”, la ejecución de una obra a cambio de un precio. Los sujetos o las partes de este contrato, son generalmente estos dos, el Dueño y el contratista. No obstante, en relaciones contractuales de construcción moderna, principalmente en proyectos internacionales, pudiesen, y en efecto ocurre, participar tanto empresas financieras que se constituyen en entes fiscalizadores del proyecto, así como empresas aseguradoras, que por los importantes intereses que mantienen en la obra y sus resultados, se convierten en partes directas de los contratos de construcción.

Es un acuerdo de voluntades (Consensual), pues en la mayoría de los casos ambas partes negocian el contenido del contrato de obra y deciden voluntariamente comprometerse, la una, a la construcción de una obra o proyecto determinado, usualmente en un tiempo o bajo unas condiciones determinadas, con unos materiales determinados, en un lugar determinado; y por su parte la otra (el Dueño), a recibir dicha obra pagando un precio igualmente acordado por las partes previo al inicio de la obra. Podría concluirse pues, que el contrato de obra es de naturaleza consensual.

Aquí pudiésemos hacer un paréntesis para comentar que a diferencia de los contratos de construcción privados, entre particulares (un promotor y un contratista), en los contratos de obra pública suscritos con el Estado, usualmente las características y condiciones del proyecto ya están dadas. Algo similar a un contrato de adhesión, donde la capacidad de negociación acerca de las condiciones generales e incluso las particulares es algo limitada, salvo los mecanismos incorporados en la ley de contratación pública sobre la denominada “reunión previa y homologación”, de la cual en interés de todos o la mayoría de los participantes al acto público, pudiesen derivarse cambios a los pliegos de cargo. No obstante, esto aún no podría denominarse una contratación eminentemente negociada, aún cuando debe reconocerse que siempre será producto de la voluntad del contratista el participar o no en el acto de licitación pública bajo las condiciones planteadas.

La característica a nuestro criterio más importante del Contrato de Obra es que se trata de una obligación de resultado y no de medio. El contratista que acepta la construcción de una obra se está obligando a entregar al Dueño, la obra tal y como fue contratada por éste, y para lo cual recibirá un precio previamente pactado. Reconocer esta característica reviste de gran utilidad en materia de responsabilidad civil, en la medida en que es precisamente en la construcción ajustada a lo pactado, de donde se derivan la mayor parte de las controversias en materia de contratación entre el Dueño y el Contratista.

Aunque no existe una exigencia legal en cuanto a la forma de los contratos de obra privados, estos son generalmente escritos, incluso tratándose de obras o proyectos de montos bajos. La razón fundamental es que son tantos los componentes de estos contratos que dejarlo a la interpretación de las partes o no dejar constancia de la división o asignación de obligaciones o responsabilidades a las partes, podría ser muy riesgoso ante la existencia de un conflicto.

Las principales estipulaciones contenidas en un contrato de construcción, guardan relación con: el objeto del contrato y su alcance; los plazos otorgados al contratista para la ejecución de la obra; el precio o su forma de establecerlo; lo referente a seguros; fianzas; subcontrataciones; anticipos; accesos al lugar de ejecución de la

obra; materiales a ser empleados, especificaciones técnicas; permisos y licencias; modificaciones al proyecto; demoras en la entrega y sus correspondientes multas; retenciones de garantía; entrega de la obra; incumplimientos; ley aplicable y solución de conflictos, entre otras.

Existen cuatro principales formas de contratación de obra:

- El contrato de obra a precio global o alzado: Aquel en el cual el contratista desarrolla toda la obra en función de un precio total o global. Su característica principal es que para que dicho precio varíe, debe haberse pactado un ajuste por razones muy puntuales como el aumento en determinados precios de productos, de lo contrario, el precio es invariable.
- El contrato de obra por piezas o unidad de obra: Aquel en el cual el Dueño se obliga a pagar al contratista a medida que va haciendo entrega, a conformidad para aquel, de una porción del todo. No se trata entonces de un precio global por la obra, sino un precio puntual para cada porción del proyecto de que se trate.
- El contrato de obra por unidad de medida: Aquel determinado por la fijación de un precio unitario por espacio o área desarrollada o producida (m³ de excavación; m² de bloqueo y repello, etc.)
- El contrato de obra por administración. Bajo esta modalidad, el Contratista adquiere la responsabilidad de ejecutar las obras, adquirir y suministrar todos los insumos por encargo del Dueño, y este se obliga a reembolsarle el costo real incurrido más un porcentaje convenido por los servicios de administración.

Independientemente del tipo o modalidad de contrato de obra de que se trate, el contrato en sí, el documento suscrito entre las partes, determinará los derechos y obligaciones de las partes y de la ejecución del mismo surgirán las distintas controversias.

El Proceso Arbitral de Construcción.

El proceso arbitral en materia de construcción, es en su estructura general, igual a los demás procesos arbitrales. Inicia con el surgimiento de la controversia y la correspondiente petición de arbitraje realizado por una parte a la otra parte, bien sea ante un centro de arbitraje o, tratándose de un arbitraje ad-hoc (no institucional), realizando la conformación del tribunal. Continúa con la presentación o formalización de la demanda, la contestación y la correspondiente oportunidad para presentar demanda de reconvención o contrademanda, la

determinación de la misión del Tribunal Arbitral (Acta de misión o Fijación de la Causa), etapa de pruebas, alegatos, y finalmente el dictamen del laudo arbitral.

No obstante lo anterior, existen ciertas particularidades que producto de la materia especial de que se trata, resulta interesante destacar.

Veamos en primer lugar el tipo de controversias que surgen en la relación contractual de construcción:

Estas pueden clasificarse en:

- Controversias relacionadas con el objeto del contrato.
- Controversias relacionadas con el incumplimiento de los plazos contractuales.
- Controversias sobre reclamo de daños y perjuicios.

