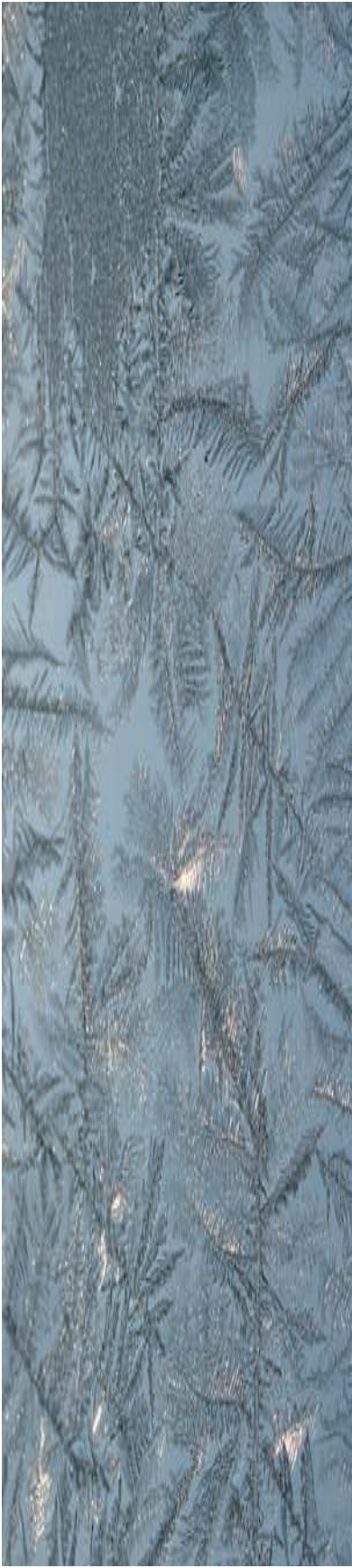




Roberto Hernández García

Dispute Boards: Teoría y Práctica

*Prevención y solución efectiva
de controversias en la
construcción*

COMAD , S.C.
Firma de Abogados
Fundada en 1965

[BOSCH]
MÉXICO

Dispute Boards: Teoría y Práctica

Prevención y solución efectiva de controversias
en la construcción

Roberto Hernández García

© Roberto Hernández García, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters KluwerLegal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: +34 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Julio 2022

Depósito Legal: M-17845-2022

ISBN versión impresa: 978-84-9090-623-1

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-624-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Medios de solución de controversias en la industria de la construcción

1. INTRODUCCIÓN: MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A nivel mundial, podemos afirmar que existen dos formas de resolver las disputas mediante la intervención de terceros neutrales, es decir, ajenos a los intereses de las partes en conflicto.

La primera es la denominada «Judicial» en la que el Estado Soberano, por conducto de sus autoridades jurisdiccionales y de las atribuciones y competencia que le otorgan las leyes, resuelve las controversias entre el Estado y los particulares o entre estos últimos, mediante procedimientos reglados y formales denominados «judiciales».

Sin duda el procedimiento judicial es el medio de solución de conflictos por excelencia y nada resulta más poderoso jurídicamente que una resolución emitida por un órgano de un Estado Soberano.

La segunda es la denominada «Medios Alternativos de Solución de Controversias» (MASC por sus siglas en español) y Alternative Dispute Resolution («ADR» por sus siglas en inglés).

Estos últimos se conocen precisamente como «medios alternativos» porque no son los medios comunes y regulares estatales de solución de controversias, sino que son excepciones a las acciones y autoridades judiciales disponibles para los ciudadanos por los Estados Soberanos.

Estos medios alternativos nacieron por múltiples razones. Entre ellas: la gran carga de trabajo de los tribunales estatales que impiden resoluciones prontas y expeditas; la falta de especialización de los tribunales en ciertas materias técnicas; la confidencialidad, y lamentablemente en muchos casos, la desconfianza de que los tribunales estatales actúen con la integridad necesaria que asegure un nivel más que razonable de decisiones imparciales y honestas.

Brown y Marriot¹ describen a la resolución alternativa de controversias como:

«...una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general, aunque no necesariamente, involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutro que ayuda a facilitar dicha solución».

Groton señala que:

«El término "MASC" ha ido más allá de su uso original refiriéndose al arbitraje y mediación, las "alternativas" tradicionales de solución de controversias al proceso judicial formal. En los últimos años, el alcance de los MASC se han ampliado para cubrir una vasta gama de técnicas que se han desarrollado no sólo para resolver controversias existentes, sino también para controlar, minimizar y hasta prevenir controversias. Estas técnicas se pueden usar selectivamente y de distintas formas para ajustarse a una variedad de relaciones y situaciones de negocio, y particularmente en la industria de la construcción. Más allá de la mera solución de controversias, estos sistemas MASC de hecho hacen cambiar actitudes y conductas de tal forma que se previenen controversias o se minimiza su impacto»².

