



**Solución de Controversias
en Construcción**
Memorias Seminario ICC México

Boletín Informativo del Capítulo
Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.

Consejo Editorial.

Presidente ICC México.
Ing. Pierre Froidevaux Chavan

Vicepresidentes ICC México.
Lic. Lorenzo Ysasi Martínez
Lic. Juan Luis Prieto Jaqué
Lic. Ma. Fernanda Garza de Pérez Priego

Tesorero ICC México.
Lic. Jorge Fernández García Travesí

Secretaria General ICC México.
Lic. Yesica González Pérez

Directora Pauta.
Lic. Laura Altamirano López

Creación en formato electrónico.
Lic. Gustavo Manzanilla Méndez



Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.- Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de . Su distribución es exclusivamente para socios activos de .

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción -sin el permiso escrito de .

Título de la publicación: «  Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.»

Editor Responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor: 04-2009-071614425400-203

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518

Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105

Domicilio de la publicación y del distribuidor: Indiana 260 Piso 5 Oficina 508 Colonia Ciudad de los Deportes, C.P. 03810, México D.F.

Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321

5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628

web: www.iccmex.org.mx

e-mail: ygonzalez@iccmex.org.mx; laltamirano@iccmex.org.mx

5	Carta del Presidente
6	Planeación de las Obras Públicas. Roberto Zavala Chavero, Socio Director Grupo de Asesores y Técnicos de la Construcción, S.A. de C.V.
20	Evolución de la Legislación de Obras Públicas, Adquisiciones y Servicios (Conciliaciones). Víctor M. Hardy Mondragón, Director Proyectos Calbun Profesionales, S.C.
28	Evolución de la Legislación de Obras Públicas, Adquisiciones y Servicios (Conciliaciones). Carlos Augusto Vidal Riveroll, Ex Director General Adjunto de Conciliaciones Secretaría de la Función Pública
48	Solución de Controversias en Proyectos de Infraestructura y Obras en México: Retos y Perspectivas. Ernst Hechenberger, Socio Director Contract Administrator Associates, LTD
60	Principales Causas de Disputas en Materia de Contratos de Obras Públicas en México. Marco Tulio Venegas, Socio Von Wobeser y Sierra, S.C.
66	El Concepto de Error Manifiesto Como Supuesto de Excepción a la Obligatoriedad de los Dictámenes de Perito Independiente en la Contratación de Obra Pública. Marco Tulio Venegas, Socio Von Wobeser y Sierra, S.C.
74	Disputas Sobre Ajuste de Costos en Contratos de Obra. Marco Tulio Venegas, Socio Von Wobeser y Sierra, S.C.
85	Arbitraje, Solución Alternativa de Controversias y Reformas a las Leyes de Adquisiciones y Obras Públicas 2009. Herfried Wöss, Socio Herfried Wöss & Partners, S.C.
104	Dispute Boards. Roberto Hernández García, Socio Director, COMAD, S.C.

- 137 **Arbitraje, Medios Alternativos de Solución de Controversias y Compras del Sector Público en México.**
 Herfried Wöss,
 Socio Herfried Wöss & Partners, S.C.
- 149 **Contratos Incompletos y Solución de Controversias.**
 Francisco González de Cossío,
 Socio Director, González de Cossío Abogados, S.C.
- 157 **Distribución de Costos en el Arbitraje: El Modelo Porcentual.**
 Francisco González de Cossío,
 Socio Director, González de Cossío Abogados, S.C.
- 164 **De Leyes y Embutidos: El Arbitraje en Materia de Obra Pública, Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios con el Sector Público.**
 Francisco González de Cossío,
 Socio Director, González de Cossío Abogados, S.C.
- 173 **Final Report on Construction Industry Arbitrations.**
 International Chamber of Commerce,
 ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol.12/No.2-2001
- 208 **¿La Confidencialidad es Realmente una Característica del Arbitraje?**
 Adrián Ortega Navarrete,
 Asociado, González Calvillo, S.C.
- 217 **La ejecución de laudos anulados en el estado (LPC y JAG)**
 Leonel Pereznieta Castro, Consejero Jauregui Navarrete
 y Nader y James A. Graham, Socio Lobo & Graham
- 225 **El uso eficaz de fuentes legales:
 ¿Cuánto es demasiado y cuál es el papel de Iura Novit Curia?**
 Claus von Wobeser,
 Socio fundador y administrador de Von Wobeser & Sierra, S.C.

México D.F., Octubre 2010

Estimados socios y amigos:

Los proyectos de infraestructura y de construcción, son uno de los pilares de la economía mexicana y de la economía global. En lo que se refiere a los grandes proyectos del sector público hasta hace poco, el arbitraje estaba limitado a los contratos celebrados con 1 o 2 entidades gubernamentales.

El día de hoy, la puerta está abierta al arbitraje y a los medios alternativos de solución de controversias (mediación, conciliación, peritajes, dispute boards, entre otros), para todos los contratos de obra pública a nivel federal y para los proyectos de prestación de servicios o asociaciones público- privadas en lo que se refieren a adquisiciones públicas.

México se está convirtiendo en uno de los líderes en infraestructura tanto en América Latina como entre los países emergentes; lo cual nos abre una ventana de oportunidad para incrementar nuestra participación en obras y proyectos, en donde se espera una inversión de más de 2,532 mil millones de pesos.

Por la competitividad de la infraestructura de nuestro país, el Foro Económico Mundial, ha ubicado a México en el lugar 64 de 125 países y a nivel sectorial ocupamos el lugar 65 en ferrocarriles, 64 en puertos, 55 en aeropuertos, 73 en electricidad, 51 en telecomunicaciones y 49 en carreteras.

En América Latina, México se ubica en 7° lugar, atrás de Barbados (28), Chile (35), Panamá (46), Jamaica (53), El Salvador (54) y Uruguay (58). A nivel sectorial, México es 3° en ferrocarriles, 11° en puertos, 8° en aeropuertos, 14° en electricidad, 9° en telecomunicaciones y 6° en carreteras.

Estos proyectos de infraestructura implican la inversión de enormes cantidades de dinero y de financiamientos nacionales e internacionales que requieren de esquemas para la solución de posibles controversias en proyectos de infraestructura y obra, tema que ICC México y su Comisión de Arbitraje consideraron para la preparación del Seminario sobre Solución de Controversias en Proyectos de Infraestructura y Obras en México. Retos y Perspectivas y del cual estamos integrando en nuestro boletín informativo PAUTA 61, algunas de las presentaciones y artículos realizados por los expertos expositores.

Confiamos en que estas memorias sean de su interés y ofrezcan a ustedes herramientas útiles en su desarrollo profesional,

Muchas gracias.



Pierre Froidevaux Chavan
Presidente
ICC México

Planeación de las Obras Públicas.

Roberto Zavala Chavero,
Socio Director

Grupo de Asesores y Técnicos de la Construcción, S.A. de C.V.

Concepto y la necesidad de Planear Obras

CONCEPTO DE PLANEACIÓN

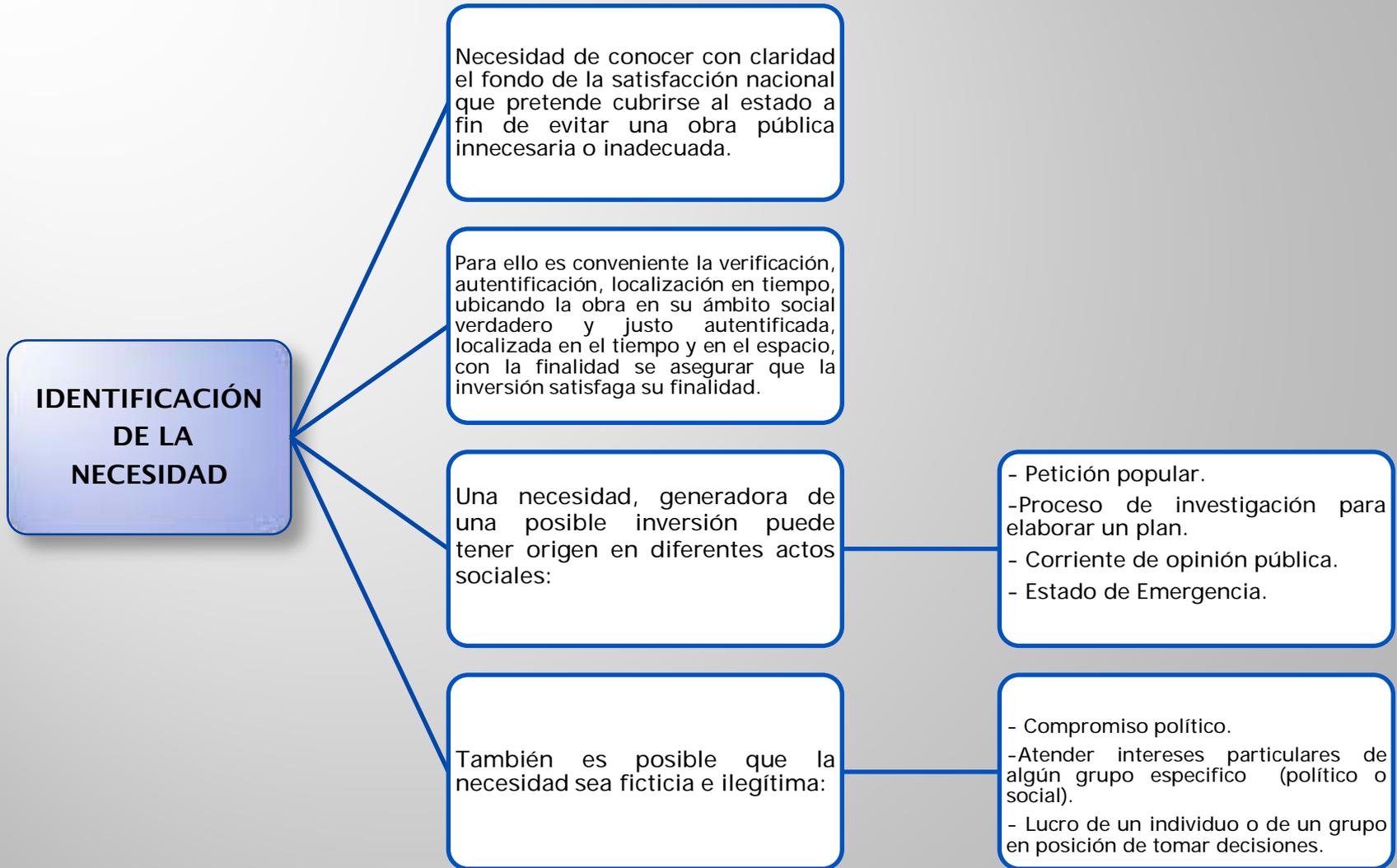
Es la fase que da inicio a toda acción congruente y productiva, se divide, para fines analíticos, en diferentes rubros secuenciales y complementarios, que van desde la gestación de la necesidad hasta la evaluación.

LEY DE EQUILIBRIO TRIDIMENSIONAL DE LA PLANEACION

1. Balance entre lo general y lo particular.
2. Balance entre lo cuidadoso y lo expedito.
3. Balance entre tradición e innovación

Evita los extremos, no por peligrosos sino por ineficientes, implica una constante revisión crítica de lo realizado en el proceso, contra lo faltante, de manera sistemática y concienzuda, siguiendo normas rigurosas pero aplicándolas con criterio práctico.

Concepto y la necesidad de Planear Obras



Concepto y la necesidad de Planear Obras

Aspectos a considerar en la planeación según su:

ORIGEN

- ♦ Características físicas del sitio o región donde se ubicará la obra en cuestión o el programa de obras en estudio: aspectos climatológicos, fenómenos naturales y meteoros recurrentes, tipo de suelos, topografía, configuración y linderos de terrenos y predios afectados por la obra.
- ♦ Recursos naturales existentes en la zona, en lo que afecta el desarrollo de la obra: materiales, minería, recursos hidráulicos, flora y fauna, yacimientos energéticos.
- ♦ Estructura socioeconómica del área servida: nivel de ingresos, de producción, de empleo, recursos humanos, estructura de comercialización, funcionamiento financiero regional.

APLICACIÓN

- ♦ Aspectos propedéuticos del futuro plan. Esto se refiere a la serie de datos provenientes de la necesidad, expresados en términos de demanda del servicio que será cubierto por las obras que se planean.
- ♦ Elementos que incluirá la obra, su tamaño, tipo y características básicas, capacidad e interrelación funcional.
- ♦ Infraestructura existente, servicios, comunicaciones, energía, imagen urbana o regional, grado de urbanización, y organización.

LEGISLACIÓN EN LA PLANEACIÓN

Para ello es necesario llevar a cabo la revisión y análisis de la legislación existente que tenga relación con el plan que se está emprendiendo. Conforme a lo siguiente:

Según la extensión geográfica del Plan, la región o entidad federativa, se revisarán las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes en ese futuro espacio físico de acción, aquellas relativas a zonificación, a funcionamiento urbano, a inversiones, las normas de tipo laboral, arancelario, ecológico, entre otras, contenidas en diversas leyes, reglamentos, planes, decretos y acuerdos.

Según el género de las obras y acciones objeto del plan, se hará necesario revisar el marco legal aplicable al rubro de que se trate, de acuerdo con las disposiciones sectoriales en la materia, para vincular al espíritu del plan no solamente con el propio de cada sector, sino con la leyes y reglamentos que regulan la operación y el fomento especializado de cada rama de la actividad, en aquello que sea aplicable.

Este proceso de compaginación y congruencia jurídica es laborioso y debe ser cuidadoso, especialmente en razón de la constante mutabilidad de las normas que intervienen en la "planeación" y "presupuestación" de las obras públicas.

Las disposiciones legales son un apoyo para la planeación de las obras públicas y su conocimiento a fondo es indispensable para la elaboración de un buen plan.

Un plan es esencialmente un documento informativo que contiene datos sistematizados para el uso de los que van a aplicarlo o ejecutarlo, para ello se requiere contar la incidencia de distintos tipos de información.

CRITERIOS GENERALES

La habilidad para realizar un plan, para seguir eficiente y productivamente un proceso de planeación, con la rapidez y el cuidado necesarios, pueden ser desarrollada en los individuos y en los equipos de trabajo mediante la capacitación.

- Esta requiere de cierto volumen de información, de una tecnología y de entrenamiento a través de métodos institucionales en las dependencias y entidades responsables de producir las normas y los lineamientos.

Intervención de los profesionales expertos en las diferentes ramas y el propio Estado para sistematizar la capacitación de los individuos y equipos de trabajo que deban ocuparse de proponer, encargar, realizar o supervisar los planes que el país requiere, a fin de evitar la improvisación de planificadores que hemos padecido y en la que todos hemos sido partícipes alguna vez.

- Sistematización amplia para entrenar y capacitar a ese ejército de planificadores, facilitándoles la realización de su trabajo, con miras hacia la consecución de mejores planes.

La creación de planes intermedios entre lo nacional y lo local, entre los planes globales o sectoriales y los proyectos específicos, a fin de lograr propósitos y las realizaciones concretas.

Filosofía FEL (Front-End Loading)

Pre-Planificación de Proyectos



Características Fundamentales de las Fases de Maduración

- ✓ **Visualización (FEL I):** Asegurar la congruencia estratégica y evaluar de manera preliminar la factibilidad técnico-económica de la oportunidad de inversión.
- ✓ **Conceptualización (FEL II):** Seleccionar la alternativa / escenario de proyecto más viable y detallar el alcance del proyecto.
- ✓ **Definición (FEL III):** Determinar el alcance, plazo y costo definitivo del proyecto y establecer los compromisos de ejecución.
- ✓ La ejecución del proyecto se realiza conforme lo planeado.
- ✓ El seguimiento al proyecto permite identificar desviaciones en alcance, plazo y costo respecto a lo planeado, tomar acciones preventivas / correctivas.
- ✓ Una vez finalizado el proyecto, la evaluación ex post permite determinar el cumplimiento de los objetivos planteados, e identificar buenas prácticas y áreas de mejora al proceso

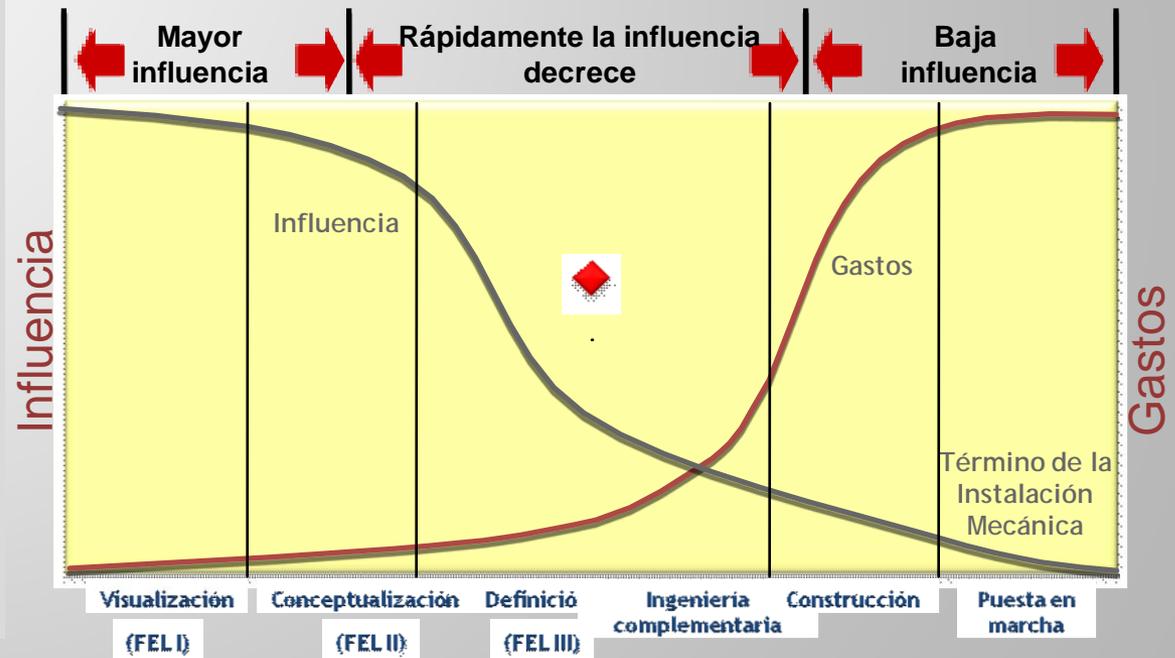
Metodología basada en el concepto de portones de aprobación, donde en cada portón se aprueba, o no, el pasaje a la siguiente etapa. Cada etapa implica un desarrollo cada vez mayor de los estudios involucrados, disminuyendo la incertidumbre, pero que requiere mayor presupuesto y tiempo para su ejecución que su etapa anterior.