Controversias relacionadas con el Objeto del Contrato.

- Deficientes definiciones del “Alcance de Obra” y de los demás derechos y obligaciones a cargo de las partes en un contrato de obra.

Es imprescindible que al momento de redactarse el contrato, se determine de manera muy clara cuál es el alcance de la obra, es decir, qué exactamente espera el dueño o promotor, del contratista. No incluir algún rubro y dejarlo a la interpretación de las partes, definitivamente generará una controversia. Por ejemplo, no estipular que el contratista será responsable de proveer los acabados de la obra o qué tipo de acabados o cuáles sí y cuáles no, sin duda alguna tendrá un impacto en el precio de la obra y de igual manera en la calidad de la misma.

- Diferencia entre ingeniería básica, pre-ingeniería e ingeniería de detalle

Vale la pena al momento de analizar las obligaciones de las partes en un contrato de construcción, la determinación de las responsabilidades. Primordialmente las obligaciones de las partes y los aportes de cada una en función de los momentos del proceso constructivo.

En tal sentido, no debe perderse de vista que generalmente, el Dueño de la obra o promotor, requiere de un arquitecto o firma de arquitectos la elaboración de planos iniciales que pueden ser más o menos detallados y que constituyen el concepto de lo que se trata la obra. El diseño de la obra es pues una etapa previa al inicio de la actividad constructiva y es usualmente la responsabilidad del dueño, salvo que se hubiese pactado de manera diferente.

La elaboración de los planos más detallados puede encargarse tanto al contratista como al mismo arquitecto inicial de la obra, en cuyo caso sobre quien recae tal elaboración, recaerá igualmente la responsabilidad en caso de defectos relacionados con planos.

En resumen, el objeto del contrato, no debe variar en las distintas etapas del proceso de diseño y construcción. Cualquier variación, debe documentarse, ya que es un foco de conflicto seguro en caso de ocurrir algún daño.

- Visitas previas al sitio, previas a la firma del contrato, alcances y consecuencias.

Una obligación, aunque pocas veces escrita en las cláusulas de los contratos, lo constituye la visita al lugar o sitio de la construcción. En caso de proyectos en la ciudad es poco frecuente, pero en casos de obras de infraestructura como pueden ser carreteras o puentes o similares que ocupan una extensa porción de terreno, se hace obligatoria la visita al sitio como una etapa previa a la contratación.

De encontrarse el contratista con una condición no conocida y por lo tanto, no contemplada al momento de ofrecer su precio al Dueño de la obra, que le exija de mayores trabajos para acondicionar el terreno o para acceder a la propiedad, puede traer como consecuencia incremento en costos y demoras en la entrega, lo cual se traduce en incumplimiento contractual y probablemente daños y perjuicios.

Determinar desde un inicio si corresponde a una parte o a la otra, la limpieza o adecuación total del terreno, es determinante a fin de evitar controversias.

- Problemas de subsuelo

Igual ocurre con aspectos relacionados al subsuelo, los cuales no fueron previstos al momento de contratar y que pueden resultar en importantes inconvenientes para el contratista. Aquí vale destacar que los estudios de suelo, generalmente son contratados por el Dueño de la obra, previo a la contratación del contratista y es en base a dichos estudios que el contratista basa su propuesta e inicia su trabajo. De surgir situaciones no contempladas por las partes en referencia al subsuelo durante la ejecución de la obra, habrá que determinar la responsabilidad de conformidad con lo pactado. El incremento en los costos por una adecuación del subsuelo para la fijación de los cimientos de la obra, pueden disminuir considerablemente las ganancias esperadas por el Contratista, si a éste último correspondiera cubrir este gasto no contemplado.

- Diferencias entre trabajos adicionales y trabajos extraordinarios (trabajos complementarios y obligaciones implícitas)

Sucede igualmente con frecuencia en los contratos de construcción la petición por parte del Dueño de ciertos trabajos que deben considerarse si se trata de adicionales, extraordinarios o son simplemente trabajos complementarios a los ya existentes.

La importancia de la definición guarda relación con sobre quién recae la obligación de cubrir el costo de dichos trabajos y el impacto que tiene el tiempo requerido para la realización de estos trabajos en el plazo total de entrega de la obra.

- Variación en los costos originalmente contemplados, por causas extraordinarias.

La mayoría de los contratos de construcción contemplan disposiciones sobre variaciones en los precios, siendo lo usual en los contratos de obra a precio alzado, que no se contemplen variaciones salvo en casos de variaciones extraordinarias.

Así, se tiene que un simple alza en el combustible, en el cemento o en el acero, no constituyen causas extraordinarias de variación en los costos de construcción, por lo cual el contratista tendría la obligación de asumirlos. No obstante, podrían haber situaciones en las cuales un alza en los precios de los insumos llega circunstancialmente y de manera imprevisible a niveles superiores a los anteriormente vistos. En tales casos cabría la posibilidad de entrar a discutir sobre la responsabilidad en el pago de dicha variación.

Controversias relacionadas con el Incumplimiento de Plazos Contractuales

- Principio de buena fe y aceleración de los trabajos.

En materia de contratación en general y es el caso igualmente de la construcción, la buena fe contractual siempre debe predominar. Esta buena fe de las partes se traduce en términos de plazos contractuales al estipular plazos que razonablemente puedan cumplirse. Se entenderá que no hay buena fe del Dueño cuando en abuso de su condición económica exija un plazo exageradamente corto para un proyecto específico o habrá falta de buena fe de aquel contratista que ofrezca realizar el trabajo en un tiempo exageradamente corto con el fin de ser beneficiado con el contrato.