En realidad, los MASC siempre han existido. Simplemente pensemos que en las comunidades rurales, la solución de los conflictos se encomienda a un hombre de edad mayor, que ha demostrado sabiduría y prudencia durante su vida, y que por lo tanto, no tiene potestades formales, pero sí autoridad para que los que les someten sus asuntos, consideren sus consejos, determinaciones o resoluciones como finales y vinculantes, en beneficio de la paz en la comunidad.

1. Referencia invocada en el término «Medios Alternativos de Solución de Controversias» de la Enciclopedia Jurídica Mexicana, Porrúa; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

2. Groton, James. «ADR in the Construction industry», en *Handbook on Construction Arbitration and ADR*. Carbonneau, Thomas et al. American Arbitration Association, 2007, pág. 1.

Lo cierto es que durante las últimas décadas, los MASC han tomado una importante relevancia en el mundo de la construcción, gracias a diversos esfuerzos institucionales, académicos y profesionales, que han enfatizado la necesidad de desarrollarlos, fortalecerlos e inclusive generalizarlos, al grado de que hoy en día muchos profesionales y académicos sostienen que hablar de que estos medios son «alternativos» ya no es aplicable, sino que son medios generalmente aceptados y aplicables, situación con la que coincido plenamente.

Dentro de los MASC, desde hace muchos años identificamos a los medios clásicos, los siguientes:

- a) La Mediación / Conciliación³;
- b) El Peritaje;
- c) El Arbitraje.

Cada uno de estos medios de solución de controversias tienen sus particularidades que en términos muy generales describimos a continuación:

2. LA MEDIACIÓN / CONCILIACIÓN

Es una forma de solución de controversias, mediante la cual, dos personas en conflicto, le solicitan a un tercero independiente y neutral llamado Mediador /Conciliador, que les apoye a solucionar su controversia mediante técnicas de acercamiento de las partes. En este contexto, los mediadores utilizan herramientas diversas para lograr identificar los intereses comunes de las partes, sus intereses en conflicto, y acercar a las partes para que lleguen a un acuerdo.

Un punto fundamental de entender para comprender esta figura es que el mediador/conciliador *no tiene capacidad de decidir sobre la controversia*, sino que mediante diversas técnicas de acercamiento, procura que las partes lleguen a un arreglo entre sí mismas. Por eso resulta ser un procedimiento esencialmente autocompositivo.

3. Algunos autores distinguen la conciliación de la mediación. En esta obra, al igual que otros autores, los equiparamos y les damos un tratamiento equivalente para pronto entendimiento del lector.

Existe en la academia una discusión, que no es unánime, sobre si la mediación y la conciliación son lo mismo o son figuras diferentes.

Se afirma que mediante la mediación: «...las partes contendientes son asistidas por un tercero neutral para intentar resolver su controversia, y lo resuelto en la mediación... no es obligatorio, aunque las partes pueden convenir en celebrar un convenio de transacción y en darle curso como si se tratase de un laudo arbitral o de una sentencia ejecutoriada»⁴.

Asimismo se señala que el conciliador «no toma partido en el procedimiento o en las negociaciones, ya que su papel principal es el de reducir el antagonismo entre las partes, abrir líneas de comunicación entre ellas, y hacer arreglos para negociaciones formales»⁵.

El Maestro Antonio Prida Peón del Valle, parece seguir la línea de entendimiento de que las figuras de mediación y conciliación son lo mismo y explica que la mediación o conciliación⁶:

«...utiliza las conocidas técnicas de comunicación para la solución de las crisis de los conflictos que contribuyen a transformar la relación de las partes de la adversarial a cooperativa... Se trata pues de uno de los medios de solución de controversias auto-compositivos pues permiten a las partes en conflicto mantener el control para construir la solución de su conflicto utilizando al mediador o conciliador, quien les ayuda a encontrar un marco de realidad, equilibrar sus relaciones de poder, detectar sus respectivas fortalezas y debilidades, conociendo mediante la empatía y el diálogo la causa remota de su controversia, y detonar alternativas para satisfacer, y ano sus posiciones, sino sus intereses y necesidades, derivada de sus percepciones y emociones»⁷.

Es reconocido a nivel Latinoamérica, que existe a diferencia de los Estados Unidos de América y Canadá, una pobre cultura de mediación/conciliación. Mientras que en los países anglosajones de América del Norte, se trata de todo un sistema y procedimiento que respetan las partes, en Latinoamérica no ha logrado desarrollarse con suficiente seriedad.

4. Voz «Medios Alternativos de Solución de Controversias» de la Enciclopedia Jurídica Mexicana, Porrúa; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

5. Voz «Medios Alternativos de Solución de Controversias» de la Enciclopedia Jurídica Mexicana, Porrúa; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

6. Es conocida la discusión sobre si la conciliación y la mediación son la misma figura o no. En esta obra nos hemos limitado a separarlas, pero como se puede observar, expertos como el Maestro Prida los equiparan para efectos conceptuales.

7. Prida Peón del Valle, Antonio. «La Mediación comercial», en la obra colectiva *Todo Arbitraje y MASC*, Gonzalez de Cossío, Francisco. Wolters Kluwer, México, 2022, págs. 575 y 576.