Su implementación derivará en menores desviaciones en costo, plazo y alcance de los proyectos de inversión de la Institución

Importancia de la Fase de Diseño y Acreditación

- ▶ Las decisiones tomadas oportunamente durante el proceso de definición del proyecto se basan en trabajos cuyo costo es relativamente menor, pero tienen una influencia determinante sobre la fase de ejecución

- Durante la ejecución, las erogaciones son considerablemente mayores...
- ...pero las decisiones tienen un impacto menor sobre el alcance y el monto, *si la primera Fase se realizó adecuadamente*



La mayor oportunidad de influir sobre los resultados del proyecto se presenta durante el desarrollo de las etapas FEL.

Front End Loading: beneficios esperados

1. La verificación de la calidad de los entregables previene el inicio prematuro de las fases siguientes
2. Alcance bien definido = seguridad en costos y tiempos planeados
3. Los procesos de mejora de valor influyen positivamente los resultados del proyecto
4. Sistema efectivo de desarrollo de entregables
5. Reducción de costos hasta en un 20%
6. Reducción de la duración de la ejecución
7. Se influye en el resultado de un proyecto durante sus fases tempranas

Fase de identificación de oportunidad, sirve para validar de la oportunidad del negocio y se basa en estudios de factibilidad técnico-económicos. El proyecto está en el “mundo de los negocios” y no requiere intervención de gran cantidad de personal técnico.

FEL I

Objetivos Generales

- Definir objetivos y alcance del proyecto
- Integrar equipo de proyecto
- Establecer costo del proyecto (+50%/-30%)

Principales Actividades

- Elaboración del caso de negocio;
- Definición del alcance preliminar del proyecto;
- Generación y análisis de las alternativas tecnológicas
- Elaboración del plan preliminar de ejecución del proyecto;
- Plan y equipo de trabajo para la etapa de Conceptualización (FEL II);
- Elaboración del dictamen para acreditación.

Fase de proyecto conceptual, es el inicio del planeamiento del proyecto a fin de seleccionar una alternativa tecnológica y avanzar en las definiciones de la misma. Hasta aquí no se ha desembolsado gran cantidad de dinero. En esta etapa el proyecto pasa a manos de ingeniería de proyecto y es vital tener un Project Manager asignado. Esta fase aún puede realizarse puertas adentro de la compañía

FEL II

Objetivos Generales

- Generar y seleccionar alternativas tecnológicas
- Desarrollar ingeniería Conceptual
- Actualizar costo del proyecto (+35%/-20%)

Principales Actividades

- Alcance definitivo del proyecto;
- Selección del proceso y tecnología;
- Definición de bases de usuario;
- Desarrollo ingeniería conceptual;
- Elaboración del plan preliminar de ejecución;
- Análisis económico;
- Plan de trabajo para la etapa de Definición (FEL III);
- Elaboración del dictamen para acreditación.

Fase de ingeniería básica, en esta fase se desarrolla detalladamente el alcance, se elabora la ingeniería básica, se crea el plan de ejecución del EPC y se logra una la estimación final de las inversiones con un mínimo error. Esta fase requiere en general que se contrate una empresa de ingeniería para su desarrollo.

FEL III

Objetivos Generales

- Elaborar Ingeniería Básica y de Detalle antes de la procura (contratos IPC's) y de detalle extendida (contratos PC's)
- Desarrollar plan preliminar de ejecución
- Establecer costo del proyecto (Clase III ó II) (+25%/-15%)
- Aprobar la ejecución

Principales Actividades

- Alcance definitivo detallado;
- Bases de usuario y diseño definitivas;
- Elaboración de ingenierías, Plan de ejecución del proyecto;
- Estrategias de ejecución, contratación y financiamiento de obras y servicios;
- Análisis de riesgos (en la ejecución);
- Elaboración del dictamen para acreditación.

Patologías en la Planeación de Obras

Identificación de actores

En pocas ocasiones las áreas de planeación se identifican con los ejecutores.
Las licitaciones originan que el constructor de entere del proyecto hasta su ejecución.

Presupuestales

Constantemente sufre recortes económicos
Incomunicación de áreas de programación con ejecutoras
Inadecuada calendarización de los recursos
Administradores de la miseria

Indefinición de Proyectos

Ausencia de una cultura de planeación a través de Proyectos específicos
Necesidad de identificar proyectos similares
Proyectos con deficiencias técnicas.
Poca capacidad de gestión para negociar
Proyectos

Ejecución de obra

Incongruencia de actividades técnicas
Poca capacidad de gestión en la administración de obras
Poca asignación de recursos económicos a las áreas responsables de la ejecución de la obra
Ausencia de identificación de los factores políticos, culturales, sociales y económicos que inciden la ejecución de la obra

Contractuales

Precios Alzados
Ausencia de mecanismos técnicos para atender eventualidades de obra
Pocos mecanismos de resolución de controversias
Desconocimiento de contratos por los ejecutores de obras
Exceso de burocracia administrativa para la elaboración de convenios y pago de obra ejecutada
Administración de contrato con criterios de Organo Control.

Cómo evitar Controversias

Técnicos:

Revisión exhaustiva de los proyectos

Identificación de todos y cada uno de los factores técnicos que inciden en la obra, a efecto de que se contemplen aspecto posible y medibles.

Contractuales:

Análisis de las Convocatoria que contiene las bases de la Licitación.

Adecuada administración de obra.

Implementación de mecanismos que permitan resolver administrativamente las eventualidades de obra

Establecimiento en los contratos de un mayor numero de mecanismos de resolución de controversias, procurando que estos sean expeditos.

Revisión exhaustiva de los factores primordiales de un contrato de obra:

Pago, Penas Convencionales, Suspensiones, Rescisión Administrativa.

Evolución de la Legislación de Obras Públicas, Adquisiciones y Servicios (Conciliaciones).

Víctor M. Hardy Mondragón

Director Proyectos

Calbun Profesionales, S.C.

Presentación:

- La complejidad y el alcance que los proyectos de construcción han alcanzado en nuestros días, han exigido que tanto los procedimientos constructivos como los responsables de su ejecución **sean actualizados constantemente**.
- En este sentido, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y los contratos con entidades Públicas también han sufrido cambios importantes, sobre todo en el manejo de la información (Bitácora), elaboración y control de los programas, solución de controversias y **las habilidades de los Residentes (Cliente) y los Superintendentes (Contratista)**.
- Partiendo de la definición que hace la Ley de este último punto, se desarrolla esta presentación.

LA ADMINISTRACIÓN DE CONTRATOS



Contrato

- Bases de Licitación¹
- Juntas de Aclaraciones²
- Contrato³
- Anexos⁴
- Especificaciones⁵

Convenios⁶

- Monto⁷
- Tiempo⁷

Órdenes de Cambio

{ Aplicación de Precios y Alcances⁸

- Programa⁹

- Impactos Directos e Indirectos
- Actividades afectadas
- Prórrogas y Ampliaciones¹⁰

Programa⁹

- Especificaciones¹¹
- Alcances¹³
- Cambios de Secuencia¹⁵

Reclamos

- Documentos de Soporte

- Legal
- Técnico
- Administrativo

Controversias¹²

- Preparación
- Presentación
- Discusión

- Resumen Ejecutivo
- Narrativa
- Hechos
- Soporte Técnico
- Soporte Legal

- Gestión

- Cliente
- OCI'S
- SFP

- Consistencia
- Memoria de Cálculo

Dictamen

- Anexos Documentales
- Anexos Fotográficos
- Anexos Informativos

Correspondencia

- Oportunidad
- Contenido
- Forma

- Consistencia
- Clasificación
- Cruzamiento

Bitácora¹⁴

- Ley
- Particularidades
- Oportunidad
- Consistencia

- Claridad
- Contenido
- Contundencia



NOTAS AL CUADRO DE ADMINISTRACIÓN DE CONTRATOS

1. **Bases de Licitación:** Art. 31 LOPYSRM
2. **Juntas de Aclaraciones:** Art. 34 LOPYSRM
3. **Contrato:** Art. 45 a 51 LOPYSRM
4. **Anexos del Contrato:** Art. 31 LOPYSRM
5. **Especificaciones generales y particulares:** Art. 31: XVII, 46: V LOPYSRM
6. **Convenios modificatorios:** Art. 59 LOPYSRM
7. **Convenios de monto y plazo:** Art. 69, 70, 71, 76 del Reglamento de la LOPYSRM
8. **Precios unitarios extraordinarios:** Art. 46:XI V LOPYSRM; Art. 26-A del Reglamento de la LOPYSRM
9. **Programa:** Art. 24, LOPYSRM; Art. 26:II, 26-A: X,XI:II, III, IV, V del Reglamento de la LOPYSRM
10. **Prórrogas y ampliaciones de plazo:** Art. 3:VI, 69, 70, 72 del Reglamento de la LOPYSRM
11. **Programa de Ejecución:** Art. 24 penúltimo párrafo de la LOPYSRM
12. **Controversias:** Art. 15 y Título Séptimo (arts. 83 al 104)
13. **Alcances:** Art. 31:XVIII; 45bis
14. **Bitácora:** Art. 45:Antepenúltimo y Último párrafos LOPYSRM; 1:II; 73, 74, 77 penúltimo párrafo; 78:III; 84:V; 86:II,d); 86:IV; 87 y Sección II (arts. 93 al 97A) del Reglamento LOP
15. **Cambios en secuencia del Programa:** Art. 77 último párrafo Reglamento LOP



CAUSAS DE CONTROVERSIAS DURANTE EL PROCESO DE LICITACIÓN

CLIENTE	CONTRATISTA
<p>1. Incongruencias entre documentos de las Bases de Licitación</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Entre planos y dibujos, especificaciones generales, especificaciones particulares, catálogo de precios unitarios b) Alcances poco claros entre conceptos de precios unitarios y actividades a precio alzado c) Cambios constantes entre los documentos técnicos del contrato 	<p>1. Falta de entendimiento completo de los documentos de las Bases de Licitación</p>
<p>2. Incertidumbre en las fechas en que se tienen listas las instalaciones sobre las cuales se trabajará la licitación y de las fechas de suministro de insumos por el cliente</p>	<p>2. Incongruencia entre programas específicos de mano de obra, materiales, equipos de construcción y personal directivo con las matrices de precios unitarios del catálogo de conceptos</p>
<p>3. Modelo de contrato:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Mecanismos de ajuste de costos en moneda extranjera b) Garantías c) Penalizaciones 	<p>3. Programas de Construcción poco realistas</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Ligas entre actividades b) Actividades no programadas c) Actividades concurrentes d) Ruta crítica
<p>4. Respuestas en las juntas de aclaraciones</p>	<p>4. Cambios en los documentos en las Bases de Licitación no reflejados en la elaboración de la oferta</p>
<p>5. Ingeniería insuficiente</p>	<p>5. Errores en la propuesta</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Precios b) Rendimientos c) Personal y equipo no aptos para la actividad presupuestada
	<p>6. Estimación incompleta de riesgos</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Ambientales b) Sociales c) Meteorológicas d) Condiciones locales <ul style="list-style-type: none"> • Infraestructura • Comunicación • Disponibilidad de recursos • Obstrucciones
	<p>7. Falta de planeación</p>
	<p>8. Preguntas de juntas de aclaraciones</p>



CAUSAS DE CONTROVERSIAS DURANTE LA EJECUCIÓN

CLIENTE	CONTRATISTA
<p>1. Cambios de proyecto</p> <ul style="list-style-type: none"> a) <u>Trabajos adicionales</u> b) <u>Trabajos extraordinarios</u> 	<p>1. Recursos insuficientes, inadecuados o mal distribuidos</p>
<p>2. Cambio de prioridades</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Trabajos fuera de secuencia (disrupción) b) Trabajos paralelos c) Utilización de holguras 	<p>2. Flujo de efectivo</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Del proyecto b) Externo al proyecto (financiamiento y líneas de crédito)
<p>3. Retraso en la entrega de instalaciones</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Ajustes y cambios al programa b) Suspensión de trabajos 	<p>3. Retraso en suministro de</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Materiales b) Equipo de instalación permanente
<p>4. Retraso en los suministros por el Cliente</p>	<p>4. Carencia de equipo suficiente</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Por descompostura b) Por disponibilidad
<p>5. Demora en la elaboración de documentos para cambios de proyecto.</p>	<p>5. Recursos adicionales para “aceleración” (recuperación del programa)</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Constructiva (por el Contratista para evitar penalizaciones) b) Obligada (por el Cliente para cumplir fechas críticas con terceros) c) Utilización de holguras para acelerar en actividades no críticas.



CAUSAS DE CONTROVERSIAS DURANTE LA EJECUCIÓN

CLIENTE	CONTRATISTA
<p>6. Ingeniería insuficiente</p>	<p>6. <u>Seguimiento del programa</u></p> <ul style="list-style-type: none"> a) Programa contractual b) Programa de “derecho” c) Programa operativo <ul style="list-style-type: none"> c.1. Ruta(s) crítica(s) c.2. Impactos por cambios (<u>demoras</u>) c.3. Secuencia constructiva (<u>disrupción</u>) c.4. Actividades <u>concurrentes</u> (imputabilidad)
<p>7. Supervisión</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Propia b) Contratada c) Ingeniería en la preparación de la licitación y supervisión de la ejecución en la misma “canasta”. 	<p>7. Documentos del proyecto</p> <ul style="list-style-type: none"> a) <u>Bitácora electrónica</u> b) <u>Control de documentos</u> c) Contrato y sus anexos
<p>8. Falta de permisos</p> <ul style="list-style-type: none"> a) De ocupación de inmuebles b) De ocupación de áreas o predios c) De derecho de vía. 	<p>8. Problemas con</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Ingeniería b) Subcontratos c) Suministro de equipos.

CONCLUSIONES:

Como hemos visto, el **manejo adecuado de la información** que genera un proyecto de construcción, es de vital importancia para lograr el éxito tanto para el Cliente como para el Contratista.

Normalmente, una obra sufrirá modificaciones y adecuaciones durante su ejecución; su documentación tanto en tiempo como en forma, **son indispensables para conservar el balance económico del Contrato**.

De las habilidades de los responsables de la ejecución para ejercer **una administración íntegra del Contrato**, dependerá en gran medida el logro de los objetivos en tiempo, calidad y costo del proyecto.

Es indudable que surgirán controversias; su solución expedita dependerá de la **utilización adecuada de las herramientas** que permiten la Ley, la Normatividad vigente y el Contrato, aunadas a un control adecuado de la documentación que se genera.

Los cambios y adecuaciones que ha sufrido la Ley , entre otros, los que se refieren a la importancia de la **Bitácora Electrónica**, el **manejo integral de los programas** y la **solución de controversias**, se ha visto reflejada en los Contratos de las Entidades Públicas, exigiendo un mayor cuidado desde la preparación de las Bases de Licitación, la elaboración de las ofertas y hasta la ejecución y finiquito de los Contratos.

**Evolución de la Legislación de Obras Públicas,
Adquisiciones y Servicios (Conciliaciones).**

Carlos Augusto Vidal Riveroll

Ex Director General Adjunto de Conciliaciones

Secretaría de la Función Pública

Simbología o abreviaturas

LAASSP

Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

LOPSRM

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

**SFP o
SECRETARIA**

Secretaría de la Función Pública.

DEPENDENCIAS

Las secretarías de Estado, Departamentos Administrativos, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y la Procuraduría General de la República.

ENTIDADES

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria, los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal o una Entidad Paraestatal, las entidades federativas y los municipios con cargo total o parcial a fondos federales.



CONCILIACIÓN

Viene del vocablo latín “**Conciliatus**” que es la conveniencia o semejanza de una cosa con otra; “**Communis generis hominum**”, que es el vínculo común de la especie humana.

Avenencia de las partes en un acto de Autoridad, para superar una contraposición presente o futura.

Acuerdo al que llegan las partes en un procedimiento, cuando existe una controversia entre ellas respecto a la aplicación o la interpretación de sus derechos. Acto a través del cual las mismas solucionan sus diferendos con el debido apoyo legal, ante la presencia de un tercero ajeno al conflicto que puede ser la **AUTORIDAD, UN PERITO O UN ÁRBITRO.**



La Conciliación en la estructura gubernamental tiene apoyo normativo relativamente reciente, porque surgió de las legislaciones que entraron en vigor en marzo de 2000, conservándose y cambiando su regulación en algunas reformas, sobresaliendo las de julio de 2005 y junio de 2009, pero se ha manifestado y aplicado de facto hace muchos años, particularmente desde la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de diciembre de 1993 inmersa en cualquier tipo de inconformidad, sin olvidar que durante tres épocas en las cuales de manera abrupta se devaluó el peso mexicano en los años de 1976, 1982 y 1994 tuvieron que hacerse ajustes a los diversos contratos de orden público (y tal vez a los privados) para que no causaran grandes perjuicios a quienes se encontraban involucrados en ellos, no dejando de atenderse lo concerniente al incremento de los precios del acero en los años de 2005 a 2007 y sin olvidarnos de lo ocurrido en el último trimestre de 2008.



Regulación

Los proveedores, los contratistas, las dependencias y las entidades tienen derecho a formular sus solicitudes ante la Secretaría de la Función Pública, con motivo de inconveniencias en el cumplimiento de los términos y condiciones pactados en los contratos que tengan celebrados entre sí (artículos 77 de la LAASSP y 95 de la LOPSRM).

Recibida la solicitud, la SFP señala de ser el caso, día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y cita a las partes, la cual deberá celebrarse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, siendo obligatoria la comparecencia para ambas. La inasistencia del proveedor o contratista trae como consecuencia tenerlo por desistido de su solicitud (artículos 77 de la LAASSP y 95 de la LOPSRM) y de provenir de la Dependencia o Entidad se propicia en su caso alguna sanción (Segundo párrafo de los Artículos 79 del Reglamento de la LAASSP y 226 del Reglamento de la LOPSRM).



En la audiencia de Conciliación, la SFP contando con la relación de hechos y el informe de la Dependencia o Entidad o bien con la respuesta del proveedor o contratista según el caso, con los correspondientes argumentos ubica los elementos comunes y los puntos de controversia y exhorta a las partes a conciliar sus intereses, sin prejuzgar sobre la desavenencia. De ser necesario, la audiencia se puede realizar en varias sesiones, pero el procedimiento debe agotarse en un plazo no mayor a tres meses contados a partir de que se haya celebrado la primera sesión (artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo), salvo que las partes soliciten prórroga que será factible por una mitad mas, al amparo del numeral 31 del Ordenamiento invocado en último término (con anterioridad fue de 60 y 40 días el lapso para la conclusión del procedimiento, con la oportunidad de ampliación).



Dentro de este ámbito, las partes deben procurar la satisfacción total de los trabajos y la solución de las controversias, mediante convenios que así lo establezcan, que podrán considerarse para la solventación de observaciones (*).

***(Artículos 81 del Reglamento de la LAASSP y 228 del Reglamento de la LOPSRM).**

De no obtenerse algún acuerdo relacionado con su problemática, en materia de adquisiciones, las partes podrán convenir otros mecanismos de solución (Artículo 84 de LAASSP).