Es decir, se debe partir respecto a los plazos contractuales, de una buena fe por ambas partes. Es la violación a esta buena fe, es decir la fijación de plazos en

extremo cortos, lo que puede provocar controversias respecto a fijación de plazos, pues es una de las más comunes disputas en construcción, la referente a demoras en la entrega.

- La aceptación de los trabajos (provisional y definitiva)

La forma más común de conocer este tema es la llamada “entrega sustancial de la obra” o la entrega final de la obra o parte de ella, cuando esto es aplicable. Los conflictos que surgen al momento o por motivo de la entrega y consecuente aceptación de la obra, guardan relación con el momento tardío en la entrega y los rechazos de trabajos por motivo de calidad o terminación imperfecta.

Los conflictos que por tal motivo surgen, tienden a buscar el reconocimiento de que la entrega tardía del trabajo no ocurrió por motivo de demoras atribuibles al constructor o contratista, y la no aplicación de multas por entrega tardía, que es la manera más frecuente de penalizar la entrega tardía y que se pacta usualmente con un valor por día.

- Pérdida de productividad y extensión del plazo de entrega de la obra (obstáculos que impacta a la productividad)

Uno de los elementos tratados en el curso de controversias relacionadas al plazo, guarda relación con la productividad del contratista en la ejecución de la obra, esto es, la capacidad de realizar de manera completa y bien el trabajo, en el plazo apropiado. La incapacidad de cumplirlo en la práctica se asocia con la falta de productividad del personal de la obra, por daños frecuentes en los equipos o maquinarias requeridas para la obra o por circunstancias exógenas como las condiciones del tiempo. Lo cierto es que mientras no sean circunstancias extraordinarias, generalmente pesará sobre el contratista la responsabilidad por las demoras en la entrega.

- Métodos de prueba y cálculo de impacto.

Otro aspecto significativo en las controversias sobre incumplimientos en los plazos es la forma en que estos plazos son calculados y el impacto que ellos tienen en la obra.

Aquí vale mencionar conceptos como el de “ruta crítica” y “holguras”. Se entiende la “ruta crítica” como el conjunto de etapas secuenciales que cronológicamente no pueden ocurrir la una antes de la otra, y que la demora en la ejecución de una, irremediablemente generará la demora del proyecto, dada la importancia de cada una de estas fases en la construcción. Ahora bien, la afectación de esta ruta crítica no es lo mismo que la afectación o demoras en etapas o fases con holguras, es decir

que su suspensión temporal no afecta en sí todo el proyecto, sino sólo esa fase de manera aislada.

La importancia en la determinación de estos puntos consiste en que hay casos en los cuales lo que se discute sobre quién recae una demora. Principalmente si la demora recae sobre el Dueño, que por ejemplo solicitó un cambio de diseño. Determinar un atraso en toda la obra producto de ese cambio para aplicar o no una multa, dependerá en gran medida si el cambio realmente afectaba la ruta crítica del proyecto o no. Cambiar el tipo de acero de las vigas de un edificio, no es lo mismo que cambiar el tipo de piso a ser utilizado en uno de los pisos del edificio.

Es decir, hay ocasiones en las cuales no se justificaría un atraso alegado por el contratista, pues este realmente no ha afectado la ruta crítica del proyecto, y por lo tanto la demora en la entrega es atribuible a un factor distinto.

- Retrasos ocasionados por alguna de las partes.

De vital importancia al surgir una controversia respecto a un atraso, es la determinación de a quién corresponde el atraso. Usualmente se debe o recae sobre una de las partes de manera directa, por las razones que ya se han expuesto. No obstante, también puede recaer sobre un tercero. En este caso para efectos de responsabilidad, generalmente una de las partes es responsable por el atraso provocado por un tercero. Así el constructor será responsable por los atrasos de un subcontratista que tardó en trasladar materiales o en tenerlos disponibles al momento en que se requerían, o el Dueño será responsable por errores en los diseños de los planos o cambios tardíos a dichos planos, realizados por arquitectos externos.

Lo relevante es en todo momento poder determinar a cuál de las partes se atribuye el retraso.

- Retrasos de la obra por problemas de accesos al sitio u otros obstáculos.

Puede ocurrir igualmente que un retraso se deba a causas externas como un bloqueo de las calles o accesos al proyecto que impida al Contratista realizar su trabajo. En tal caso la determinación de la responsabilidad por este tipo de retrasos, a falta de una precisa descripción en el contrato, dependería de cuán imprevisible es el problema de acceso (una huelga nacional, un derrumbamiento) en cuyo caso debería el dueño de la obra, soportar el retraso; o el caso de una demora provocada por el desmejoramiento de la servidumbre de acceso al sitio de construcción de una planta eléctrica, por falta de mantenimiento de la misma, en cuyo caso la diligencia del Contratista pudiese quedar comprometida.

Controversias con respecto a la Causación de Daños y Perjuicios (Lucro Cesante)

- Daños y perjuicios en derecho Panameño

En términos generales, el artículo 986 del Código Civil panameño reconoce la obligación de resarcir daños y perjuicios causados, a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas.

Esto quiere decir que si dentro de un contrato de construcción, alguna de las partes causare un daño a la otra parte, indiscutiblemente la parte afectada podrá solicitar el resarcimiento de dichos daños.

- Naturaleza y ejemplo de daños y perjuicios en contratos de construcción.

La naturaleza de la responsabilidad y correspondiente resarcimiento por los daños es contractual, para el caso específico de la relación dueño-contratista, toda vez que las obligaciones que surgen entre estas vienen generadas por un contrato de construcción.

Al igual que reclamaciones que buscan la indemnización del daño material, es decir el daño ya causado, surgen pretensiones que buscan el resarcimiento por lucro cesante.

Es el caso de un dueño que encomienda la construcción de un colegio que debe estar listo un mes antes del inicio de clases y en base a ello, vende un porcentaje importante de las matrículas. Luego el colegio se atrasa por negligencia del contratista y el dueño pierde a todos los estudiantes porque estos se registran en otro colegio.