Confiamos en que algún día, este proceso logre la fortaleza que por sí misma ofrece.

Cabe señalar que la Mediación ha llegado a ser tan importante, que en el año 2018 se suscribió la «Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación» que establece un marco jurídico armonizado para el derecho a invocar acuerdos de transacción, así como para su ejecución⁸.

3. EL PERITAJE

Es una forma de solucionar controversias de naturaleza técnica, es decir, relacionadas con algún arte o ciencia determinado, mediante la cual, las partes en conflicto, someten su diferendo a un experto del arte o ciencia correspondiente, para que emita lo que se denomina un «reporte» o «dictamen» que será vinculante en la medida en que las partes lo hayan o no acordado previamente.

John Kendall lo define de la siguiente manera:

«La determinación de un experto es un medio por el cual las partes de un contrato designan conjuntamente a un tercero para que decida sobre un tema. Al tercero comúnmente ahora se le llama experto, y es una persona que ha sido elegida por su experiencia en el tema entre las partes...»⁹.

El peritaje es sumamente usado en contratos con particularidades técnicas, administrativas o financieras como materias en posible conflicto. Regularmente forman parte de las denominadas «clausulas escalonadas» o sistemas «escalonados de solución de controversias» de las que hablaremos más adelante.

Una de las ventajas del peritaje técnico es su gran flexibilidad y enfoque hacia la naturaleza de la controversia (que se insiste, tiene que ser puramente técnica).

Muchos contratos contemplan la figura del peritaje para estar ciertos de que un tema estrictamente técnico, no se convierta en un gran conflicto

8. https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements.

9. Kendall, John: «Expert Determination». Sweet and Maxwell. London, 2001, pág. 1.

legal, aunque ciertamente en no pocas ocasiones la línea divisoria entre los aspectos técnicos y legales de una controversia, es difícil de trazar.

4. EL ARBITRAJE

Es un «método o técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o han surgido entre dos o más partes, mediante la intervención hetero compositiva de uno o varios árbitros, quienes derivan sus facultades de un acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia»¹⁰.

Francisco Gonzalez de Cossío nos recuerda que el arbitraje ha sido judicialmente definido en México como un «proceso de solución de conflictos —distinto a la jurisdicción estatal— mediante el cual se dirimen controversias entre particulares, y que surge de sus voluntades»¹¹.

Es decir, es un procedimiento hetero compositivo, mediante al cual, dos o más personas que tienen una controversia, someten la misma a una o tres personas privadas (particulares, no autoridades estatales) denominados árbitros, que deben de ser y permanecer neutrales, para el efecto de que una vez que se lleve a cabo un procedimiento en forma de juicio con sus particularidades, el o los árbitros, resuelvan la diferencia mediante la emisión de una resolución que se denomina «laudo arbitral».

El laudo arbitral es vinculante por sí mismo, y en el ámbito nacional e internacional está generalmente aceptado como equivalente a una resolución judicial.

5. ¿Y LOS DISPUTE BOARDS, DÓNDE SE ENCUENTRAN?

En el medio del desarrollo de todos estos medios alternativos de solución de controversias, surgió en las últimas décadas, en la industria de la construcción una figura peculiar, por tener elementos similares a los ya descritos, pero al mismo tiempo ser completamente distinta: nos referimos a los Dispute Boards, también conocidos en Latinoamérica como «Paneles de Solución de Controversias», «Juntas de Resolución de Disputas» (En Perú), «Mesa de Solución de Controversias» o «Comisión de Resolución

10. Voz «Arbitraje» de la Enciclopedia Jurídica Mexicana, Porrúa; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

11. Gonzalez de Cossío, Francisco. «Arbitraje». Porrúa, México, 2004, pág. 129.

A nivel mundial, la industria de la construcción se enfrenta constantemente a la convergencia de fuerzas que pueden dar lugar a malentendidos, disputas, reclamaciones y litigios.

El primero es la necesidad constante de flujo de efectivo del contratista y el segundo es la necesidad del propietario de tener un proyecto terminado a tiempo, dentro del presupuesto y de conformidad con las necesidades del propietario.

Estos, invariablemente, conducen a controversias en los proyectos de construcción y este libro, magistralmente escrito por Roberto Hernández García, brinda su visión experta del funcionamiento de los Dispute Boards como una solución moderna y efectiva para la resolución de disputas en proyectos de construcción.

El libro entra en todos los detalles necesarios de lo que es el proceso de los Dispute Boards: cómo funcionan, las diferencias entre los Dispute Boards, y la situación actual de los mismos en América Latina, donde este concepto se está convirtiendo rápidamente en la mejor y más rápida forma de resolver los problemas de los contratistas y propietarios, y así preservar la continuidad del proyecto de construcción y mantener la construcción a tiempo y dentro del presupuesto.

Recomiendo encarecidamente este libro a contratistas, propietarios, ingenieros y abogados que se ocupan de asuntos de construcción.

Dr Cyril Chern

Londres 2022

ISBN: 978-84-9090-623-1