En toda diligencia deberá levantarse acta en la que consten los resultados de cada sesión.



Impedimentos para la admisión de la solicitud

No se admitirán las solicitudes cuando:

- ◆ Se haya determinado la rescisión administrativa de un contrato en materia de adquisiciones y servicios.
- ◆ Se tenga conocimiento de que el contrato sea objeto de controversia ante una instancia judicial.
- ◆ Las partes en un procedimiento anterior, no hayan logrado un arreglo, salvo que en la nueva solicitud se aporten elementos no contemplados con antelación.



- ◆ No se cumpla con los requisitos para su presentación exigibles por las leyes específicas y por la Federal de Procedimiento Administrativo.
- ◆ En materia de obra pública, cuando se haya formalizado de extinción de derechos y obligaciones o determinado la rescisión administrativa de un contrato, salvo en aquellos casos en los que se pretendan conciliar los efectos de la rescisión

(Artículos 75 del Reglamento de la LAASSP, 222 del Reglamento de la LOPSRM, así como el 15 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo).



Requisitos mínimos que debe reunir la solicitud

- Solicitud escrita en original y sus anexos en copia simple, en la que precise objeto, vigencia, monto del contrato y en su caso los convenios modificatorios. Fundamentación y motivación de la misma.
- Original del documento con el que se acredite la personalidad del promovente con una copia para su cotejo y posibilidad de devolución del primero.
- Contrato relacionado con la desavenencia motivo de la solicitud, pedido, autorización, registro o cualquier constancia que apoyen el dicho del solicitante y que sea expedido por la Dependencia o Entidad o conjuntamente por los involucrados en la relación contractual, que por ser indispensable acrediten dicho vínculo (*).

(*) La SFP conserva la facultad de solicitar a las partes los documentos que considere convenientes, tendientes a lograr la conciliación.

(Artículos 76 y 77 del Reglamento de la LAASSP, 223 y 224 del Reglamento de la LOPSRM, así como 15 y 15a de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo).

Acuerdo de la SFP al quedar satisfechos los requisitos de la solicitud

La Secretaría emitirá un acuerdo admitiendo a trámite la solicitud, ordenando el traslado respectivo a la Dependencia o Entidad precisada en el escrito relativo o al particular, solicitándole que dentro de un plazo no mayor a 10 días hábiles (como criterio se han establecido 5) remita los argumentos del área contratante y/o usuario, así como del particular, dando contestación a cada uno de los hechos, y que acompañe copia de la documentación soporte de ello, especificándose en ese mismo proveído el día y la hora programados para el inicio de la audiencia de conciliación.

La Dependencia o Entidad al formular su contestación, indicará el nombre de los servidores públicos facultados para representarla y obligarla dentro del procedimiento de conciliación; circunstancia ésta a la que también quedará sujeta el particular; de no darse la respuesta total pero si en parte en el término señalado, podrá hacerse durante la audiencia de conciliación. La omisión en la contestación o inasistencia a la audiencia respectiva sin causa justificada, hará acreedores a los servidores públicos obligados a ello, a que se les aplique alguna de las sanciones previstas por la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (antes Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos).



Como un derecho inobjetable, en cualquier momento las partes podrán manifestar su deseo de no continuar con el procedimiento de conciliación, explicando las razones que tengan para ello, debiendo la SFP asentar en el acta correspondiente lo que sobre el particular se exprese, dando por concluido el procedimiento.

(Artículos 78,79 y 80 del Reglamento de la LAASSP y 225 y 226 y 227 del Reglamento de la LOPSRM,).

Desarrollo de las audiencias de conciliación

Estas serán presididas por el servidor público que determine el Reglamento Interior de la SFP, quien tendrá facultades para iniciar las sesiones, exponer los puntos comunes y de controversia, proporcionar la información normativa que regule los términos y condiciones contractuales, proponer acuerdos de conciliación, suspender o dar por terminada una sesión, citar a posteriores, así como dictar las determinaciones requeridas durante su desarrollo, en el entendido de que de cada reunión se levantará el acta circunstanciada que será firmada por quienes intervengan en ella. (alternativamente el Director General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas, el Director General Adjunto de Conciliaciones, los Directores de Conciliaciones A y B y por supuesto, las Contralorías Internas que desarrollen esta función).

Como aspecto primordial y con el apoyo normativo, es importante precisar que en todos los casos se permitirá la presencia de un asesor por cada una de las partes.

(Artículos 81 del Reglamento de la LAASSP y 228 del Reglamento de la LOPSRM así como la fracción V del 62, fracciones I, II y V del 67 y el 68 del Reglamento Interior de la SFP).



Poder del Acuerdo de Voluntades

Para el caso de que las partes lleguen a una conciliación, el convenio que celebren obligará a las mismas y su cumplimiento podrá ser demandado por la vía judicial procedente. De lo contrario quedarán a salvo sus derechos, para que los hagan valer ante los Tribunales Federales (artículos 79 de la LAASSP y 97 de la LOPSRM).

Suspensión o no de los efectos del contrato al presentarse la solicitud

El simple hecho de que el proveedor o contratista o bien la dependencia o entidad presenten la solicitud ante la SFP, no suspende los efectos del contrato o los actos derivados del mismo, pero a pesar de ello, por acuerdo de las partes se podrá diferir el cumplimiento de una obligación o el ejercicio de un derecho hasta que concluya la conciliación (artículos 74 del Reglamento de la LAASSP y 221 del Reglamento de la LOPSRM).

Hipótesis de conclusión del procedimiento

- ◆ La celebración del convenio respectivo.
- ◆ La determinación de cualquiera de las partes de no conciliar.
- ◆ Desistimiento de la solicitante: Expreso o Tácito. En el primer caso, cuando así es manifestado por quien tiene facultades para ello y en el segundo, cuando no comparece sin causa justificada a cualquiera de las sesiones convocadas dentro del procedimiento y se haga efectivo el apercibimiento previsto en cada una de las leyes reglamentarias relacionadas con este procedimiento.

(Artículos 77 de la LAASSP, 80 y 82 del Reglamento de la misma, 95 de la LOPSRM y 227 y 229 del Reglamento de ésta última).

Reflexiones finales

- ➡ Las conciliaciones se practican antes de su regulación en las Leyes de Adquisiciones, Arrendamiento y Servicios del Sector Público y Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, que son de principios del año 2000.
- ➡ Su instrumentación ha sido de una gran utilidad y ha proporcionado certeza a las partes que se han involucrado en este procedimiento, pues además de resolver una desavenencia, ha permitido que se cumpla con los contratos y que los convenios derivados del mismo, pueda solventar observaciones o que estas no lleguen a plantearse.
- ➡ El empleo de esta alternativa, como bien se sabe en el medio, evita juicios innecesarios y ahorra enormes afectaciones económicas a las partes involucradas.
- ➡ La prontitud de su práctica (pocos meses), evita la prolongación indefinida de un problema sin resolver.

La evolución legislativa en materia de obras públicas, adquisiciones y servicios ofrece la necesidad de variados enfoques, particularmente cuando sabemos que las alternativas de controversias son diversificadas, pero al referirnos en particular a las conciliaciones, podemos expresar lo que a continuación se precisa.

La palabra conciliación viene del latín *conciliatus*, que es la conveniencia o semejanza de una cosa con otra; avenencia de las partes en un acto de autoridad para superar una contraposición presente o futura; acto a través del cual, los involucrados solucionan sus diferendos con el debido apoyo legal, ante la presencia de un tercero ajeno al conflicto, que puede ser la **autoridad, un perito u árbitro**.

Al situarnos dentro del procedimiento de conciliación, que regulan las leyes de obras públicas, y las de adquisiciones, arrendamientos y servicios con sus respectivos reglamentos, advertimos que desde antes de estar previsto normativamente, su práctica fue manifiesta, pues las partes involucradas en los contratos de esa naturaleza y ante la necesidad de las autoridades de resolver su problemática, sobre todo cuando se presentaba algún incumplimiento, un retraso o situaciones que requerían alguna propuesta de solución sin tener que acudir a la rescisión o a la instancia judicial, como algo conocido en nuestro país, sobresalen las devaluaciones repentinas de 1976, 1982 y el llamado error de diciembre de 1994, que dio lugar a modificaciones fuera de lo ordinario o atípicas, sin olvidar lo ocurrido con posterioridad, estando ya previsto en las leyes el procedimiento de conciliación, en torno al incremento desmedido en los precios del acero entre 2005 y 2007, el de los combustibles en el 2008 y la más reciente devaluación durante el último trimestre del propio 2008.

Regulación

En el mes de marzo de año 2000, se instaura propiamente el procedimiento de conciliación dentro de las leyes motivo de esta reflexión y sus reglamentos que entraron en vigor en agosto de 2001.

Los proveedores, los contratistas, las dependencias y entidades tienen derecho a presentar sus solicitudes (con antelación llamadas quejas) ante la Secretaría de la Función Pública, para el inicio del procedimiento de conciliación, con motivo de desavenencias en el cumplimiento de los términos y condiciones pactados en los contratos y/o pedidos que tengan celebrados entre sí (artículos 77 de la LAASSP y 95 de la LOPSRM).

Al recibirse la solicitud, la Secretaría de la Función Pública, de ser el caso, dentro de los 15 días hábiles a la recepción de la misma, programará la celebración en día y hora determinados, una sesión para el inicio del procedimiento de conciliación, cuya asistencia es obligatoria para las partes, con el apercibimiento para el particular de tenerlo por desistido de su solicitud (artículo 77 de la LAASSP y 95 de la LOPSRM) y a las dependencias y entidades de la posible imposición de alguna sanción (artículos 79 del Reglamento de la LAASSP y 226 del Reglamento de la LOPSRM)

Al contar con el informe de la dependencia o entidad o del particular, dependiendo de quien formule la solicitud, que deberá rendirse en un plazo máximo de diez días, cuyo transcurso será a partir de que se le notifique y corra traslado con la solicitud del promovente, según los artículos 78 del Reglamento de la LAASSP y 225 de la LOPSRM y quien conduzca el procedimiento de conciliación, contará con la oportunidad de hacer la propuesta de solución (artículos 81 del Reglamento de la LAASSP y 228 del Reglamento de LOPSRM).

El tiempo dentro del cual debe agotarse el procedimiento en este momento (abril 29 de 2010), es el de tres meses, computables desde la celebración de la primera sesión, que podrá prorrogarse en una mitad más, según lo dispuesto por los artículos 17 y 31 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, de aplicación supletoria.

Con relación a este último señalamiento es de gran importancia indicar, que con motivo de las reformas de que fueron objeto las leyes de la materia relacionadas con nuestro tema, que entraron en vigor el 27 de junio de 2009,

se suprimieron de manera inexplicable los plazos para la tramitación del procedimiento de conciliación, que era de 40 días, con la oportunidad de ampliarlo por determinación de las partes en función de sus propios requerimientos y exponiendo de manera fundada las razones de ello, lo que se espera cambiar nuevamente para manejarlo igual como se regulaba antes de las citadas reformas, a través de los Reglamentos relativos, que al parecer entrarán en vigor en dos o tres meses más.

En el desarrollo del procedimiento las partes pugnan por la satisfacción de sus respectivos intereses y aspiran a obtener la solución de la disparidad de sus posiciones, mediante convenios que así lo establezcan que no solo ofrecen gran utilidad para la solventación de observaciones y en caso de que estas existan (artículos 81 del Reglamento de la LAASSP y 228 del Reglamento de la LOPSRM). En este punto, amerita hacer el señalamiento específico, de que si bien es cierto que la conciliación es producto de la decisión que las partes, a partir del momento en el que se llegue al acuerdo de voluntades y se formalice el convenio que derive de ello, de darse el incumplimiento de alguna de las partes, con toda firmeza y un respaldo eficaz se puede demandar su cumplimiento en la vía judicial (artículos 79 de la LAASSP y 97 de la LOPSRM).

Impedimentos para admisión de la solicitud

No se admitirán las solicitudes cuando:

- Se haya determinado la rescisión administrativa de un contrato en materia de adquisiciones y servicios.
- Se tenga conocimiento de que el contrato sea objeto de controversia ante una instancia judicial.
- Las partes en un procedimiento anterior no hayan logrado un arreglo, salvo que en la nueva solicitud se aporten elementos no contemplados con antelación.
- No se cumpla con los requisitos para su presentación, exigibles por las leyes específicas y por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, de aplicación supletoria.
- En materia de obra pública, se haya formalizado la extinción de derechos y obligaciones o determinado la rescisión administrativa de un contrato, salvo en aquellos casos en los que se pretendan conciliar los efectos de la rescisión.

(Artículos 75 del Reglamento de la LAASSP y 222 del Reglamento de LOPSRM y 15 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo).

Requisitos mínimos que debe reunir la solicitud

- Solicitud escrita en original con su fundamentación y sus anexos en copia simple en la que se precise objeto, vigencia, monto del contrato y en su caso sus convenios modificatorios.
- Original del documento con el que se acredite la personalidad del promovente con una copia para su cotejo, con la posibilidad de devolución del primero.
- Copia del contrato relacionado con la desavenencia motivo de la solicitud o del pedido, autorización, registro o cualquier constancia que apoye el dicho de solicitante y que sea expedido por la dependencia o entidad o conjuntamente por los involucrados en la relación contractual.
- La posibilidad por parte de la SFP de solicitar a las partes los documentos que considere convenientes tendientes a lograr la conciliación.

(Artículos 76 y 77 del Reglamento de la LAASSP, 223 y 224 del Reglamento de la LOPSRM y 15 y 15ª de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo).

Desarrollo de las audiencias de conciliación

Las audiencias serán presididas por el servidor público que determine el Reglamento de la SFP (alternativamente pueden serlo el Director General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas, el Director General Adjunto de Conciliaciones, los Directores de Conciliaciones A y B y las Contralorías Internas que efectúen dicha función). Estos tendrán facultades para iniciar las sesiones, exponer los puntos comunes y de controversia, proporcionar la información normativa que regule los términos y condiciones contractuales, proponer acuerdo de conciliación, suspender o dar por terminada una sesión, citar a posteriores, así como dictar las determinaciones requeridas durante su desarrollo, en la inteligencia que de cada reunión se levantará un acta circunstanciada que será firmada por quienes intervengan en ella y en todos los casos se permitirá la presencia de un asesor por cada una de las partes.

(Artículos 81 del Reglamento de la LAASSP, 228 del Reglamento de la LOPSRM, Fracción V del 62, fracciones I, II y V del 67 y el 68 del Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública).

Hipótesis de la conclusión del procedimiento

- La celebración del convenio respectivo.
- La determinación de cualquiera de las partes de no conciliar.
- Desistimiento de la parte solicitante, en forma expresa o tácita. En el primer caso cuando así lo manifieste el promovente y en el segundo, cuando no comparezca sin causa justificada a cualquiera de las sesiones convocadas en el procedimiento.

(Artículos 77 de la LAASSP, 80Y 82 del Reglamento de la misma, 95 de la LOPSRM, 227 y 229 del Reglamento de esta última)

Reflexiones finales

- Las conciliaciones se practican antes de su regulación en las Leyes de Adquisiciones, Arrendamiento y Servicios del Sector Público y Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, que son de principios del año 2000.
- Su instrumentación ha sido de una gran utilidad y ha proporcionado certeza a las partes que se han involucrado en este procedimiento, pues además de resolver una desavenencia, ha permitido que se cumpla con los contratos y que los convenios derivados del mismo, pueda solventar observaciones o que estas no lleguen a plantearse.
- El empleo de esta alternativa, como bien se sabe en el medio, evita juicios innecesarios y ahorra enormes afectaciones económicas a las partes involucradas.
- La prontitud de su práctica (pocos meses), evita la prolongación indefinida de un problema sin resolver.

**Solución de Controversias en Proyectos de
Infraestructura y Obras en México:
Retos y Perspectivas.**

Ernst Hechenberger

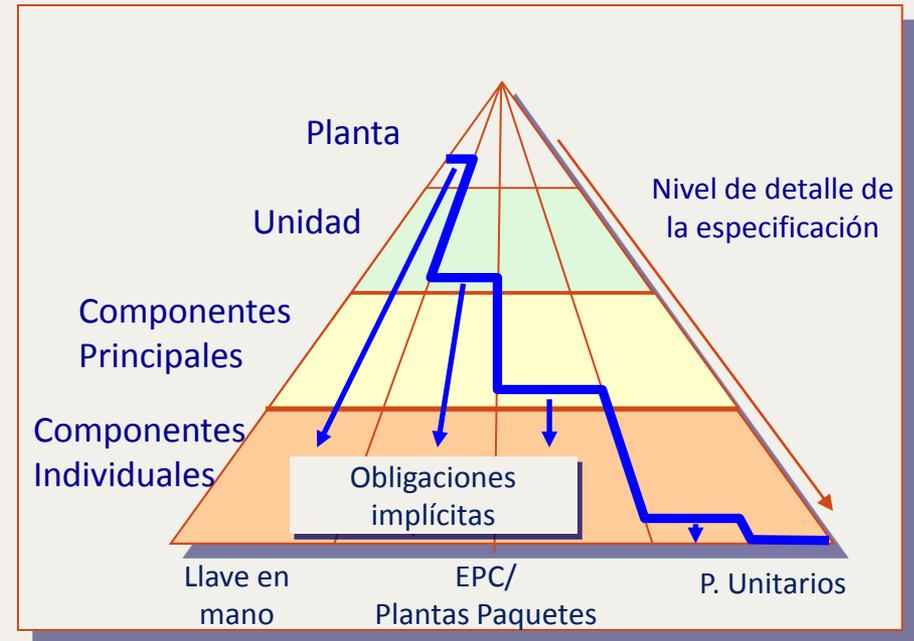
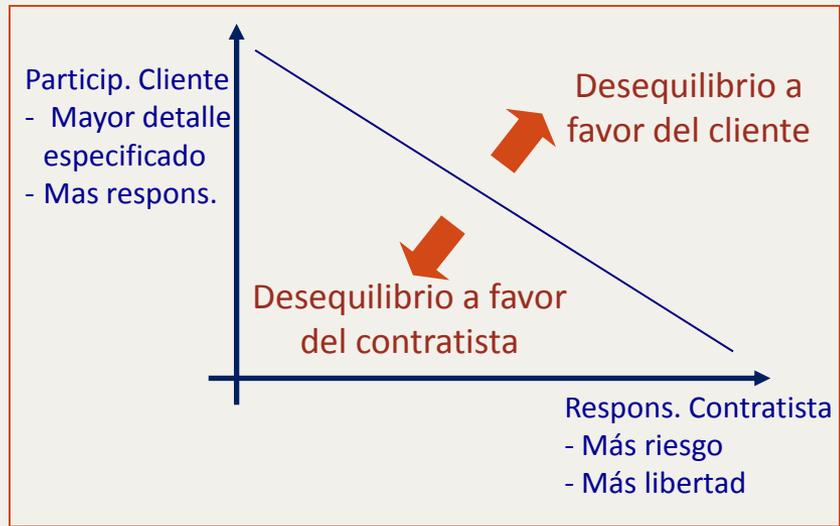
Socio Director

Contract Administrator Associates, LTD

Responsabilidad en Relación con la Ingeniería Básica Pre-Ingeniería, Ingeniería Básica e Ingeniería de Detalle

Fase de Conceptos	Ingeniería Básica	Ingeniería de Detalle
Pre-Ingeniería  Ingeniería del Contratista		
Qué? <ul style="list-style-type: none"> ➤ Idea inicial del proyecto ➤ Proyecto arquitectónico ➤ Especificación de Performance ➤ Localización ➤ Normas aplicables ➤ Arreglo general/Plot plan ➤ Moqueta, Modelo 3D ➤ ROI / Presupuesto ➤ Etc. 	Cómo? <ul style="list-style-type: none"> ➤ Especificación del proceso ➤ Memorias de cálculos ➤ Especificación de componentes ➤ Requerimientos de seguridad ➤ DTI's, Unifilares, Listas de consumidores, lazos de instrumentación y control ➤ Etc. 	Cómo en Detalle? <ul style="list-style-type: none"> ➤ RFQ's ➤ Planos para fabricación, construcción y montaje ➤ Arreglos detallados ➤ Cableado ➤ Interface hombre/máquina ➤ Programación ➤ Procedimientos de montaje y puesta en marcha ➤ Etc.