En este caso el dueño sufre perjuicios que se calculan en función de los ingresos que se le generarían por las matrículas, venta de libros, uniformes y demás ingresos de los colegios, así como el pago a profesores y demás trabajadores contratados previamente. Puede surgir una controversia respecto a dicha demora, si fue por culpa del propio dueño o fue por culpa del contratista y si se deben aplicar o no multas por entrega tardía de la obra.

En el caso contrario, si a criterio del contratista la demora en la entrega es atribuible exclusivamente al dueño, entonces éste reclamará su pago más los intereses por mora como exigencia de cumplimiento de la obligación, más los perjuicios que hubiese podido sufrir por motivo de costos financieros o pérdida de una oportunidad.

En conclusión, ambas partes tendrán la oportunidad, y en la práctica así ocurre, de pedir el cumplimiento de las obligaciones o el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, a lo cual estará obligada la otra parte, si se llegasen a probar tanto los daños como el nexo causal.

Habiendo revisado el tipo de controversias que pueden surgir de la relación contractual de construcción, veamos cuáles a nuestro criterio son elementos valiosos que pueden extraerse de la práctica arbitral en materia de construcción y que están directamente relacionados con el proceso arbitral en sí:

- **Aspectos relacionados al proceso arbitral:**

a- La Cláusula Arbitral.

Es sabido y reconocido de manera uniforme tanto por la doctrina como por la legislación y la jurisprudencia local y extranjera que el arbitraje tiene un origen eminentemente contractual. Al proceso arbitral llegan dos o más partes por voluntad propia, debidamente expresada por escrito. Este consenso de voluntades, de acuerdo con nuestra legislación (panameña) puede darse de la siguiente manera:

Decreto Ley 5 del 8 de Julio de 1999 (Ley de Arbitraje).

“Artículo 8. El convenio arbitral podrá adoptar alguna de las modalidades siguientes:

1. Un convenio o acuerdo en forma de cláusula inserta dentro de otro contrato llamado contrato principal.
2. Un convenio o acuerdo independiente sobre controversias ya surgidas o que puedan surgir entre las partes.
3. Una declaración unilateral de someterse a arbitraje por una de las partes, seguida de una adhesión posterior de la otra u otras partes involucradas en el conflicto.”

Cualquiera sea la forma que se adopte para llegar al proceso arbitral, es evidente que se requerirá de un “convenio” el cual será redactado por las partes y que debe confirmar de manera inequívoca el deseo y voluntad manifiesta de las partes de que la disputa sea resuelta por vía del arbitraje.

La importancia de una buena redacción de la cláusula arbitral viene fundamentalmente dada por razón de los efectos que la misma conlleva:

- **Efectos sustantivos.**

Como efectos sustantivos debemos entender que, la materia o materias contenidas en un determinado contrato, dentro del cual está inmersa la cláusula arbitral, deben ser sometidas a arbitraje en la eventualidad de ocurrir una controversia. En otras palabras, es la cláusula arbitral la que determina qué tipo de diferencias contenidas en un contrato o en una relación de derechos y obligaciones entre partes, serán sometidas al proceso arbitral y cuáles no.

En ausencia de total claridad de la cláusula arbitral, es posible que esa voluntad expresada al inicio de la relación contractual de someter las controversias a arbitraje, se vea perjudicada por una mala redacción de la cláusula.

Ejemplos de este tipo de cláusulas podrían ser:

- a- Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja por motivo del presente contrato será sometida a los tribunales panameños. Cada una de las partes elegirá a un árbitro y entre estos elegirán a un tercero, quien será el presidente del Tribunal Arbitral.
- b- Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja por motivo del presente contrato será sometido a arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Capac, con sede en Santiago de Veraguas. Cada parte elegirá un árbitro, quienes deberán resolver la controversia en un término de cinco días hábiles.

Estos dos ejemplos nos llevan por un lado a concluir que:

- La buena redacción de la cláusula arbitral es imprescindible para que una controversia determinada pueda ser sometida a arbitraje. En ambos casos anteriores, a nuestro criterio, se hace imposible al menos en un complejo caso de construcción, llevar a cabo un proceso arbitral eficiente y libre de vicios que conlleven una futura anulación de un laudo arbitral
- Las mejores cláusulas arbitrales son aquellas cláusulas simples que expresan el deseo de someter la controversia a arbitraje, y determinan o bien un reglamento de un centro de arbitraje o simplemente, permiten que sea la ley la que se aplique en esos casos (arbitrajes ad-hoc).
- **Efectos adjetivos o procesales.**

El efecto adjetivo o procesal por excelencia de la cláusula arbitral, es la obligación legal (artículo 11 de la ley de arbitraje) de los juzgados ordinarios, de declinar su competencia a favor de un tribunal arbitral.

El problema que pudiese existir sería entonces el caso en el cual una cláusula defectuosa o patológica no permitiera de manera clara a un Juez a quien se le

presenta una demanda, la claridad acerca de la intención de las partes de someter una controversia contractual a arbitraje. Surge entonces la pregunta acerca del correcto actuar de un juez en tal caso: declina la competencia a favor del arbitraje o no? Luego, el no hacerlo, representa que está decidiendo sobre la competencia del tribunal arbitral, en abierta violación al principio de Kompetenz-Kompetenz contenido en el artículo 17 de la ley de arbitraje?

La manera más práctica de eliminar estos conflictos elementales, es la buena redacción de la cláusula arbitral desde un inicio, pues al menos en materia de construcción, el lema de "time is Money" (el tiempo es dinero), realmente aplica y estos retrasos, afectan considerablemente a alguna de las partes contratantes.

- Momento en que inicia el proceso arbitral

El proceso arbitral puede surgir durante o terminado el proyecto. Antes de su inicio, aunque no imposible, no es frecuente porque es en la etapa de la ejecución en donde se comienzan a encontrar los primeros obstáculos para un eficiente y adecuado avance de la obra.

En obras de infraestructura, cuyo período de ejecución puede ser extenso, es más posible que la controversia surja aún durante la ejecución de la obra. Aquí es importante la figura del arbitraje en la medida en que por ser un proceso más expedito que las disputas ante la jurisdicción ordinaria, si nos encontramos frente a partes que desean realmente resolver la controversia y seguir con el proyecto, definitivamente se verán beneficiados por la prontitud y confidencialidad del proceso arbitral.

- La elección de los árbitros.

Asumiendo que la cláusula arbitral ha sido clara en la elección de un centro de arbitraje para la administración del proceso, la primera tarea que enfrentan las partes es la elección de los árbitros.

En esta etapa, a nuestro criterio de crucial importancia, deben considerarse varios aspectos. Uno de ellos es si se eligen ingenieros, arquitectos o se eligen abogados. Para tomar esta decisión, debe en primer lugar entenderse cuál es el papel del árbitro.

El árbitro debe dejar de ser visto en la práctica como un abogado más de la parte o alguien quien, independientemente de lo que sepa de la materia, va a favorecer mis intereses.

Por el contrario, una parte en un proceso arbitral de construcción, debe buscar que el Tribunal Arbitral esté en su totalidad compuesto por las personas más capaces para de una manera expedita, profesional e imparcial, resuelvan la causa.

No todos los buenos abogados son buenos árbitros, ni todos los buenos ingenieros son buenos árbitros. En disputas en materia de construcción habrán aspectos por resolver y que tienen componentes eminentemente jurídicos (aplicación de normas de interpretación de los contratos, aspectos de excepciones -inexistencia de la obligación o prescripción- imputación de responsabilidad, nexo de causalidad, ley aplicable a la controversia), así como aspectos eminentemente técnicos que evaluar (grado de afectación del suelo, demora razonable, precio razonable de productos, errores de planos, ruta crítica del proyecto). El tribunal arbitral ideal es uno compuesto por abogados y técnicos y que entre ellos, tengan la capacidad de intercambiar información y opinión de manera objetiva para ir formando un criterio sobre la disputa a ellos sometida.

De ahí que, independientemente de si se trata de un abogado o un técnico, el árbitro elegido por las partes debe tener como mínimo, las siguientes características:

- Debe ser una persona muy profesional.
 - No debe tener una relación de parentesco o comercial con las partes del proceso. Debe ser completamente independiente.
 - Debe tener conocimientos sobre la materia o materias que se discuten.
 - Debe tener experiencia en el manejo de procedimientos arbitrales, preferiblemente extensa experiencia como árbitro.
 - Debe tener habilidades de comunicación y transmisión de sus ideas.
-
- **La fijación de la causa (también llamado en otros procedimientos como la elaboración del Acta de Misión).**

Culminada la etapa de presentación de la demanda arbitral y posiblemente de la demanda de reconvención, el Tribunal Arbitral en presencia de las partes define cuál será su misión.

El principal propósito de esta audiencia es la de depurar el caso, de forma tal que únicamente se lleve a cabo un proceso sobre aquellos puntos que realmente son controvertidos, y que por lo tanto, puedan evitarse dilaciones al proceso con pruebas que recaiga sobre hechos reconocidos por las partes, o quizá irrelevantes al proceso.

Aquí es importante que las partes aseguren transmitir a los árbitros realmente en qué consiste la controversia y cuáles son puntualmente los puntos y los aspectos que van a debatirse en el proceso. La presentación por escrito de lo que a criterio de las partes son los puntos de la controversia, aunque no es usualmente exigido por los reglamentos, es preferible hacerlo así, por escrito, pues de esta manera son recogidos de manera más clara en el acta de misión.

La oportunidad igualmente que tienen las partes de hacer una exposición oral y clara frente a los árbitros de su posición y permitir incluso a estos cuestionarle sobre estos puntos, crea mayor claridad, por lo que debe dársele a esta audiencia la mayor importancia y aprovecharse al máximo.

- **La práctica de pruebas**

La presentación de las pruebas en el proceso de construcción es el aspecto más importante del proceso en sí. Es la oportunidad de las partes para demostrar sus hechos y que el tribunal perciba de manera directa la realidad de lo ocurrido.

Frente a las pruebas técnicas queremos destacar que no siempre constituyen las pruebas más relevantes del caso, por lo cual no debe hacerse de una prueba técnica el punto medular del caso, salvo que en efecto la parte tenga la seguridad de que es eso lo determinante. Por ejemplo, si en la controversia se debate sobre la demora en la entrega por motivo de cambio en el calibre de ciertas vigas y en realidad la demora se concentra en la imposibilidad de ubicar dichas nuevas vigas en el mercado, las partes no deben extenderse respecto a la necesidad técnica de hacer los cambios en dichas vigas, pues esto se convierte en un tema que no tiene gran importancia.

No obstante, en caso de que sea la prueba técnica la más relevante (como sería en el caso de determinar si los daños sufridos en la estructura son producto de la mala calidad del material empleado o por la negligencia en la instalación), hay que dedicar suficiente tiempo y esfuerzo en que las pruebas documentales y periciales así lo evidencien.

Pruebas Documentales.

Dentro de las pruebas documentales, quisiéramos hacer énfasis a la bitácora del constructor como punto de partida para la comprensión de aquellos actos que tienen lugar en la ejecución de la obra. Este documento es imprescindible al momento del análisis de casos sobre todo que guardan relación con demoras en la construcción y cambios solicitados por el dueño.