Responsabilidad en Relación con la Ingeniería Básica Participación del Cliente y Obligaciones Implícitas

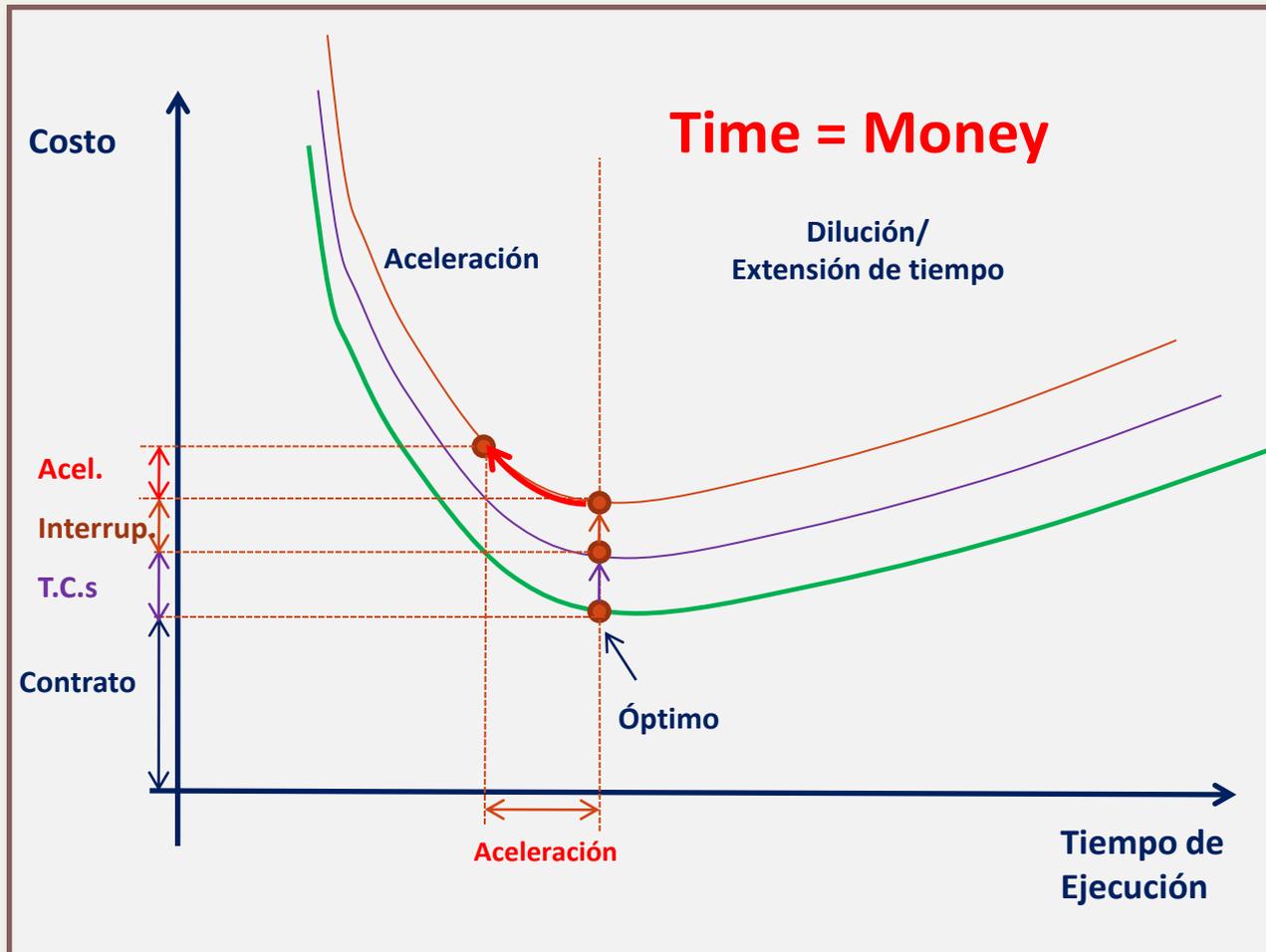


Ley de Obras Públicas:

- ⇒ Requiere una definición detallada de los alcances, sin especificar a qué nivel de detalle se refiere
- ⇒ Sobre-especificación: Mayor riesgo para el propietario y precios más altos
- ⇒ Sub-especificación: Riesgo de no conseguir lo que el propietario quiere
- ⇒ Especificación in-homogéneo: Crea confusión y disputas

Retrasos y Extensión de Tiempo

Costos vs. Tiempo de Ejecución

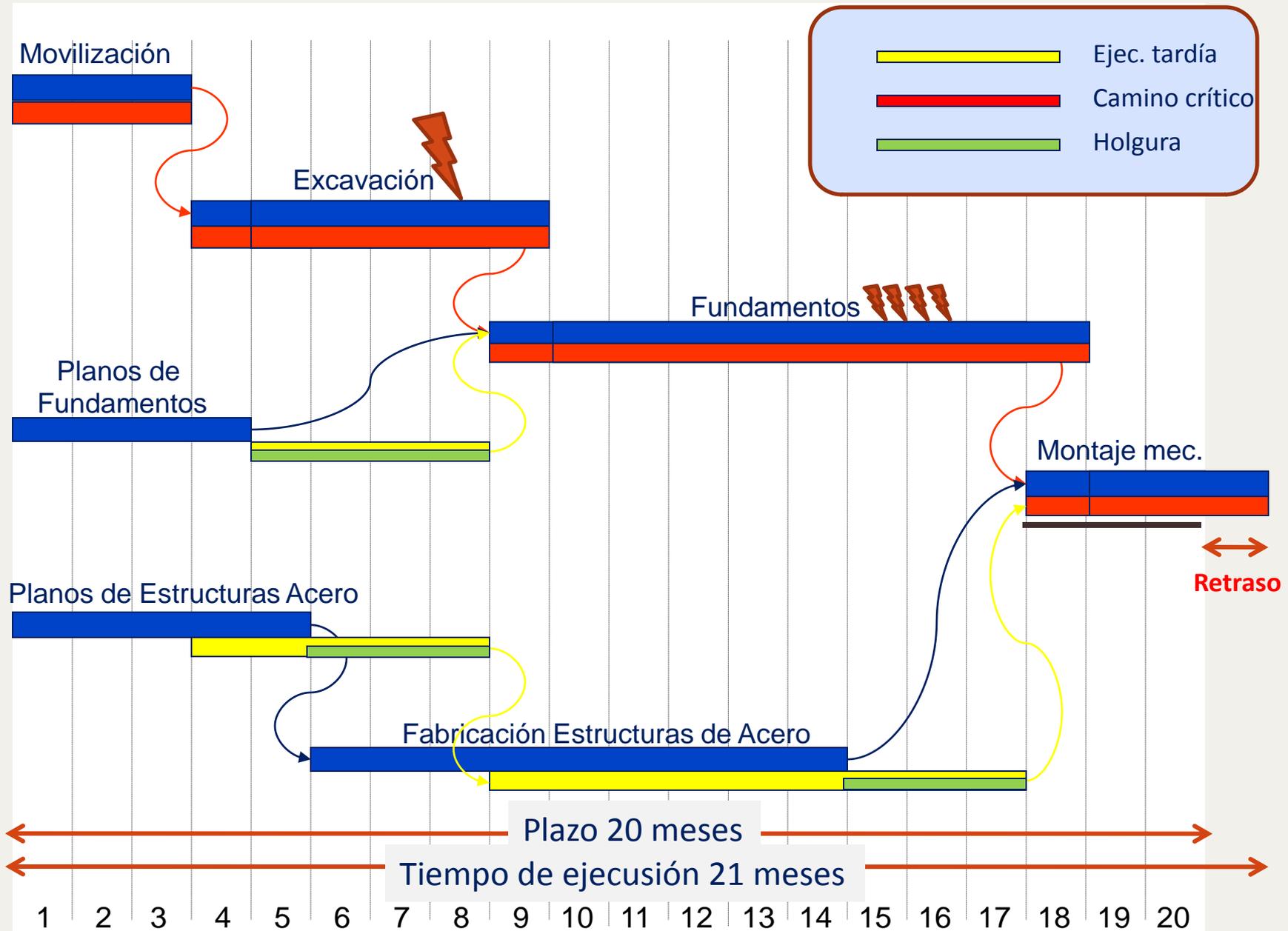


Costos

- Pérdida de productividad
- Infraestructura prolongada (costos E.T.)
- Pérdida de producción
- Financiamiento

Beneficios

- Operación comercial anticipada



Retrasos y Extensión de Tiempo

Holgura y Retrasos Concurrentes

Quién es el dueño de la holgura?:

Consideraciones:

- Quién carga con el mayor riesgo de la ejecución?
- El precio de la oferta se basó en una planeación óptima de los trabajos y asignación de recursos, cualquier alteración incrementa normalmente el costo?
- La holgura de una actividad puede ser consumida por retrasos en otra actividad sucesora.
- La posibilidad de ejecución de cualquier actividad depende de la disponibilidad de los recursos. Una vez alterado esto por interferencias, pérdida de productividad, cambios en los procesos de los trabajos, etc. el contratista no tendrá más remedios que acelerar los trabajos.
- El propietario puede planear actividades propias o de terceros a partir de indicaciones en el programa del contratista (p.e. “Cuando un área será terminado y liberado”).

=> Con excepción del último punto existen más razones a favor del contratista que del propietario. Para evitar problemas relacionadas con el último punto, el propietario debe definir en las bases de licitación las fechas críticas ó milestones, cuando él requiere la terminación de cualquier trabajo parcial ó acceso a un área temporalmente ocupado por el contratista.

Retrasos y Extensión de Tiempo

Análisis del Programa

Impactado Como Planeado

- Utiliza como base el programa contractual para estimar los impactos de interferencias.
- No toma en cuenta re-planeaciones acordadas entre las partes.
- Es poco confiable y su valor probatorio ante tribunales es muy limitado.

Análisis de Impacto en Tiempo (TIA)

- Utiliza el programa contractual y actualizaciones acordadas y otras evidencias para establecer una base más verídica para analizar los impactos de diversas interferencias.
- Es ampliamente reconocido en las cortes internacionales

Consideraciones:

- Es prácticamente indispensable utilizar el software en el cual un programa de obra ha sido elaborado.
- Existe un sinnúmero de parámetros dentro de la base de datos del programa que afectan la corrida en un análisis y los cuales no se ven en una versión impresa.
- Muchas restricciones en un programa dependen de los recursos disponibles. Una visión completa de los impactos solamente se consigue con un programa que incluye la asignación de recursos.
- Una disputa muy frecuente es la cuestión del “Cuál es el programa contractual ó de línea base?”

La Aceleración y sus Consecuencias

Aceleración Instruida y Construida

Aceleración Instruida

Origen

- Instrucción ó solicitud del propietario a terminar ciertos trabajos antes de la fecha pactada ó de la fecha a la cual el contratista tendría derecho por retrasos no imputables a él.

Aceleración Construida

Origen

- Cuando el propietario falla en otorgar un ajuste de fechas críticas al cual el contratista tiene derecho.
- Para evitar penalizaciones, ejecuciones de garantías, retenciones de pago etc. ó para evitar daños mayores el contratista se ve obligado a acelerar.

Disputas resultan por:

- Diferencia de opiniones sobre la responsabilidad de retrasos
- El método aplicable para la cuantificación de los costos relacionados
- El requerimiento de haber conciliado el costo de la aceleración previo a su implementación

La Aceleración y sus Consecuencias Medidas y Efectos de Aceleración

Medidas de Aceleración	Efectos
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Incremento de jornadas de trabajo ➤ Pago de incentivos ➤ Incremento de personal ➤ Traslape de actividades ➤ Cambios en los procesos de trabajo 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Menores rendimientos (PdP) del personal y pagos por horas extras ó de fin de semana. ➤ Incremento de costos ➤ PdP por aglomeración de personal (crowding), mayores costos por contratación a corto plazo (falta de recursos calific. en el mercado) ➤ Efectos de incr. de personal; PdP por interferencias entre áreas (stacking of trade) ➤ PdP, re-trabajos, reasignaciones frecuentes, dilución de supervisión
<p style="text-align: center;">Beneficios para el Propietario</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Operación comercial anticipada ➤ Evitar pago de costos de extensión de tiempo ➤ Evitar posibles ajustes de precios después de la fecha de culminación 	

La Aceleración y sus Consecuencias

Cuantificación de Costos de Aceleración

Problemática

- Costos de Aceleración en gran parte relacionadas con una pérdida de productividad.
 - Cuantificación discreta por trabajador y trabajo ejecutado: => prácticamente imposible.
 - La dinámica en los proyectos, ocurrencia constante de interferencias y consecuentes re-planeaciones, procesos tardíos de conciliación: => Imposibilidad de cuantificación y conciliación antes de la implementación de medidas, sin causar mayores retrasos al proyecto.
- ⇒ **La mayoría de estos costos adicionales se vuelven daños**

Métodos de Cuantificación

- **Plan vs. actual:** Comparación de rendimientos (volumen ejecutado por turno ó hora hombre invertido) de la oferta vs. rendimientos logrados en periodos y trabajos acelerados.
- **Aplicación de factores estándares de la industria:** Factores que se obtuvieron en estudios oficiales sobre diversos efectos, aplicados a situaciones similares en el proyecto.
- **Milla Medida:** Medición de la productividad lograda en periodos sin interferencias/aceleración con periodos donde el trabajo se vio afectado.
- **Método del valor ganado:** Similar a la milla medida basado en el valor producido por unidad de trabajo invertido.
- **Métodos estadísticos:** Interpolación de tiempos muertos ó eficiencias disminuidos protocolizados en un conjunto representativo de datos.

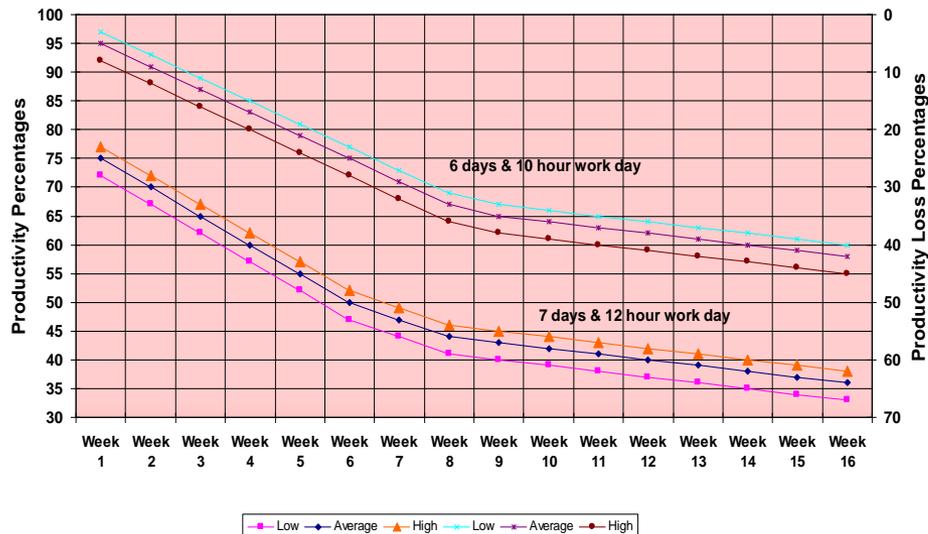
La Aceleración y sus Consecuencias

Cuantificación de Costos de Aceleración

Factores Estándares de la Industria

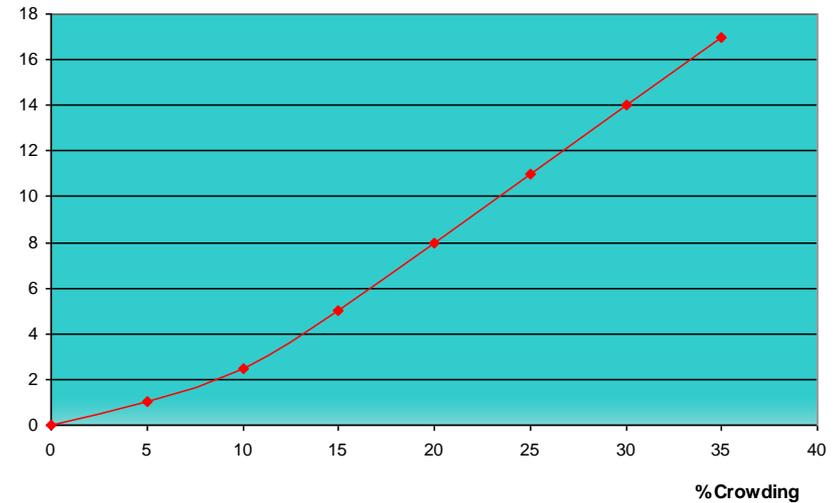
- Cálculo directo y simple
- Especialmente aplicable para calcular la pérdida de productividad por aceleración
- No se ve afectado por propias ineficiencias del contratista