La valoración de esta bitácora por los árbitros dependerá de aspectos circunstanciales que ambas partes intentarán probar en el curso del proceso, tratando el contratista de probar su validez si le conviene, y haciendo lo contrario el dueño.

Los planos del proyecto generalmente juegan un papel importante en los procesos sobre defectos en los planos e igualmente en casos sobre cambios en los diseños que generan demoras en la entrega.

Fotografías y Videos resultan igualmente de gran relevancia probatoria, sobre todo cuando lo que se intenta demostrar son situaciones o estados de las cosas, que al momento en que se va a llevar a cabo el juicio arbitral, habrán cambiado. Procurar introducir este tipo de evidencias, en los procesos de construcción generalmente ayuda a crear una mayor visual a los árbitros de los reclamos y coadyuvan en la probanza de los hechos.

Pruebas Periciales.

Las pruebas periciales son vitales al proceso para la probanza de aspectos técnicos. De más está decir que al elegir al experto que va a realizar y sustentar un informe pericial, debemos no únicamente considerar sus conocimientos técnicos en la materia de que se trate, sino también su experiencia forense, es decir, considerar su participación previa en procesos arbitrales o judiciales como perito, pues demostrar nerviosismo, inseguridad, o parcialidad manifiesta al elaborar o defender su informe, resta credibilidad a su experticia en perjuicio de la parte que lo aduce.

Toda vez que en muchos casos, el Tribunal arbitral se encuentra frente a la presentación de dos informes diametralmente opuestos en cuanto a su contenido y posición, nuestra recomendación frente a la prueba pericial es que los árbitros siempre deben estar abiertos a la posibilidad de contratar para el tribunal un experto que elabore un informe imparcial. Esta discrepancia entre informes, tan frecuente en la práctica, ocurre por la falta de una adecuada práctica forense por parte de los abogados de las partes en conjunto con los técnicos.

Visitas al Sitio.

Las visitas al sitio (inspección judicial) en muchas ocasiones es necesaria y debe ser propuesta por las partes a fin de que el Tribunal de manera inmediata pueda percibir la magnitud del daño o de la obra objeto de la controversia. Esta es una prueba que no siempre es requerida por las partes y que sin embargo a nuestro criterio, involucra al tribunal mucho más con la controversia.

La Ampliación del Canal de Panamá y el Arbitraje.

A raíz de reciente aprobación de la ampliación del Canal mediante Referéndum e inicio de las obras, surge para Panamá una enorme responsabilidad frente a una monumental obra sin precedentes para el Gobierno Panameño. Esto último, considerando que la propia construcción del Canal Interoceánico estuvo a cargo del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica.

Las proporciones de las obras a ser construidas y los proyectos a ser desarrollados y por ende, la cuantía de sus contrataciones, son sin lugar a dudas de una magnitud que permite llamarle macroproyecto de construcción. Se estima que el contrato de construcción del tercer juego de esclusas tiene un costo aproximado de USD.2.5 Billones de Dólares. Este contrato generará a su vez múltiples subcontratos de proporciones igualmente grandes en comparación con las tradicionales construcciones de edificios, carreteras o puentes.

La modalidad de contratación empleada por la Autoridad del Canal de Panamá, nos lleva a referirnos a dos aspectos de enorme relevancia, ahora, respecto a los contratos de construcción internacional: i- La estandarización de los contratos de construcción a nivel internacional; ii- La solución de disputas en este tipo de contratos.

Sin el ánimo de ser exhaustivos en tan complejos y extensos temas, tenemos el gran interés de compartir en términos generales sobre estos dos puntos.

- La estandarización de los contratos de construcción a nivel internacional.

El creciente desarrollo globalizado de los países supone la necesidad de planear y ejecutar grandes obras de infraestructura. La ampliación del Canal de Panamá es sólo uno de estos proyectos de gran envergadura, los cuales en países más desarrollados como Inglaterra, Francia, Alemania, India, Japón e incluso en China, están cada vez siendo más grandes y de mayor complejidad tecnológica.

Este tipo de macro proyectos o macro construcciones, envuelven generalmente la participación de una o varias empresas de distintos países, muchas veces distintas al país de ejecución del proyecto. Igualmente, exige la participación de entidades financieras y empresas de seguro que por lo general, tampoco provienen exclusivamente del país de ejecución del proyecto.

De este tipo de transacciones importantes y con participantes de distintas jurisdicciones, ha surgido la necesidad de ir uniformando las reglas del juego de forma que previo al inicio de las obras constructivas, cada uno sepa a qué riesgos se está sometiendo.

Una de las entidades internacionales que mayor rol ha jugado en la uniformidad de este tipo de contrataciones de construcción internacional ha sido la Federación Internacional de Consejos de Ingenieros (FIDIC, por sus siglas en Francés).

FIDIC ha realizado su mayor aporte en la estandarización de los contratos internacionales de construcción. Esta asociación de profesionales de la ingeniería más importante a nivel mundial y con sede en Lausanne-Suiza, creó y viene desarrollando la forma contractual usada en la gran mayoría de las operaciones de ingeniería civil adelantadas en los países en vías de desarrollo. Los contratos creados y desarrollados por FIDIC, son modelos que recopilan de una u otra manera la práctica internacional en la materia, lo que en la práctica se ha denominado el “sentido común en la ingeniería”.

FIDIC está integrada por aproximadamente sesenta y siete miembros de diferentes países, los cuales representan por lo menos 560,000 profesionales en el ramo de la ingeniería y la construcción y está gobernada por un comité ejecutivo y comités específicos de estudio y otros grupos de trabajo.

FIDIC ha dominado el mundo de los documentos relativos al mercado de la construcción desde los años sesentas, con formatos contractuales tales como las Condiciones de Contrato para Trabajos de Construcción e Ingeniería Civil, o mejor conocido como el “Libro Rojo”, el cual ha venido siendo usado para grandes proyectos de infraestructura. Esta forma contractual ha sido reconocida por varias décadas y podría decirse que es la forma contractual dominante en el mercado de la construcción. Ese estatus de líder fue reconocido expresamente por el Banco Mundial, quien lo incorporó a sus documentos estándar de licitación para obras.