OVERTIME



% Labour Loss

Effect of Crowding on Labour Efficiency

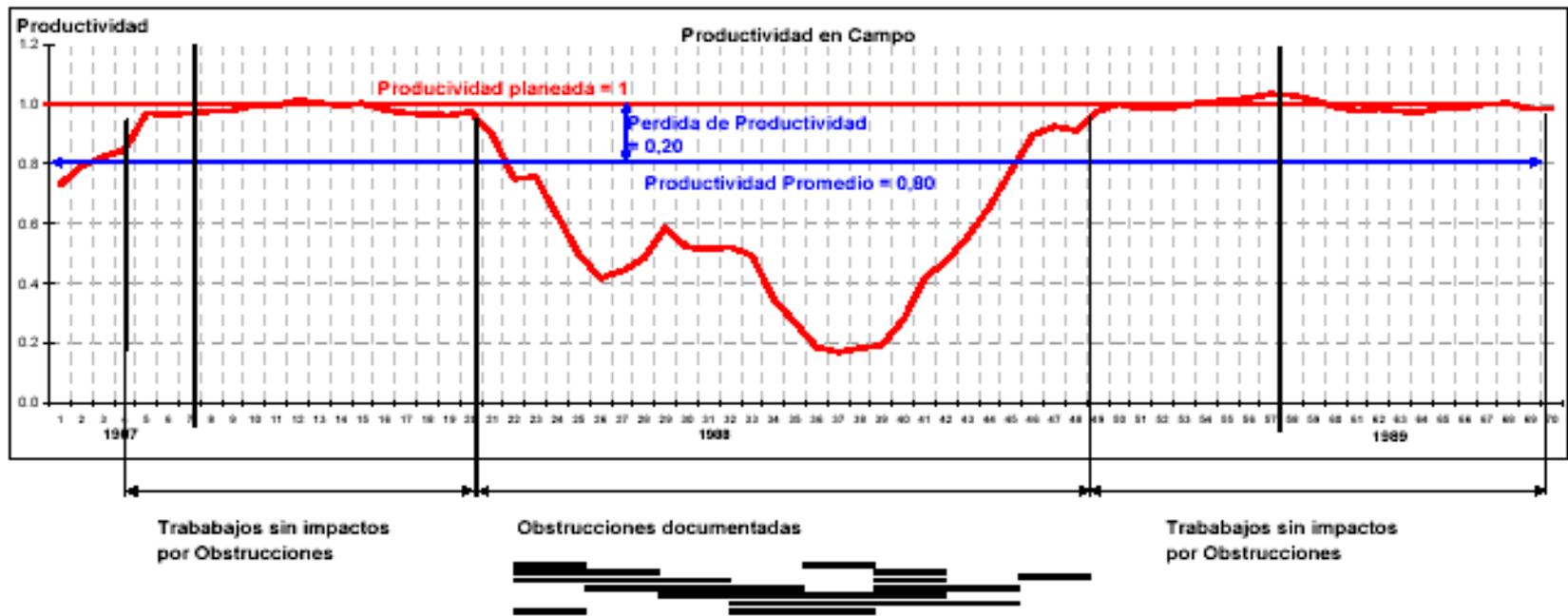


La Aceleración y sus Consecuencias

Cuantificación de Costos de Aceleración

Milla Medida

- Para trabajos repetitivos como cableado, pavimentación, excavación, instalación de tubería, etc.
- Para impactos parciales a la productividad
- Para actividades e impactos interrelacionados de múltiples eventos
- Requiere registros detallados sobre horas hombres invertidos y avances logrados



**Principales Causas de Disputas en Materia de
Contratos de Obras Públicas en México.**

Marco Tulio Venegas

Socio

Von Wobeser y Sierra, S.C.

- **Valor jurídico del Programa de Ejecución**
- **Causas posibles de Retraso**
 - Falta de acceso al sitio de la Obra
 - Modificación del Proyecto
 - Aparición de problemas geológicos no previstos
 - Trabajos Adicionales que interfieren con el programa original de ejecución
 - Retraso en el arribo de maquinaria
 - Mala coordinación o planeación en la ejecución
 - Incumplimiento de medidas de seguridad
 - Errores en la ejecución de los trabajos
- **Imputación de responsabilidad por el Retraso**
 - Identificación de Responsabilidades (definición de alcance de la obra, prelación de actividades, etc.)
 - Identificación de causas de los retrasos
 - Posible interdependencia entre las causas

RESPONSABILIDAD DEL RETRASO EN LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS

- **Consecuencias jurídicas derivadas del retraso imputable al Contratista.**
 - Aplicación de penalidades
 - Rescisión Administrativa del Contrato
 - Suspensión en el pago de estimaciones
- **Consecuencias jurídicas derivadas del retraso imputable al Dueño de la Obra**
 - Deber implícito de prorrogar actividades
 - Pago de Daños y Perjuicios (incluyendo desfase y aceleración)
 - ¿Costos no recuperables?
- **Cálculo de los Daños (¿Existencia de Perjuicios?)**
 - Ausencia de precedentes en Tribunales
 - Los Métodos reconocidos internacionalmente no se adecúan literalmente a los requerimientos de daños previstos por el CCF.

- **Principios que sustentan el Ajuste de Costos**
 - Culminación de las Obras
 - Disminución del impacto económico para la dependencia
 - Teoría de la Imprevisión
- **Regulación del Ajuste de Costos en Contratos a Precios Unitarios**
 - Regulación Legal (arts. 56, 57 y 58)
 - Aplicación y problemas prácticos
 - Reconocimiento del aumento
 - Falta de respuesta o negativa de la entidad
 - Diversidad de procedimientos para el ajuste
 - Sujeción a Lineamientos de la SEFUPU

- **Regulación del Ajuste de Costos en Contratos a Precios Alzado**
 - o Regulación Legal (Art. 59)
 - o Aplicación y problemas prácticos
 - o Alcance y Propósito de los Lineamientos de Ajuste de Costos
 - o Reconocimiento del supuesto de ajuste (circunstancias económicas extraordinarias)
 - o Aplicación al costo directo
 - o Aplicación al costo indirecto
 - o Aplicación al componente o factor de utilidad

DISPUTAS EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA DE LAS DISPUTAS (TÉCNICA O JURÍDICAS)

- **Definición de Controversia**
- **Origen Contractual de toda Disputa**
- **Definición de Disputa Técnica**
- **Definición de Disputa Jurídica**
- **Límites y diferencia entre una Disputa Técnica y una Disputa Jurídica.**
- **Naturaleza jurídica de las resoluciones del perito independiente**

El Concepto de Error Manifiesto Como Supuesto de Excepción a la Obligatoriedad de los Dictámenes de Perito Independiente en la Contratación de Obra Pública.

Marco Tulio Venegas

Socio

Von Wobeser y Sierra, S.C.

El propósito del presente artículo es poner en contexto y lograr la adecuada interpretación del concepto de “error manifiesto” según se ha incorporado en el marco de la contratación pública, como un supuesto de excepción a la obligatoriedad de las resoluciones o dictámenes emitidos por peritos en la resolución de disputas técnicas en contratos que involucran la realización de obras de infraestructura.

La necesidad de acotar el concepto de “error manifiesto” se presenta en virtud de la existencia de cláusulas en los contratos de obra pública en las cuales las dependencias establecen un método para la resolución de controversias técnicas entre las partes, consistente en el sometimiento de las mismas al análisis y resolución de un perito independiente ya sea previamente determinado o a determinarse de común acuerdo entre ellas. En este tipo de cláusulas se ha vuelto práctica común el pactar que la resolución emitida por este perito independiente sea obligatoria para las partes a menos que se demuestre que existe un “error manifiesto” en ella.

En este sentido, podríamos afirmar que el “error manifiesto” deviene convencionalmente en una causal de nulidad o ineficacia del peritaje obligatorio. La relevancia del tema merece, por ende, un análisis detallado.

I.- TEORÍA GENERAL DEL ERROR.

Tradicionalmente el error es estudiado en las cátedras de derecho mexicano dentro del apartado relativo a los vicios de la voluntad. Tanto en la doctrina mexicana como en la doctrina internacional que ha influenciado a ésta y desde el derecho romano, el error ha sido considerado como una situación que puede traer aparejada la invalidez o nulidad del acto jurídico que se ve afectado por él.

No existe una definición legal de lo que debe entenderse por error, sin embargo, la doctrina generalmente aceptada por autores como Rafael Rojina Villegas, Miguel Villoro Toranzo, Manuel Borja Soriano, Fausto Rico Álvarez, entre otros, comúnmente define al error como “una falsa apreciación de la realidad” o en otras palabras “una creencia no conforme con la verdad”.

El estudio de la teoría del error descansa en determinar los alcances que deben atribuírsele a éste con relación al acto jurídico al que afecta, para lo cual la doctrina se ha dado a la tarea de clasificarlo con base en los efectos que produce.

1.- Distintos tipos de error.

a) Clasificación romana.

Desde el derecho romano ya se reconocía que el error puede invalidar los actos jurídicos en los que se presenta, sin embargo, es necesario recordar que cuando se habla de derecho romano no se puede ofrecer una teoría general, pues éstos nunca se dieron a la tarea de formularla, sino que se avocaban a resolver las problemáticas que se les presentaban con relación a los distintos temas prácticos.

De esta manera, los romanos aceptaban que los actos podían ser anulados cuando se presentaba en ellos el *error in corpore* o el *error in substantia*. Al respecto el maestro Fritz Schulz nos explica: “Así, en los casos de *error in corpore*, esto es, cuando el vendedor piensa en una cosa concreta y el comprador en otra distinta, según la opinión de los juristas, no había *consensus* y, por tanto, no podía haber contrato.” Por otra parte nos señala: “Desde la

época de Juliano la opinión clásica prevalente fué (sic) la de que si ambas partes incurrierán en error sobre una cualidad esencial de la cosa vendida (*error in substantia*), el contrato era nulo.”¹

b) Clasificación de los grados del error.

Esta clasificación se explica por sí sola por lo que nos permitimos transcribir las palabras del maestro Marcel Planiol principal expositor de esta doctrina: “Los tres grados del error.- Para que el error pueda ser un vicio de la voluntad, es preciso suponer, en primer lugar, que no tiene una gravedad suficiente para destruirla totalmente, es decir, que no recae sobre la naturaleza del acto ni sobre la identidad de la cosa. Por otra parte, puede acontecer que el error sea tan ligero que parezca insuficiente al legislador para motivar una acción de nulidad. Por tanto, deben distinguirse tres grados de error, clasificados según la naturaleza de sus efectos sobre la eficacia de la voluntad jurídica: 1° Los *errores radicales*, que impiden la formación del acto; 2° Los *errores de gravedad media*, que no impiden la formación del acto, pero que conceden una acción de nulidad en su contra; 3° Los *errores leves* que son indiferentes y a pesar de los cuales el acto es válido”^{2,3}.

2. El error en el Código Civil Mexicano.

Como parte de la tradición romana que reviste a nuestro sistema jurídico, éste ha sido influenciado por el Derecho Francés. El Código Napoleónico ya señalaba, en su artículo 1109 que “El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.”, fórmula contemplada en el anterior Código Civil de 1984, y que se expresa de igual manera en el actual artículo 1812 del Código de 1928 (hoy Código Civil Federal).

El Código Civil Federal reconoce tres especies de errores: i) el error de hecho, que es aquél que recae sobre situaciones fácticas que vician la voluntad; ii) el error de derecho, que es aquél que implica el desconocimiento o falsa interpretación de una regla jurídica; y iii) el error aritmético (o de cálculo), que es aquél que solo implica una imprecisión en la cuantificación de las prestaciones.

Los efectos atribuidos por el Código a cada uno de éstos, dependen de la anterior graduación a que hicimos referencia, de tal suerte el error obstáculo que impide el surgimiento de la voluntad, está contemplado en el artículo 2224 el cual señala:

Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Por otra parte, el artículo 1813 contempla el error nulidad:

Artículo 1813.- El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

¹ SHULZ, FRITZ. Derecho Romano Clásico-*Compra-Venta*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1951 (Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro), pp. 505 y 506.

² Esta clasificación es adoptada en derecho mexicano bajo la denominación de error obstáculo (al error radical), error nulidad (al error de gravedad media) y error indiferente (al error leve).

³ PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES. Tratado Elemental de Derecho Civil - *Del error*, Tomo I, Cardenas Editor y Distribuidor, Distrito Federal, México, 1981 (traducción por el Lic. José M. Cajica Jr.), pp. 143 y 144.

Finalmente el error indiferente se contempla en el artículo 1814:

Artículo 1814.- El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique.

II.- EL ERROR MANIFIESTO.

Una vez que hemos precisado los alcances y precisiones generales de la teoría del error y su aplicación en nuestro sistema jurídico, acotaremos el concepto de "error manifiesto".

1.- Definición Gramatical.

Como anticipamos en el apartado anterior, no existe una definición legal de que debe entenderse por error y en consecuencia mucho menos una que refiera al error manifiesto. El vocablo error proviene del latín "*error, -ōris*" y significa "concepto equivocado o juicio falso"⁴; por otra parte el vocablo manifiesto proviene del latín "*manifestus*" y significa "descubierto, patente, claro"⁵.

De esta manera de una interpretación literal el error manifiesto podría ser definido como "un concepto equivocado patente"; sin embargo, dicha definición no nos permite apreciar cuales son los alcances de tal figura, por lo que resulta necesario interpretar sus alcances y limitaciones.

2.- Influencia de Otras Legislaciones.

La figura del error manifiesto es un concepto que se ha desarrollado por países que poseen una larga tradición en materia de arbitraje tales como Inglaterra, Suiza y E.U.A. En estos países el error manifiesto de derecho es formulado como una excepción que permite que los laudos emitidos por el Tribunal Arbitral sean revisados en cuanto el fondo.⁶

Para la doctrina extranjera en la materia el error manifiesto se trata de un error respecto del cual no exista posibilidad de argumentación o desacuerdo, puesto que si existe al menos la posibilidad de dicha discusión, ya no se trata de un error manifiesto.

El problema, sin embargo, estriba en la determinación o definición objetiva del anterior estándar. En el mismo, evidentemente influye poderosamente la materia del error, puesto que en primer lugar, se trata de un error de derecho, que es apreciable clara y fácilmente por abogados. Sin embargo, si la materia del error es diversa al derecho, por tratarse de una ciencia o arte, materia de un peritaje independiente, surge la interrogante sobre la objetividad de dicho error. ¿Se debe exigir, en este contexto, que el error manifiesto sea apreciable por cualquier persona o, por el contrario, se debe valorar la existencia de este tipo de error por un experto en la materia objeto del error?

3.- Análisis conforme a Derecho Mexicano

Como ya hemos mencionado, la problemática radica en determinar que es lo que debe entenderse por "manifiesto", ya que por la importancia que reviste su aplicación no debe darse un marco ambiguo de interpretación

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición.

⁵ Idem

⁶ TRAVERS, RICHARD C., Commercial Arbitration in New South Wales: Too Much judicial Interference. Journal of International Arbitration Vol. 4, No. 2 (1987), pp. 121-126, Arb. CD-ROM, Resources of International Commercial Arbitration, Kluwer Law International.

pues se podría caer en el absurdo de que cualquier error es manifiesto, y por tanto, cualquier error invalida o vicia la resolución u opinión que se cuestiona.

Consideramos que en nuestro Derecho existen algunos referentes normativos que nos pueden ser de utilidad.

a) El hecho notorio.

La doctrina procesal mexicana permite al juzgador valerse de cualquier elemento necesario para dilucidar las controversias a él sometidas. La legislación adjetiva establece la carga a las partes de probar los hechos fundatorios de sus pretensiones, salvo en un caso, que es en el que se trate de hechos notorios, así el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles a la letra establece:

Artículo 88.- Los hechos notorios pueden ser invocados por el tribunal, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes.

De conformidad con el maestro Chiovenda, citado por el maestro Becerra, el hecho notorio puede tener una doble definición: “una amplia, según la cual, *son notorios los hechos que por el conocimiento humano general son considerados como ciertos e indiscutibles*, lo mismo pertenezcan a al historia, que a la ciencia o a las vicisitudes de la vida pública actual; y otra más restringida, a saber: la de los *hechos comúnmente sabidos en un determinado lugar, de suerte que toda persona que lo habite esté en condiciones de conocerlos.*”⁷

En este sentido los tribunales mexicanos han sostenido sobre el particular: “...así pues, la notoriedad de un hecho entre un determinado círculo social, significa que el mismo forma parte de aquel patrimonio de nociones que todos los miembros de ese círculo saben que podrán obtener cuando sea necesario, con la seguridad de hallarlas dentro del número de verdades tenidas comúnmente como indiscutibles.”⁸

De lo anterior podemos advertir que para tener por notorio un hecho éste debe ser conocido o conocible por el juzgador como lo sería para cualquier persona, es decir al conocimiento del hecho notorio tiene acceso la generalidad. De ahí que no sea necesaria su demostración pues su existencia no está sujeta a duda alguna.

Ahora bien, aplicando esta misma razón al error manifiesto, se tendrá por manifiesto aquél error que, sin dar lugar a duda, pueda ser percibido por cualquier persona que conozca del asunto⁹. A este respecto, y considerando que el error manifiesto debe ser valorado en el contenido de un peritaje técnico, estimamos que el mismo debe poder ser apreciado a primera vista, por cualquier experto en la materia del peritaje, y sin necesidad, de mayor estudio o controversia. No se trata, por lo tanto, a nuestro juicio de un error que pueda ser valorado por cualquier persona, puesto que la materia del peritaje en este caso, determina en forma subjetiva el grado de “manifestación” del error.

⁷ BECERRA BAUTISTA, JOSÉ. El Proceso Civil en México – *Hechos Notorios*, Editorial Porrúa, Distrito Federal, México, 162 (19° ed. 2006), pp. 98 y 99.

⁸ **Hechos Notorios, naturaleza de los.** Registro No. 356378, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación LVIII, Página: 2643, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

⁹ Es importante señalar que cuando nos referimos a cualquier persona debemos ubicarnos en pues es evidente que en el caso de un dictamen técnico o en una resolución administrativa o judicial, el error debe ser perceptible para cualquier docto en la materia, ya que no le es exigible a cualquier persona tener conocimientos especializados en esas materias, sin embargo el mismo si debe poder ser percibido a primera vista por cualquier sujeto con conocimientos en la materia.

b) Teoría objetiva del error.

Bien puede afirmarse que el error manifiesto se debe hacer descansar en la teoría objetiva del error que vicia el consentimiento la cual se basa en el hecho de que, para que pueda existir un error que impida el nacimiento del consentimiento (los errores *in corpore* o *in substantia* a que aludían los romanos) no se requiere ninguna apreciación subjetiva pues el error depende directamente del objeto y será asequible para cualquier persona.

Sobre el particular, el maestro Eugene Gaudemet al hablar de la teoría romana del error nos apunta: “Por tanto, el criterio es meramente objetivo y no tiene en cuenta para nada la intención de las partes; todo depende de la naturaleza material del objeto.”.

“Así es como Ulpiano -continúa diciendo el maestro Gaudemet- declara en el mismo texto que, si creyendo venderse un objeto totalmente de oro, que es de bronce en su mayor parte pero que sin embargo tiene un poco de oro, la venta será válida, pues efectivamente se ha vendido oro. O bien, si se ha comprado vino para tomarlo y si ese vino está agrio, la venta será válida, pues aunque tratándose de vino agrio, sigue siendo vino. Por el contrario, si el líquido fuese vinagre, no habría identidad de materia y la venta sería nula.”¹⁰

Del mismo modo para que pueda existir un error manifiesto, éste debe presentarse de forma indubitable, por lo cual éste no estará sujeto a la valoración subjetiva que se pueda hacer sobre el particular, sino que cualquier persona que tenga acceso al acto que adolece de dicho error lo podrá advertir sin necesidad de mayor estudio, en caso contrario no se podría catalogar a dicho error como manifiesto.

La subjetividad en torno a la definición del concepto de error manifiesto, en este caso, se encuentra acotada única y exclusivamente a los sujetos que tienen la labor de apreciar su existencia, pero no a la materia del mismo. El error en sí mismo debe ser objetivamente apreciable como patente, puesto que de intervenir cualquier subjetividad de juicio que lo haga argumentable o discutible, perdería su carácter de “manifiesto”.

c) El error manifiesto como fundamento para invalidar resoluciones administrativas o judiciales, en Derecho Mexicano.

A pesar de que no existe un criterio firme al respecto, la jurisprudencia mexicana ha permitido que en determinadas circunstancias las resoluciones puedan ser invalidadas cuando de ellas se desprende un error manifiesto.

Sobre el particular refiramos la siguiente tesis aislada:¹¹

Registro No. 274476
Localización: Sexta Época
Instancia: Cuarta Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Quinta Parte, LXII
Página: 42
Tesis Aislada
Materia(s): laboral

¹⁰ GAUDEMET, EUGENE. Teoría General de las Obligaciones – *Los vicios del consentimiento*, Editorial Porrúa, Distrito Federal, México, 1937 (3ª ed. 2000), pp. 74.

¹¹ En el mismo sentido véanse: **Juntas, excepciones no estudiadas por las.** Registro No. 382796, Localización: Quinta Época, Instancia: Cuarta Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación XLV, Página: 5001, Tesis Aislada, Materia(s): laboral. **Sentencias de los jueces de distrito, error en los puntos resolutive de las.** Registro No. 805796, Localización: Quinta Época, Instancia: Cuarta Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación XCVIII, Página: 1712, Tesis Aislada, Materia(s): Común

JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL POR LAS. Conforme a la tesis jurisprudencial número 601 de la Suprema Corte, visible a fojas 1079 de la última compilación: "Las Juntas de Conciliación y Arbitraje son soberanas para apreciar la prueba pericial que ante ellas se rinda sobre cuestiones técnicas, y por tanto, dicha soberanía las faculta para dar el valor que estimen conveniente, según su prudente arbitrio, a los dictámenes presentados por los peritos."; de manera que **sólo podría conceptuarse cometida alguna infracción cuando al valorarse una prueba pericial, se incurriera en error manifiesto** o se falsearan los hechos relacionados con la prueba misma.

Amparo directo 1837/56. Ferrocarriles Nacionales de México. 31 de agosto de 1962. Cinco votos. Ponente: Agapito Pozo.

Como se advierte del anterior criterio, los Tribunales han reconocido la posibilidad de revisar aquellas situaciones que presuntamente son acertadas o que están sujetas a la discrecionalidad, como es el valoración de un dictamen pericial, siempre que en su aplicación se advierta la presencia de un error manifiesto.

Asimismo y en un contexto puramente administrativo, la legislación mexicana ha permitido en algunos casos excepcionales que la propia autoridad al advertir un error manifiesto en sus resoluciones pueda proceder a la modificación o corrección de la misma.¹² Un ejemplo de lo anterior es la Ley Federal de Procedimiento Administrativo la cual, en su artículo 95, establece:

Artículo 95.- La autoridad podrá dejar sin efectos un requerimiento o una sanción, de oficio o a petición de parte interesada, **cuando se trate de un error manifiesto** o el particular demuestre que ya había dado cumplimiento con anterioridad.

Desafortunadamente esta figura no se encuentra debidamente regulada. No obstante, es de hacerse notar esta inclusión legislativa por cuanto pareciera incorporar el concepto de error manifiesto como una causal de nulidad de una sanción o requerimiento de carácter administrativo.

Por otro lado y en un contexto más amplio, podríamos hacer una analogía válida entre el error manifiesto y la total ausencia de fundamentación y motivación en un acto de autoridad de naturaleza privativa. En estos casos y ante el mandato imperativo del principio de legalidad, el sistema mexicano ha facultado al particular a acudir directamente al juicio de amparo (como un supuesto de excepción) puesto que ante lo patente de la violación por parte de la autoridad, se legitima una protección inmediata. Se trata en este caso y bajo el tema objeto de análisis de una manifiesta ilegalidad o de un error manifiesto de derecho, en el cual la omisión de la fundamentación y motivación, evidentemente no puede ser discutida y se debe apreciar de la simple lectura del acto de autoridad.

III. Conclusión

En las apuntadas condiciones podemos concluir que el error manifiesto es **AQUÉL ERROR QUE IMPIDE LA OBLIGATORIEDAD DE LA RESOLUCIÓN DEL PERITO INDEPENDIENTE Y QUE PUEDE SER PERCIBIDO POR CUALQUIER PERSONA CON CONOCIMIENTOS EN LA MATERIA SIN QUE PERMITA LUGAR A DUDA RESPECTO DE SU PRESENCIA.**

¹² El segundo párrafo de la fracción II del artículo 25 de la derogada Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, establecía que cuando haya habido error manifiesto en la aplicación de las normas para determinar un crédito fiscal, la tesorería, a petición de parte o de oficio podía ordenar las correcciones conducentes.

BIBLIOGRAFÍA

- BECERRA BAUTISTA, JOSÉ.** *El Proceso Civil en México*, Editorial Porrúa, Distrito Federal, México, 162 (19° ed. 2006).
- BORJA SORIANO, MANUEL.** *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, Distrito Federal, México, 1939 (18° ed. 2001).
- GAUDEMET, EUGENE.** *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, Distrito Federal, México, 1937 (3° ed. 2000).
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS.** *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México, 1984 (4° ed. 1991).
- PLANIOL, MARCEL y GEORGES RIPERT.** *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo I, Cardenas Editor y Distribuidor, Distrito Federal, México, 1981 (traducción por el Lic. José M. Cajica Jr.).
- RICO ÁLVAREZ, FAUSTO y PATRICIO GARZA BANDALA.** *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, Distrito Federal, 2005.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.** *Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Introducción y Personas*, Editorial Porrúa, México, Distrito Federal, 1959 (10° ed. 2001).
- SHULZ, FRITZ.** *Derecho Romano Clásico*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1951 (Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro).
- TRAVERS, RICHARD C.,** Commercial Arbitration in New South Wales: Too Much judicial Interference. *Journal of International Arbitration* Vol. 4, No. 2 (1987).
- VILLORO TORANZO, MIGUEL.** *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, Distrito Federal, 1966 (13° ed. 1998).

**Disputas sobre ajuste de costos
en contratos de obra**

Marco Tulio Venegas

Socio

Von Wobeser y Sierra, S.C.

A.- INTRODUCCIÓN

Derivado del texto del artículo 59 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (en lo sucesivo "LOPYSRM") se han presentado disputas entre las entidades públicas y los contratistas relativas al rol que tienen los Lineamientos que la Secretaría de la Función Pública debe expedir de conformidad con dicho precepto, cuando resulta necesario llevar a cabo un ajuste de costos a cargo de la dependencia o entidad pública, en los contratos a precio alzado.

El texto completo del artículo 59 de la LOPYSRM establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 59.- Las dependencias y entidades podrán, dentro de su presupuesto autorizado, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas, modificar los contratos sobre la base de precios unitarios y mixtos en la parte correspondiente, mediante convenios, siempre y cuando éstos, considerados conjunta o separadamente, no rebasen el veinticinco por ciento del monto o del plazo pactados en el contrato, ni impliquen variaciones sustanciales al proyecto original, ni se celebren para eludir en cualquier forma el cumplimiento de la Ley o los tratados.

Si las modificaciones exceden el porcentaje indicado pero no varían el objeto del proyecto, se podrán celebrar convenios adicionales entre las partes respecto de las nuevas condiciones. Estos convenios deberán ser autorizados bajo la responsabilidad de titular del área responsable de la contratación de los trabajos. Dichas modificaciones no podrán, en modo alguno, afectar las condiciones que se refieran a la naturaleza y características esenciales del objeto del contrato original, ni convenirse para eludir en cualquier forma el cumplimiento de esta Ley o de los tratados.

Los contratos a precio alzado o la parte de los mixtos de esta naturaleza no podrán ser modificados en monto o en plazo, ni estarán sujetos a ajustes de costos.

Sin embargo, cuando con posterioridad a la adjudicación de un contrato a precio alzado o la parte de los mixtos de esta naturaleza, se presenten circunstancias económicas de tipo general que sean ajenas a la responsabilidad de las partes y que por tal razón no pudieron haber sido objeto de consideración en la propuesta que sirvió de base para la adjudicación del contrato correspondiente; como son, entre otras: variaciones en la paridad cambiaria de la moneda o cambios en los precios nacionales o internacionales que provoquen directamente un aumento o reducción en los costos de los insumos de los trabajos no ejecutados conforme al programa originalmente pactado; las dependencias y entidades deberán reconocer incrementos o requerir reducciones.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, **se regirá** por los lineamientos que expida la Contraloría; los cuales deberán considerar, entre otros aspectos, los mecanismos con que cuentan las partes para hacer frente a estas situaciones.

..."¹

(Énfasis añadido)

¹ LOPYSRM, emitida por el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 4 de enero de 2000, en el Diario Oficial de la Federación.

Derivado de la redacción de los párrafos cuarto y quinto del precepto en comento se han presentado controversias relativas a los siguientes puntos:

- a) ¿Es obligatorio o potestativo para la SEFUPU emitir Lineamientos para el Ajuste de Costos?
- b) De ser obligatorio para la SEFUPU ¿en qué supuestos surge la obligación de emitir los Lineamientos?
- c) Si no se expiden Lineamientos por la SEFUPU, ¿la dependencia o entidad pública está o no obligada a ajustar costos si se presentan circunstancias económicas extraordinarias en los términos del artículo 59 de la LOPYSRM?
- d) Si los Lineamientos expedidos por la SEFUPU son incorrectos o incompletos, ¿cuál es la obligación de las dependencias o entidades públicas?

A continuación se abordan los anteriores problemas y se plantean posibles soluciones, para lo cual, se atiende primeramente a las razones y antecedentes legislativos que dieron origen a la figura de ajuste de costos en los contratos a precio alzado contemplada en el citado artículo 59 de la LOPYSRM.

B. RAZONES DE LA INCLUSIÓN DEL AJUSTE DE COSTOS INVOCADAS DURANTE EL PROCESO LEGISLATIVO

La LOPYSRM fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero del año 2000, derogando la hasta entonces vigente Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

La obligación de ajustar costos en contratos a precio alzado no existió en la legislación anterior, sino que fue incluida precisamente en la LOPYSRM con un propósito claro y específico.

Desde la exposición de motivos de la iniciativa de la LOPYSRM presentada por parte del Ejecutivo Federal, se explican las razones del ajuste de costos, en los siguientes términos:

“La Iniciativa de Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas que por su digno conducto se somete a la consideración de esa Honorable Cámara de Diputados propone por otro lado, aspectos que además de conservar los logros que en cada materia consagró la Ley vigente, resultan de una revisión integral con fines de actualización en los órdenes económico y técnico.

Bajo esta perspectiva, **atendiendo al impacto de las cambiantes circunstancias económicas prevalecientes en la presente década que en el financiamiento de la obra pública han originado limitaciones en el cumplimiento de los compromisos asumidos por los contratistas, se toman en cuenta los planteamientos que éstos han manifestado en diferentes foros en el sentido de que se incorpore en la Ley una previsión que les permita afrontar estas situaciones, de suerte que con la intención del Estado de ver concluidas las obras proyectadas, se pretende precisar la posibilidad de realizar ajustes de costos a los contratos a precio alzado, cuando se presenten circunstancias económicas de tipo general que los modifiquen”.**

(Énfasis añadido)

La Cámara de Diputados, por su parte, estableció en su exposición de motivos la necesidad del ajuste de costos en Contratos de Obra a Precio Alzado, en los siguientes términos:

“38.1. Por otra parte, este mismo artículo en su párrafo cuarto, establece una excepción especial a la característica de permanencia de precios y plazos del precio alzado, tanto en contratos de este tipo como en la parte correspondiente de los mixtos, sin embargo, atento a lo dispuesto por el artículo 134 constitucional, esta dictaminadora considera procedente la excepción, toda vez que resulta más idóneo en términos de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes el reconocer incrementos ajenos al control de las partes y fuera de toda previsión posible a que el contratista prefiera absorber el costo de la rescisión administrativa por incumplimiento y abandone los trabajos; teniendo como consecuencia que la convocante se vea obligada a realizar un nuevo proceso de contratación donde, necesariamente, tendrá que considerar costos actuales de todos los directos e indirectos, perdiendo la ventaja de la parte inamovible del contrato a precio alzado; resultando por ende, más oneroso el precio total de los trabajos. Sostener lo contrario resulta atentatorio a lo prescrito por el artículo 134 constitucional, por lo tanto, a juicio de la comisión de dictamen, esta excepción se considera adecuada y pertinente. Es preciso señalar que no se trata de un régimen de privilegio para los contratistas, sino que se establece el mismo derecho para la convocante de requerir reducciones, logrando por tanto, el equilibrio necesario entre las partes.

Con base en lo anterior, esta comisión de dictamen, considera necesario cambiar la redacción del párrafo en comento, pues la actual resulta imprecisa y amplia; con objeto de delimitar estas circunstancias a casos de devaluaciones o sobrevaluaciones significativas de nuestra moneda o de cambios de los precios de insumos nacionales o internacionales que resulten también significativos. Al igual se adiciona la obligación a la Contraloría para que al dictar los lineamientos referidos no omita establecer los mecanismos a los cuales se sujetarán las partes cuando se presente el supuesto normativo señalado; por tanto se proponen los cambios y adiciones referidos para quedar como sigue:

...”
(Énfasis añadido)

De la misma forma, al analizar el proyecto de la LOPYSRM presentado por el Ejecutivo Federal y aprobado ya por la Cámara de Diputados, la Comisión del ramo de la Cámara de Senadores, emitió su dictamen de minuta con proyecto de ley, manifestando lo siguiente:

“Son varios los avances e innovaciones de la minuta con proyecto de ley que se dictamina, entre los cuales se destacan los siguientes:
...

14) Como innovación jurídica, los contratos de obra pública y de servicios relacionados con las mismas, además de considerar el de precios unitarios y el de precio alzado, también pueden ser mixtos cuando contengan una parte de los trabajos sobre la base de precios unitarios y otra a precio alzado. **Tratándose de los contratos a precio alzado, se permite, mediante convenio adicional, modificar el monto o plazo cuando se presenten con posterioridad circunstancias económicas de tipo general por causas supervenientes ajenas a la responsabilidad de las partes,** como las variaciones en la paridad cambiaria

de la moneda o **cambios en los precios nacionales o internacionales, que aumenten o reduzcan los costos de los insumos de los trabajos no ejecutados conforme al programa originalmente pactado.**

.....

En el artículo 59, la Colegisladora **adicionó algunas circunstancias económicas de tipo general como son variaciones en la paridad cambiaria de la moneda o cambios en los precios nacionales e internacionales, las cuales serán causa para reconocer incrementos o deducciones en los contratos a precio alzado.**"

(Énfasis añadido)

De conformidad con lo anterior, resulta claro que de la intención manifestada por los actores del proceso legislativo se advierten ya las causas, finalidad y soluciones que se pretenden con la inclusión de la figura de ajuste de costos en los contratos a precio alzado.

- La causa del ajuste de costos no es otra que la existencia de circunstancias económicas extraordinarias que afecten la viabilidad financiera de las obras.
- La finalidad que se busca con el ajuste de costos es precisamente que las obras proyectadas por el Estado se vean concluidas.
- Por último, la solución planteada consiste en permitir que se ajusten los precios de los insumos del contratista de tal manera que se mantenga el equilibrio económico contractual.

C. ORIGEN DOCTRINAL DEL AJUSTE DE COSTOS EN UN CONTRATO DE NATURALEZA PÚBLICA

A través de la figura de ajuste de costos prevista en la LOPYSRM, el legislador mexicano incorporó, dentro de la regulación de la contratación de obra pública a precio alzado, los principios de la denominada Teoría de la Imprevisión e incluyó una "cláusula estabilizadora de naturaleza legislativa" en el procedimiento de ajuste de costos, tal y como a continuación se explica.

La Teoría de la Imprevisión debe entenderse sobre una base económica en donde todo particular que contrata con el Estado lo hace con el fin de obtener un beneficio. Así, introduciéndonos en el tema, Marienhoff sostiene, en su obra de Tratado de Derecho Administrativo, lo siguiente:

"761. F. El cocontratante, al celebrar su contrato con la Administración Pública, lo hace con el propósito de obtener un beneficio, que generalmente resulta calculado no sólo sobre la índole de la prestación que realizará (servicio público, obra pública, suministro, transporte, etc.), sino también sobre el capital a invertir en maquinarias, útiles, combustibles, jornales, etc. No ha de olvidarse, como bien se ha dicho, que el cocontratante es un particular que busca en el contrato administrativo su interés financiero, que a su vez se concreta en la "remuneración" que le reconoce el contrato.

El contrato, celebrado con el compromiso recíproco de ambas partes, le "asegura" al cocontratante la obtención de ese beneficio. Precisamente, ese es el motivo que determinó al cocontratante a contratar. Cuando ese "beneficio", sea por causas imputables a la Administración Pública o por causas no imputables a ésta, sobrevivientes e imprevisibles en el momento de contratar – y que reúnan determinadas características -, sufra un

menoscabo, el cocontratante tiene derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, o a que los perjuicios ocasionados sean atenuados. Esto es lo que se llama *“derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, o restablecimiento de la ecuación financiera”*. Así, pues, el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, consideradas equivalentes: de ahí el nombre de *“ecuación”* (equivalencia-igualdad); esta última no puede ser alterada.

Como en todo contrato, el cocontratante en un contrato *“administrativo”* debe soportar, a su propio riesgo, el *álea* normal de toda negociación, no así el *álea* anormal, cuyas consecuencias deben ser resarcidas o atenuadas.²
(Énfasis añadido)

Sobre las bases anteriores, el mismo Marienhoff conceptúa a la Teoría de la Imprevisión en los siguientes términos:

*“Esta teoría, también llamada del “riesgo imprevisible”, o de “lesión sobreviviente”, es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles – posteriores a la celebración de un contrato administrativo -, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico financiera de tal contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder, así, cumplir o seguir en cumplimiento el contrato. Desde luego, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante.”*³
(Énfasis añadido)

Como de lo anterior se puede desprender, los principios de la Teoría de la Imprevisión en que se funda el párrafo cuarto del artículo 59 de la LOPYSRM tiene como función restablecer el equilibrio económico - financiero existente al momento en que las partes celebraron el contrato de obra pública, cuando con posterioridad a esta fecha, han acontecido circunstancias que han modificado esta ecuación.