Recientemente FIDIC, luego de un análisis de los formatos contractuales desarrolladas desde la década de los 50's publicó 4 nuevos formatos contractuales que reemplazaban los desarrollados anteriormente. Los nuevos modelos son los siguientes:

- Condiciones de Contratos de Construcción: Forma recomendada para construcciones o trabajos de ingeniería diseñados por el Empleador (promotor) o por su representante (The Engineer). Bajo esta forma contractual el Constructor (contratista) construye las obras de acuerdo con el diseño que le ha suministrado el Promotor. Sin embargo, las obras pueden incluir algunos elementos de diseño por parte del Contratista.
- Condiciones de Contratos para el Diseño y Construcción de Plantas: Este tipo de contratos son recomendados para la provisión de plantas mecánicas o eléctricas, y para el diseño y ejecución de construcciones u otras obras de

ingeniería. Bajo esta forma contractual el Contratista diseña y provee, de acuerdo a los requerimientos del Promotor, la planta y las obras.

- Condiciones de Contratos para Proyectos EPC/TURNKEY: Esta forma contractual es recomendada en aquellos casos en los cuales una sola entidad tiene la responsabilidad total de la ejecución del proyecto de construcción o ingeniería. Vale señalar que este modelo de contrato es también denominado como el "Silver Book" de FIDIC y es el actualmente propuesto para la contratación de la construcción del Tercer Juego de Esclusas del Canal de Panamá.
- Forma Corta de Contrato: Diseñada y desarrollada para obras de construcción o ingeniería con un presupuesto pequeño.

Vale únicamente resaltar que el primer modelo listado, a saber, las Condiciones Generales de Contratación para trabajos de Construcción y Obras de Ingeniería Civil, o también llamado por la doctrina como "Red Book", es el modelo más importante de los desarrollados por FIDIC.

De este modelo puede resaltarse que está compuesto por: a) Un formato de oferta; b) un formato de acuerdo y; c) las condiciones contractuales. Estas condiciones contractuales contienen las condiciones generales y las condiciones específicas. Al analizar este modelo, claramente puede percibirse que la intención de FIDIC es que en cada contrato únicamente se varíen las condiciones particulares adaptándolas al caso específico. Este modelo fue diseñado para ser usado en aquellos eventos en que se pretende una obra de construcción o ingeniería como una autopista, un aeropuerto, un puerto, represas, túneles, pero no se encuentra limitada única y exclusivamente para tales trabajos.

Adicionalmente cabe señalar que FIDIC ha desarrollado un modelo de subcontrato para ser utilizado en proyectos internacionales en donde el contrato principal está basado en el ya mencionado "Libro Rojo", por lo que nos encontramos con un modelo de subcontrato con una total y clara coherencia con la estructura del "Libro Rojo".

Entre las cláusulas más relevantes del contrato de construcción internacional encontramos las siguientes:

- Precio (sistema de Precio Alzado, sistema de Unidad de Precio, sistema de Costos Reembolsables)
- La Figura del Engineer
- Variaciones
- Demoras en las obras y extensiones de tiempo
- Resolución de Disputas

Este último punto nos lleva a nuestro tema final de la presente monografía, que los Dispute Boards.

- Dispute Boards.

Con el propósito de resolver de manera más eficiente los conflictos generados en el desarrollo de los contratos de construcción internacional, se crearon el DAB (Dispute Adjudication Board) en el Reino Unido y el DRB (Dispute Resolution Board) en los Estados Unidos.

Los Dispute Boards (DB) en general, son comités encargados de resolver las disputas de una manera ágil y económica, generalmente se constituyen desde el inicio del contrato y se mantienen con permanencia y remuneración durante toda la ejecución del mismo.

Los DB está compuestos por uno o tres miembros que conocen a profundidad el contrato y su ejecución, ayudan de manera informal a las partes a resolver desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato y emiten recomendaciones o decisiones con respecto a cualquier disputa que le panteen las partes.

No se trata de tribunales de árbitros constituidos en la etapa previa al conflicto sino de conocedores de la materia que están al servicio de un proyecto determinado con ciertas obligaciones tales como: visitas periódicas al sitio, reuniones con promotor y contratista para analizar desarrollo de la obra y cualesquiera otras obligaciones sean exigidas por las partes. Al surgir una desavenencia entre las partes, se activa este sistema como el primer paso para la solución de las disputas.

Es muy frecuente que los DB sean el paso previo al arbitraje, pues las decisiones de estas, no tienen la fuerza de un laudo o una sentencia.

En tal contexto fue que FIDIC introdujo al mercado el uso de los consejos o juntas de Resolución de Disputas (DB) entre 1995 y 1996, incluyéndolos en primer término en el llamado Orange Book, para luego adaptarlos al Red Book. Ya para 1999 todos los contratos modelo desarrollados por FIDIC incluían de manera particular la figura.