Ahora bien, la *ratio legis* en la que se fundamenta esta figura y por la que se justifica que sea el Estado el que asuma el riesgo derivado del *“álea económica anormal”*, es la de tutelar el interés público que detrás de los Contratos Administrativos descansa con el fin de evitar su posible incumplimiento ante la agravación en la onerosidad de las obligaciones asumidas por los contratistas.

En efecto, en última instancia, el fin meta-positivo de la Teoría de la Imprevisión en la contratación estatal es evitar el incumplimiento de los contratos administrativos mediante la asunción por el Estado de cualquier agravación en la onerosidad de las obligaciones a cargo del contratista derivadas de circunstancias imprevisibles y ajenas a la responsabilidad de ambas partes. Así lo ha reconocido García de Enterría en los siguientes términos:

“[...] la teoría de la imprevisión no está concebida, por lo tanto, como una garantía de beneficio del concesionario, ni como un seguro que cubra las posibles pérdidas a que pueda dar lugar normalmente la explotación del servicio, sino como un mecanismo capaz

² MARIENHOFF S. Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, cuarta edición, editorial Abeledo-Perrot, tomo III-A, Buenos Aires, 1998, adjunto como Documento CI-I/B-5, p. 469 y 470.

³ *Ibidem*, p- 501.

de asegurar a ultranza el fin público del servicio en circunstancias normales. Este es el sentido último de la teoría y esa su justificación y finalidad esencial.”⁴
(Énfasis añadido)

A mayor abundamiento, sobre este tema, el maestro Gabino Fraga sostiene en su difundida obra de Derecho Administrativo lo siguiente:

“En efecto, el particular, desde el momento en que celebra el contrato administrativo, sabe que las obligaciones que contrae no tienen la misma rigidez que las obligaciones contractuales civiles y que, como aquellas se han convenido en tanto que son útiles al eficaz cumplimiento de las atribuciones del Estado, tendrían que quedar subordinadas a ellas e irse ajustando a las variaciones que las mismas exijan para poder dar adecuada satisfacción a las necesidades colectivas.”⁵

Finalmente, cabe señalar que los principios de la Teoría de la Imprevisión también encuentran su último fundamento en la necesidad de evitar el denominado “abuso de derecho” bajo el cual las entidades estatales, prevaliéndose de cláusulas contractuales impuestas por ellas (ya que todo contrato administrativo en México es por naturaleza un contrato de adhesión no sujeto a negociación), requieran su cumplimiento aún en condiciones extremadamente más onerosas que en las que fueron originalmente pactadas.

A este respecto, el propio artículo 1912 del Código Civil Federal aplicable supletoriamente a la LOPYSRM establece lo siguiente:

“**Artículo 1912.** Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño sin utilidad para el titular del derecho.”

Evidentemente en una situación en la que la ejecución de una obra pública se vuelva financieramente inviable por el incremento en su costo, si la entidad pública ejercitara su derecho para intentar que el contratista afectado concluyera la obra, lo único que ocurriría sería que, lejos de concluirse la obra, el contratista incurriría en un incumplimiento de sus obligaciones, lo cual a su vez, generaría la rescisión administrativa del contrato con los consecuentes impactos negativos para la entidad estatal. De esta manera, el exigir el cumplimiento de un contrato en condiciones de excesiva onerosidad superveniente, podría constituir un supuesto de “*abuso de derecho*”.

En este contexto, siendo que la Teoría de la Imprevisión está planteada en favor del interés público consistente en lograr la conclusión de las obras contratadas mediante el restablecimiento del equilibrio contractual; cuando el legislador mexicano incorporó esta teoría al régimen normativo de la contratación administrativa en materia de obra pública, encontró que la mejor forma en la que las dependencias y entidades públicas del Gobierno Federal podían asumir la mayor onerosidad sufrida en las obligaciones a cargo de los contratista, fue a través del procedimiento de ajuste de costos, que en términos teóricos constituye una verdadera “cláusula estabilizadora” que permite restablecer el equilibrio contractual.

De lo anterior se desprende que el ajuste de costos se plantea dentro de las modificaciones contractuales que son necesarias y permitidas por la propia LOPYSRM.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, 8ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997, adjnto como Documento CI-I/B-7, p. 736.

⁵ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 30ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, se adjunta como Documento CI-I/B-8, p. 403.

D. ANÁLISIS JURÍDICO-POSITIVO DEL TEXTO DEL ARTÍCULO 59 DE LA LOPYSRM

De acuerdo con el texto del artículo 59 de la LOPYSRM se advierte que el mismo, en primer lugar, impone una obligación imperativa a las dependencias para ajustar los costos de los insumos en contratos a precio alzado. Los elementos de esta obligación de ajuste de costos son los siguientes:

Supuesto:

- a) La existencia de circunstancias económicas de tipo general ajenas a la responsabilidad de las partes.
- b) Que dichas circunstancias no hayan podido ser objeto de consideración en la propuesta.
- c) Que tales circunstancias provoquen directamente un aumento en los costos de los insumos de los trabajos no ejecutados conforme al programa originalmente pactado.

Consecuencia:

- a) Obligación imperativa de ajustar los costos de los insumos afectados.

E. ROL DE LOS LINEAMIENTOS ADMINISTRATIVOS PREVISTOS POR EL ARTÍCULO 59 DE LA LOPYSRM

En el quinto párrafo del artículo 59 de la LOPYSRM se establece lo siguiente:

"...

Lo dispuesto en el párrafo anterior, **se regirá por los lineamientos que expida** la Contraloría los cuales deberán considerar, entre otros aspectos, los mecanismos con que cuentan las partes para hacer frente a estas situaciones".
(Énfasis añadido)

De acuerdo con el párrafo citado, el Ajuste de Costos (a que se refiere el cuarto párrafo del precepto en comento) se **regirá** por los lineamientos que expida la Secretaría de la Función Pública. En este contexto, la primera interrogante que surge es cuál debe ser el alcance atribuible al verbo "**regir**".

Consideramos que "regir", en este caso, debe ser interpretado como el establecimiento de reglas o mecanismos que faciliten el ajuste de costos, considerando además los mecanismos contractuales pactados por las partes. Al respecto, es importante considerar lo que dispone el segundo párrafo del artículo 8 de la LOPYSRM el cual expresa lo siguiente:

"La Contraloría dictará las **disposiciones administrativas** que sean **estrictamente necesarias para el adecuado cumplimiento** de esta Ley..."
(Énfasis añadido)

De acuerdo al artículo anteriormente transcrito, no se le conceden facultades "legislativas" a la SEFUPU, puesto que se aclara que sus facultades son "administrativas", las cuales, además, se encuentran restringidas a las estrictamente necesarias para el adecuado cumplimiento de la LOPYSRM.

Los Lineamientos, en este contexto, no deben ser interpretados como la fuente de la obligación de ajuste de costos, sino como el vehículo administrativo que facilita su cumplimiento. De no ser así, se llegaría a dos conclusiones inaceptables:

- a) En primer lugar, la existencia y exigibilidad de la obligación legal de ajuste de costos dependería de la voluntad de una autoridad administrativa.
- b) Como consecuencia de lo anterior, se estaría colocando a la discreción de la autoridad administrativa por encima del mandato legislativo y frustrando el objetivo y finalidad de éste.

De esta manera, suponer que los Lineamientos constituye una condición o una cláusula habilitante sin la cual la obligación de ajuste de costos es letra muerta, sería implicar que el legislador, en el quinto párrafo, prácticamente efectuó una delegación (prohibida constitucionalmente) de su facultad legislativa a una autoridad administrativa.

Es importante también tener en cuenta que el ajuste de costos previsto por el artículo 59 de la LOPYSRM se da en el contexto de un contrato de obra pública. Esto implica que el régimen normativo que aplica a un contrato de esta naturaleza se encuentra regulado, en primer término, por la LOPYSRM, en segundo lugar, por las Bases de Licitación y el Contrato, y en última instancia, de presentarse el supuesto del Ajuste de Costos, por los Lineamientos que se expidan para ello.

Así, dentro de la jerarquía normativa que rige a un contrato de obra pública, la obligación imperativa de efectuar el ajuste de costos (ante la actualización del supuesto de circunstancias económicas extraordinarias que lo autoricen) claramente encuentra su fuente en la LOPYSRM, misma que prevalece sobre cualquier disposición en contrario establecida en las Bases de Licitación, en el Contrato o en los propios Lineamientos.

En este orden de ideas, es claro que de los Lineamientos no nace el derecho a ajustar los precios de un contrato regido por la LOPYSRM, el derecho a ajustar los precios surge de que se den la circunstancia económica imprevisible de tipo general que afecten el costo de los insumos, tal y como lo establece el artículo 59 de la LOPYSRM.

No podemos olvidar que el ajuste de costos, aunque beneficia al contratista, tiene por objeto el proteger a la sociedad de los incumplimientos de los contratos públicos.

F. SOLUCIONES A LAS DISPUTAS DESCRITAS

- 1) ¿Es obligatorio o potestativo para la SEFUPU emitir Lineamientos para el Ajuste de Costos?

De acuerdo con el texto del artículo 59 de la LOPYSRM no se advierte expresamente la existencia de una obligación a cargo de la SEFUPU para emitir los Lineamientos. No obstante, consideramos que, implícitamente, dicho precepto sí impone dicha carga a esa Secretaría.

La obligación de la SEFUPU se desprende implícitamente del hecho de que la obligación de ajuste de costos se presenta en el cuarto párrafo del multicitado artículo 59 como una obligación imperativa para la dependencia que sea la contraparte en el Contrato de Obra Pública afectado por las circunstancias económicas extraordinarias que afecta el precio de los insumos en el trabajo aún no ejecutado. Esta obligación es la única solución posible para evitar que se caiga en una situación de incumplimiento contractual que ponga en riesgo el interés público que descansa en la realización de la obra pública correspondiente.

Bajo esta obligación, se advierte que la SEFUPU no tiene bajo su discreción la decisión de emitir o no los Lineamientos. La interpretación teleológica de la LOPYSRM necesariamente nos lleva a concluir que la SEFUPU debe emitir los Lineamientos para facilitar el cumplimiento de la obligación de ajuste de costos a las dependencias o entidades públicas afectadas.

2) De ser obligatorio para la SEFUPU ¿en qué supuestos surge la obligación de emitir los Lineamientos?

Dada la dependencia que guarda la obligación de la SEFUPU para emitir los Lineamientos con la obligación de ajustar los costos de la dependencia o entidad pública respectiva, es evidente que la obligación de la SEFUPU surge al momento que nace la obligación de ajuste de costos. Es decir, la SEFUPU está obligada a emitir sus Lineamientos una vez que se presenten circunstancias económicas de tipo general que sean ajenas a la responsabilidad de las partes y que por tal razón no pudieron haber sido objeto de consideración en la propuesta que sirvió de base para la adjudicación del contrato correspondiente; como son, entre otras: variaciones en la paridad cambiaria de la moneda o cambios en los precios nacionales o internacionales que provoquen directamente un aumento o reducción en los costos de los insumos de los trabajos no ejecutados conforme al programa originalmente pactado.

Ahora bien, el problema consiste en determinar si cualquier aumento o reducción en los costos de los insumos de los trabajos no ejecutados justifica un ajuste de costos y la consecuente emisión de los Lineamientos. Al respecto, nos parece que no basta con la existencia de un incremento o reducción de costos, sino que el mismo debe tener su causa en una circunstancia económica de tipo general que además “no haya podido ser objeto de consideración en la propuesta que sirvió de base para la adjudicación del contrato”.

En este contexto, estimamos que el incremento o reducción del costo de los insumos debe haber sido imprevisible para el contratista y la dependencia. No basta, por lo tanto, que se esté en presencia de un deslizamiento normal del precio atendiendo a circunstancias normales y esperadas de la economía, sino que es necesario que ocurra algún acontecimiento general de naturaleza económica o financiera que provoque un comportamiento inesperado en el precio de los insumos. Evidentemente esto implica la necesidad de que la SEFUPU, en la emisión de los Lineamientos, tenga cierto grado de discrecionalidad que, sin embargo, se debe ajustar a parámetros objetivos con respecto a la imprevisibilidad en la modificación o cambio del precio y en la determinación del acontecimiento general que le haya dado lugar.

En síntesis, la emisión de Lineamientos se debe realizar por la SEFUPU siempre que se presenten las circunstancias a que se refiere el artículo 59 de la LOPYSRM y utilizando siempre elementos objetivos de juicio para determinar si las mismas se actualizan en un caso concreto.

3) Si no se expiden Lineamientos por la SEFUPU, ¿la dependencia o entidad pública está o no obligada a ajustar costos si se presentan circunstancias económicas extraordinarias en los términos del artículo 59 de la LOPYSRM?

Puesto que los Lineamientos no constituyen una condición o requisito para que surja la obligación de ajustar costos para la dependencia o entidad pública, consideramos que sí existe dicha obligación, aún en ausencia de Lineamientos expedidos por la SEFUPU.

De esta manera, la dependencia o entidad pública deberá cerciorarse, ya sea de oficio o a petición de parte, que se actualizaron los supuestos previstos por el artículo 59 de la LOPYSRM consistentes en la existencia de circunstancias económicas generales imprevisibles que impactaron en el costo de los insumos de los trabajos no ejecutados.

Cabe hacer notar a este respecto que la dependencia o entidad pública correspondiente debe actuar de buena fe y en beneficio del interés público al determinar si se han actualizado o no los supuestos del artículo 59 de la LOPYSRM, puesto que como se ha venido señalando a lo largo del presente, el ajuste de costos no es más que el instrumento que posibilita la conclusión de las obras públicas y, en última instancia, evita la existencia de un daño patrimonial mayor al Estado Mexicano.

Ahora bien, con respecto a la manera de llevar a cabo el ajuste de costos sin Lineamientos que especifiquen la manera para ello, consideramos que la manera de efectuarse el mismo debe ser la siguiente:

- En primer lugar, en atención a lo que dispone el párrafo quinto del artículo 59 de la LOPYSRM se debe atender a los mecanismos pactados y existentes en el Contrato de Obra Pública correspondiente.
 - Se debe identificar la existencia de Lineamientos para insumos similares o que se hayan visto afectados por la misma situación económica general. En caso de existir estos Lineamientos similares, la dependencia podría aplicar las fórmulas o mecanismos ahí establecidos en la medida en que proporcionarían elementos objetivos para restablecer el equilibrio económico contractual originalmente asumido por las partes y, en última instancia, lograr el fin último del ajuste de costos consistente en la conclusión de la obra pública respectiva.
 - En ausencia de un mecanismo contractual o de Lineamientos aplicables por analogía, la entidad o dependencia pública deberá establecer un procedimiento, fórmula o mecanismo de actualización o ajuste de precios, que reflejen efectivamente la problemática económica del contrato en cuestión. Para ello, consideramos que es necesario que la dependencia utilice información objetiva, sustentando preferentemente sus fórmulas o mecanismos de ajustes de costos en índices o publicaciones oficiales o, en su defecto, en publicaciones especializadas nacionales o internacionales que sean conocidas por su confiabilidad e imparcialidad. Además, sería también conveniente que este mecanismo sea pactado de común acuerdo por la dependencia o entidad pública con el contratista a efecto de tener también su retroalimentación en la mejor forma de cumplir con el ajuste de costos, salvaguardando la integridad del Contrato y su ejecución efectiva.
- 4) Si los Lineamientos expedidos por la SEFUPU son incorrectos o incompletos, ¿cuál es la obligación de las dependencias o entidades públicas?

En primer lugar, consideramos que dado que la obligación de ajuste de costos se presenta y adquiere su justificación dentro de un Contrato de Obra Pública vigente, las dependencias o entidades públicas deberán no sólo regir y conducir su actuación en busca de la realización del interés público, sino también conducirse de buena fe en los términos del artículo 1796 del Código Civil Federal de aplicación supletoria a la LOPYSRM.

En este contexto, ante Lineamientos incorrectos o incompletos consideramos que, de buena fe, la dependencia o entidad pública debe suplir las deficiencias o errores de los Lineamientos con el objeto de lograr el propósito del Ajuste de Costos. Consideramos que la superior jerarquía de la LOPYSRM sobre los Lineamientos faculta a la dependencia o entidad pública a subordinar cualquier falla o defecto de los Lineamientos a la realización del fin buscado por la LOPYSRM. De este modo, la dependencia o entidad pública se debe conducir de manera similar al supuesto de ausencia de Lineamientos. Es decir, ante Lineamientos incorrectos o incompletos, la dependencia debe establecer mecanismos o fórmulas que suplan los defectos o errores existentes; sólo así se garantiza y cumple la finalidad del ajuste de costos previsto en el artículo 59 de la LOPYSRM.

**Arbitraje, Solución Alternativa de Controversias y
Reformas a las Leyes de Adquisiciones y
Obras Públicas 2009.**

Herfried Wöss

Socio

Herfried Wöss & Partners, S.C.

- El 28 de mayo de 2009 se publicaron reformas a:
 - Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las Mismas y Servicios Públicos (LOPSRM)
 - Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP)
- Las reformas abren al arbitraje a todos los contratos de obras públicas federales y a todos los contratos de servicio a largo plazo tales como Proyectos de Prestación de Servicios (“PPS”) o Asociaciones Público-Privadas

- Régimen Federal de Adquisiciones
 - El art. 17, párr. 3 de la Constitución Federal contempla los medios alternativos de solución de controversias.
 - Las controversias en que intervengan entidades estatales es una competencia federal (art. 104 fracc. II de la Constitución Federal).
- Antes de la reforma:
 - Las controversias sobre interpretación y aplicación eran conocidas por los tribunales federales.
 - Se permitía el arbitraje a través de normas generales de la SFP (antes SECODAM) con la opinión de SECOFI, mismas que nunca se publicaron.
 - El arbitraje estaba limitado a PEMEX y CFE.

- Antes de la reforma

- El art. 45, fracc. XIII de la LOPSRM 2000 establecía que los contratos debían tener los procedimientos para la solución de controversias de carácter técnico administrativo

- El precepto anterior permitió incluir los procedimientos de “*peritos independientes*” en los contratos de obra pública, a través de los cuales un experto independiente (generalmente un ingeniero) resuelve cuestiones de fuerza mayor, incluyendo su aplicación jurídica.
 - La determinación del perito independiente es obligatoria y su competencia es absoluta, limitando al tribunal arbitral.
 - El tribunal arbitral puede anular la decisión del perito si encuentra que hay irregularidades en la designación del experto, exceso de competencia, error manifiesto, fraude o mala fe.