Dos ejemplos de proyectos en los cuales exitosamente este mecanismo fue empleado a nivel internacional fue: i- El proyecto de la Represa Harvey en Australia Occidental el cual fue construido en los años 2000 y 2001 bajo un contrato avaluado en 50 millones de dólares. En este caso, el DB fue constituido al comienzo del proyecto y en ejercicio de sus funciones, recibía reportes mensuales sobre el desarrollo del proyecto y realizó visitas periódicas al sitio de las obras. En el curso

del proyecto unas órdenes de trabajos adicionales en las bases de la obra resultaron en una solicitud de pago extra por parte del Constructor (contratista). Si bien no presentó una disputa formal, la existencia del DB y sus recomendaciones sobre el evento en particular fueron suficientes para obtener una solución oportuna al problema y así evitar un conflicto entre las partes; ii- Otro caso importante es el del Hong Kong International Airport, proyecto en el cual fueron otorgados 22 contratos por un valor total de 10 Billones de Dólares y se constituyó un DB de siete miembros con paneles de tres miembros para conocer diferentes disputas. El DB realizó aproximadamente unas 16 visitas al sitio de trabajo y resolvió seis disputas, de las cuales entregó cinco recomendaciones que fueron acatadas por las partes sin necesidad de acudir a arbitraje. La única que fue sometida a arbitraje, fue confirmada por el Tribunal Arbitral.

Tanto los modelos de contratos de construcción internacional de FIDIC, como aquellos contratos que siguen de cerca las reglas de la ICC para la contratación internacional, emplean los DB dentro de una forma escalonada de solucionar sus conflictos en donde los DB son un paso previo al arbitraje.

Como regla general, los miembros de DB deberán hacer declaración expresa sobre su independencia e imparcialidad. En ese mismo sentido, los miembros de DB deberían revelar a las partes cualquier información que ellos consideren podría aparecer inconsistentes con su declaración de independencia.

Igualmente, los miembros del DB deberán declarar lo siguiente:

- Que son lo suficientemente experimentados para realizar las labores que le son encomendadas;
- Que tienen la experiencia suficiente para interpretar la documentación del contrato;
- Que son fluidos en el lenguaje o idioma del contrato;
- Que no tienen interés financiero alguno en ninguna de las partes en el contrato;
- Que no han sido empleados previamente por ninguna de las partes en el contrato;
- Que no tienen relación alguna con los empleados, dignatarios o directores de las partes en el contrato;
- Que durante la ejecución del contrato no serán empleados por ninguna de las partes;
- Que tratarán toda la información a ellos suministrada como confidencial.

Las ventajas más significativas de este mecanismo son:

- Disponibilidad Inmediata: El mecanismo de resolución de conflictos debe estar disponible en todo momento, permitiendo así, no solo un conocimiento inmediato y efectivo de las disputas que se presentan sino también un conocimiento de los hechos que tienen la potencialidad de generar una disputa. De esa manera no se limita la actividad de dicho género a la toma de decisiones sino que también se brinda consejo y dirección a las partes durante la ejecución del proyecto.
- Economía: en la gran mayoría de los casos, el mecanismo otorga una resolución económica y eficiente, evitando incurrir en los altísimos costos del arbitraje.
- Calidad de la decisión: Las partes deben entender la decisión como justa, respetable y elaborada por un experto.
- Finalidad: Resuelve todo conflicto con el firme objetivo de evitar situaciones y disputas pendientes, al terminar el proyecto.
- Armonía del Proyecto: Genera relaciones enmarcadas en el respeto y cooperación puesto que evita conflictos extendidos en el tiempo.
- Reducción de Disputas: El sistema debe invitar e incentivar a las partes a solucionar sus conflictos por sí solos.
- Uso extendido: El proceso debe utilizarse en todo momento mientras dure el proyecto e inclusive una vez finalizado el mismo ya que las disputas, en gran parte de los casos se generan con posterioridad a la terminación y entrega de las obras, porque es allí donde se vislumbran los defectos en las mismas.
- Firmeza: El proceso no cede ante presiones por la naturaleza del proyecto o por los participantes ya que los miembros del consejo son independientes.

De no poder resolverse la disputa a través del DB, entonces se activa la posibilidad de las partes para acudir a la justicia arbitral.

Cabe destacar el gran auge que estos DB están tomando a nivel internacional y ahora con seguridad serán empleados en Panamá en el proyecto de ampliación del Canal por motivo de que están empleando con aquel contratista que sea beneficiado con el contrato, el modelo de FIDIC denominado EPC/TURNKEY o "Silver Book".

Conclusiones:

- Los contratos de construcción son por excelencia los contratos de los cuales se genera, por la naturaleza de la actividad, la mayor cantidad de reclamaciones o controversias, de distintas índoles.
- Es imprescindible la buena redacción no sólo de los contratos de construcción en general a fin de dejar muy claras las obligaciones de las partes y la distribución de los riesgos en el desarrollo de la obra, sino

además debe considerarse la buena redacción de la cláusula arbitral a fin de no dejar lugar a dudas, la competencia del Tribunal de Arbitraje.

- Las disputas más frecuentes en materia de construcción surgen por motivo de demoras en la entrega o negligencia en la construcción.
- A nivel internacional, FIDIC ha liderizado el proceso de uniformidad de los modelos de contratación internacional. Estos contratos, junto con la jurisprudencia arbitral, han creado lo que se denomina en la doctrina como la *Ius Ingeniorum* o *Lex Mercatoria* de la Construcción Internacional.
- Los DB se están convirtiendo en parte de un mecanismo adecuado de solución de controversias, como una etapa previa al arbitraje, logrando exitosamente disminuir oportunamente los conflictos de la industria.

Recomendaciones:

- En la elaboración del contrato de construcción, deben participar forzosamente ingenieros, arquitectos y abogados, a fin de que se estipulen claramente las obligaciones de las partes y se logre contemplar las más remotas posibilidades de conflictos y su adecuada solución.
- Ser breve al redactar una cláusula arbitral y preferiblemente seguir los patrones o modelos establecidos por los centros de arbitrajes. No intentar escribir todo el procedimiento en la cláusula.
- A las partes en un contrato de construcción, se sugiere seguir su contrato al pie de la letra y documentar absolutamente cada situación que se presente.
- A las partes inmersas en un proceso arbitral, se sugiere analizar la posibilidad de la escogencia de un árbitro único en casos de cuantías poco elevadas o de baja complejidad.