- Reforma LOPSR 2009
 - En el Título Siete “De la Solución de las Controversias” existen disposiciones sobre:
 - El procedimiento de inconformidad
 - La conciliación ante la SFP
 - Arbitraje
 - Otros mecanismos de solución de controversias
 - Art. 98 establece:
 - En el párr. 1° que un acuerdo de arbitraje podrá celebrarse por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución en términos del Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio (CCom).
 - En el párr. 2° que la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos así como cualquier otro asunto excluido por el Reglamento no está sujeto a arbitraje

- **Legislación aplicable al procedimiento arbitral**
 - Anteriormente se aplicaba el CCom como derecho adjetivo, pero no a los contratos del Gobierno Federal ya que estaban sujetos al Código Civil Federal
 - Desde la reforma se aplica el Título IV del Libro V del CCom.

- **Alcance del arbitraje**
 - El art. 98 de la LOPSRM parece limitar el arbitraje a la interpretación y cumplimiento del contrato, y excluye:
 - La interpretación de la LOPSRM, su Reglamento y cualquier otra disposición aplicable
 - La validez del contrato
 - La validez del acuerdo de arbitraje

- Alcance del arbitraje

- Interpretación y ejecución de contratos

- Las controversias por interpretación y ejecución de contratos con base en LOPSRM se resuelven por tribunales federales en los casos que no se haya pactado cláusula arbitral o medio alternativo de solución de controversias o éstas no resulten aplicables (art. 103 LOPSRM).
 - Del art. 98 párrafo 1 y el art. 103 LOPSRM se desprende:
 - Los artículos son idénticos en su redacción, pero difieren en el término ejecución el cual se sustituyó por aplicación.
 - La competencia del tribunal federal no es diferente del arbitral.
 - Los términos “interpretación” y “aplicación” no tienen intención de limitar el alcance de la jurisdicción del tribunal federal o arbitral.
 - El tribunal federal tiene jurisdicción plena sobre la materia de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos que no se haya pactado cláusula arbitral o medio alternativo de solución de controversias.
 - El tribunal federal y el arbitral tienen facultades para interpretar la ley aplicable, determinar la validez del contrato y de la cláusula arbitral.

- Alcance del arbitraje
 - Comprobación sobre la competencia de una autoridad judicial
 - La 3ª Sala de la SCJN resolvió en tesis aislada que:
 - Es juez competente aquél al que los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente
 - Para la validez de la sumisión expresa a la competencia se requiere según los arts. 151 y 152 del CPCDF:
 - » Renuncia clara y terminante al fuero que por ley corresponde
 - » Designación con precisión del Juez a quien se somete
 - Si se estipula en un contrato que **la interpretación y cumplimiento del mismo** las partes se someten a los tribunales del DF renunciando a aquél que pudiera corresponderles, se considera sumisión expresa a la competencia del Juez designado.
 - En la especie es necesario que la jurisdicción de los tribunales federales se subordine al acuerdo de arbitraje u otros medios alternativos de controversias.

- Alcance del arbitraje
 - Arbitraje rescisión y terminación anticipada
 - La adjudicación en una licitación pública es un acto de Estado
 - Una vez adjudicado el Contrato el Estado se considera un ente privado salvo por la rescisión y terminación anticipada que pueda realizar la autoridad
 - La rescisión y la terminación anticipada no son arbitrables (art.98 párr. 2 LOPSRM),
 - La terminación anticipada puede derivarse de:
 - Circunstancias de interés general que pueden causar lesiones graves a la autoridad,
 - Imposibilidad de determinar la duración de suspensión
 - Fuerza mayor
 - Consecuencia de la declaración de nulidad del procedimiento de licitación pública por:
 - » La SFP
 - » Resolución de autoridad judicial como consecuencia de un procedimiento de inconformidad
 - » Intervención de oficio (art. 94 LOPSRM)

- Alcance del arbitraje
 - Arbitraje rescisión y terminación anticipada requieren resolución administrativa y no son arbitrables
 - El Pleno de la SCJN resolvió que es autoridad quien por disposición de una norma puede tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado y que exijan el uso de la fuerza pública u otras autoridades.
 - El tribunal arbitral es competente para pronunciarse sobre daños y perjuicios, pero está obligado a respetar la decisión de la autoridad judicial sobre la legalidad o ilegalidad de la rescisión y terminación anticipada.
 - Nulidad del Contrato y de la cláusula arbitral
 - El tribunal arbitral es competente para resolver cuestiones de nulidad siempre que exista un acuerdo de arbitraje (arts. 15 párr. 1 y 103 LOPSRM).

- LAASSP 2009
 - Las reformas son idénticas a la LOPSRM 2009
 - El arbitraje se limita a *contratos de servicios a largo plazo* como PPS o APP (art.3 fracc. VI de la LAASSP)
 - México ha adoptado cambios legislativos en materia presupuestal y administrativa acordes a UNIDO, BOT y la guía Legislativa de la CNUDMI o UNCITRAL sobre proyectos de Infraestructura con Financiamiento Privado de 2001

- Lugar del arbitraje
 - La LOPSRM y la LAASSP no mencionan el lugar del arbitraje
 - Puntos de contacto mínimo (art. 16 ambas leyes)
 - La legislación extranjera aplica si:
 - » El lugar de cumplimiento y firma del contrato tiene lugar en el extranjero
 - La legislación nacional aplica si:
 - » Si los bienes y servicios vienen del extranjero pero el lugar de cumplimiento se encuentra en México
 - » El lugar del arbitraje debe ser México

- ¿Contratos antiguos bajo las nuevas disposiciones?
 - Se puede celebrar un acuerdo de arbitraje después de la fecha de entrada en vigor (arts. 99 LOPSRM y 81 de la LAASSP)
 - Ambas leyes establecen que los contratos celebrados antes de la entrada en vigor se rigen por la ley anterior excepto:
 - Los procedimientos de conciliación, inconformidad y de sanción que estén en trámite o pendientes de resolución a la entrada del Decreto (art. 9 ambas leyes).
 - No son arbitrables

- Solución Alternativa de Controversias
 - Los arts. 102 de la LOPSRM y 84 de la LAASSP permiten “*otros mecanismos de solución de controversias*”
 - Deben estar reconocidos por disposiciones generales de la SFP
 - No han sido emitidas
 - Tal vez se refieran a:
 - » Dispute boards
 - » Procedimiento de expertos
 - » Conciliación
 - » Mediación

- Entidades paraestatales
 - Los directores generales de organismos descentralizados son competentes para someter a arbitraje (art. 22, fracc. VI de la Ley de Entidades Paraestatales)

- PEMEX
 - Se contempla el arbitraje en el art. 6 de la Ley Reglamentaria del art. 27 Constitucional en el Ramo Petrolero (“Ley Reglamentaria”) y el art. 72 de la nueva Ley de Petróleos Mexicanos.
 - La redacción entre ambos artículos es ligeramente distinta pero parece no ser de importancia.

- **PEMEX**

- **Lugar del arbitraje**

- **Punto de conexión en el lugar de ejecución de las obras o servicios**

- Tiene que estar en México cuando las obras y servicios a realizarse estén en México y zonas donde la Nación ejerce soberanía, jurisdicción o competencia (art. 6 párr.2 de la Ley Reglamentaria).
 - Puede estar en el extranjero si las obras o servicios a realizarse están en el extranjero.

- **Actos jurídicos de carácter internacional**

- PEMEX y sus subsidiarias pueden optar por la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos de arbitraje.

- PEMEX
 - Régimen de compras públicas de PEMEX
 - Arts. 51 y 52 de la Ley de Petróleos Mexicanos distinguen:
 - Actividades sustantivas de carácter productivo (3 y 4 Ley Reglamentaria) y la industria de petroquímicos no básicos
 - Otras actividades
 - » LOPSRM y LAASSP son aplicables a otras actividades fuera del régimen de compras públicas de PEMEX
 - El art. 6, párr. 1 de la Ley Reglamentaria no hace distinción y se refiere a todo tipo de contratos de servicios de PEMEX, por lo que los contratos que no son PPS son susceptibles de arbitraje.
 - Distribución de gas
 - Conciliación y arbitraje (art. 14, fracc. V)
 - Transporte, almacenamiento, distribución y venta de gas de primera mano
 - Interpretación, cumplimiento de contratos, y el procedimiento para impugnar la negativa a celebrarlos
 - Terminación y rescisión anticipada de contratos
 - Ni la Ley Reglamentaria ni la de Petróleos Mexicanos restringen la competencia del tribunal arbitral. No hay razón de hacerlo con la LOPSRM y LAASSP

- CFE
 - Los conflictos nacionales que se derivan de actos en que sea parte CFE están sujetos a los tribunales federales a menos que exista acuerdo de arbitraje (art. 45 Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica “LSPEE”).
 - Puede aplicar el derecho extranjero, someterse a la jurisdicción de tribunales extranjeros y celebrar acuerdos de arbitraje si esto es conveniente.
 - Se pueden aplicar LAASSP y LOPSRM, pero parece que el art. 45 de la LSPEE prevalece.

- Conclusiones

- Las reformas a ambas leyes:

- Son un avance del gobierno en materia de medios alternativos de solución de controversias
 - Reducen considerablemente el costo de litigios en México
 - La apertura se limita a los Proyectos de Prestación de Servicios en el caso de la LAASSP

- Preocupa que:

- No sea arbitrable la terminación y la rescisión anticipada de los contratos.
 - Exista duplicidad de procedimientos

- Compromiso social

- Proyectos de infraestructura a menor precio

Dispute Boards.

Roberto Hernández García
Socio Director
COMAD, S.C.

¿ QUE ES UN DISPUTE BOARD?

- El Dispute Board (DB) es un comité encargado de resolver las desavenencias.
- Generalmente se establece desde el inicio del contrato y se mantiene con permanencia y remunerado durante toda la duración del mismo.
- Los DB constituyen un mecanismo común para la resolución de desavenencias contractuales en el ámbito de contratos a medio o largo plazo que demuestra generar ahorros para las partes.

¿CÓMO SE INTEGRA UN DBY QUE HACE?

- Se compone por uno o tres miembros que conocen en profundidad el contrato y su ejecución.
- El DB ayuda a las partes contratantes a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato y emite recomendaciones o decisiones con respecto a cualquier desavenencia que le planteen una u otra de las partes.

¿CUANTOS TIPOS DE DB EXISTEN?

- Existen tres tipos:
 - **Dispute Review Board (“DRB”).**- que emite “Recomendaciones” que guardan relación con la desavenencia que le ha sido planteada y constituye un método consensual para resolver las desavenencias.
 - **Dispute Adjudication Board (“DAB”).**-emite “Decisiones” que guardan relación con cualquier desavenencia que le sea planteada y constituye una opción menos consensual de resolución de desavenencias.
 - **Combined Dispute Board (“CDB”).**- normalmente emite Recomendaciones con respecto a cualquier desavenencia que le haya sido planteada. Sin embargo, el CDB puede emitir una Decisión cuando una parte lo solicita y ninguna otra parte se opone a ello.

“DECISIONES Y RECOMENDACIONES”

- La principal diferencia entre una Decisión y una Recomendación consiste en que las partes deben acatar la primera sin demora a partir de su recepción, mientras que una Recomendación debe ser acatada únicamente si ninguna de las partes expresa su desacuerdo dentro del plazo establecido.
- En ambos casos, si una parte se opone a la determinación del DB en relación con la desavenencia planteada, puede someter dicha desavenencia ante el órgano jurisdiccional competente, para obtener una sentencia con fuerza ejecutiva.
- La decisión del DB será admitida en cualquier procedimiento ulterior de este tipo.

LA ICC, LOS DBS Y EL ARBITRAJE

- La ICC tiene reglas de DB.
- La ICC no administra los procedimientos iniciados de conformidad con el Reglamento de la CCI relativo a los DB, pero apoya algunas fases.
- Los Dispute Boards no son tribunales arbitrales y sus Determinaciones no tienen fuerza ejecutiva como los laudos arbitrales.
- Las Partes aceptan contractualmente quedar vinculadas por las Determinaciones bajo ciertas condiciones específicas enunciadas en el Reglamento.

LOS DABs

- Los DAB emiten Decisiones relacionadas con las Desavenencias.
- Una Decisión es obligatoria para las Partes desde el momento de su recepción. Las Partes deben cumplirla sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo
- Una Parte en desacuerdo con una Decisión debe, dentro de un plazo de 30 días contados a partir de su recepción, enviar a la otra Parte y al DAB una notificación escrita mediante la cual ponga de manifiesto su desacuerdo

LOS DABs (sigue...)

- Hasta tanto la Desavenencia no haya sido resuelta definitivamente mediante arbitraje u otro medio, o salvo que el tribunal arbitral o el juez decidan de otro modo, la Decisión debe ser cumplida por las Partes.

INTEGRACIÓN DEL DAB

- Cuando el DB se componga de tres Miembros, las Partes nombrarán de común acuerdo los dos primeros Miembros del DB.
- Si las Partes no han nombrado a uno de los Miembros del DB, o a ninguno de los dos, en un plazo de 30 días siguientes a la firma del contrato o dentro de los 30 días siguientes al inicio de cualquier ejecución prevista en el Contrato, acogiéndose a lo que ocurra primero, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las Partes, el Centro nombrará, a petición de cualquiera de las Partes, los dos Miembros del DB.

INTEGRACIÓN DEL DAB

- El tercer Miembro del DB será propuesto a las Partes por los dos Miembros del DB en un plazo de 30 días contados a partir del nombramiento del segundo Miembro del DB.
- Si las Partes no nombran al tercer Miembro del DB propuesto dentro de los siguientes 15 días contados a partir de la recepción de la propuesta, o si los dos Miembros del DB no proponen al tercer Miembro del DB, el tercer Miembro del DB será nombrado por el Centro a petición de cualquiera de las Partes.
- El tercer Miembro del DB ejercerá las funciones de presidente del DB, salvo que todos los Miembros del DB acuerden, con el consentimiento de las Partes, que sea otro el presidente.

INTEGRACIÓN DEL DAB

- A petición de cualquiera de las Partes, el Centro nombrará a cualquiera de los Miembros del DB si estima que existe un motivo suficiente para proceder a este nombramiento.
- Al nombrar un Miembro del DB, el Centro examinará las cualidades del candidato pertinentes a las circunstancias del caso, su disponibilidad, nacionalidad y conocimientos lingüísticos.
- Así mismo, el Centro tendrá en cuenta las observaciones, comentarios o peticiones expresadas por las Partes.

OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS DE UN DAB

- Todos los Miembros del DB deben ser y permanecer independientes de las Partes.
- Cualquier candidato para ser elegido Miembro del DB debe firmar una declaración de independencia y debe hacer notar cualquier circunstancia que afecte la misma.

FUNCIONAMIENTO DEL DB Y CONFIDENCIALIDAD

- Al aceptar su nombramiento, los Miembros del DB se comprometen a desempeñar sus funciones conforme al Reglamento.
- Cualquier información obtenida por un Miembro del DB en el ámbito de sus actividades dentro del DB serán utilizadas por ese Miembro del DB exclusivamente en las actividades del DB y serán tratadas como confidenciales por dicho Miembro del DB.
- Salvo acuerdo en contrario de las Partes, un Miembro del DB no puede participar en ningún procedimiento judicial, de arbitraje o similar relativo a una Desavenencia sometida a DB, ya sea en calidad de juez, árbitro, experto, representante o consejero de una Parte.

CONTRATO DE LOS MIEMBROS

- Antes del inicio de las actividades del DB, cada uno de los Miembros del DB debe firmar un contrato de Miembro del DB con cada una de las Partes.
- Si el DB está compuesto de tres Miembros, cada contrato de Miembro del DB debe contener condiciones substancialmente idénticas a las de los demás contratos de Miembro del DB, salvo acuerdo en contrario de las Partes y de dicho Miembro del DB.

CONTRATO DE LOS MIEMBROS

- Las Partes soportarán en partes iguales todos los honorarios y gastos de los Miembros del DB.
- Cuando son tres los Miembros del DB, éstos recibirán en partes iguales los mismos honorarios mensuales así como los mismos honorarios diarios por su trabajo como Miembros del DB.
- Salvo estipulación en contrario en el o en los contratos miembro del DB, los honorarios se fijarán para los primeros 24 meses siguientes a la firma del o de los contratos de Miembro del DB y serán posteriormente reajustados en el aniversario del o de los contratos de Miembro de DB, conforme a lo establecido en dicho(s) contrato(s).

HONORARIOS DE LOS MIEMBROS DEL DAB

- Salvo estipulación en contrario en el o en los contratos de Miembro del DB, cada Miembro del DB recibe los honorarios mensuales estipulados en el o en los contratos de Miembro del DB, los cuales cubrirán lo siguiente:
 - disponibilidad para asistir a todas las reuniones del DB con las Partes y a todas las visitas al sitio;
 - disponibilidad para asistir a las reuniones internas del DB;
 - familiarización con el Contrato y seguimiento de su ejecución;
 - estudio de los informes de seguimiento y de la correspondencia aportada por las Partes en el marco de la actividad del DB; y
 - gastos generales ocasionados por el Miembro del DB en su lugar de residencia.

HONORARIOS DE LOS MIEMBROS DEL DAB

- Salvo estipulación en contrario en el o en los contratos de Miembro del DB, los honorarios mensuales equivaldrán a tres veces los honorarios diarios fijados en el o en los contratos de Miembro del DB; los honorarios mensuales son pagaderos desde la fecha de la firma del o de los contratos de Miembro de DB y hasta la terminación del o de los contratos.

HONORARIOS DE LOS MIEMBROS DEL DAB

- Salvo estipulación en contrario en el o en los contratos de Miembro del DB, cada Miembro del DB recibe los honorarios diarios establecidos en el o en los contratos de Miembro del DB, honorarios que cubren el tiempo dedicado al ejercicio de las siguientes actividades:
 - - reuniones y visitas al sitio;
 - - audiencias;
 - - tiempo de desplazamiento;
 - - reuniones internas del DB;
 - - estudio de los documentos entregados por las Partes durante los procedimientos ante el DB;
 - - preparación de una Determinación del DB; y
 - - actividades de coordinación y de organización del funcionamiento del DB.

GASTOS DEL DAB

- Salvo estipulación en contrario en el o en los contratos de Miembro del DB, los gastos que incurran los Miembros del DB en el marco de su trabajo, en cualquier sitio, ya sea relativos a desplazamientos locales, hoteles, almuerzos, llamadas de teléfono de larga distancia, gastos de fax y de mensajería, fotocopias, correos, gastos de visado, etc. serán reembolsados tomando como base su costo real

MODALIDADES DE PAGO

- Salvo acuerdo en contrario de las Partes, cada Miembro del DB presentará sus facturas a cada Parte para su cobro de la manera siguiente:
 - - los honorarios mensuales se facturarán y se pagarán trimestralmente por anticipado;
 - - los honorarios diarios y los gastos de desplazamiento se facturarán y se pagarán después de cada reunión, visita al sitio, audiencia o Determinación.
- Las facturas de los Miembros del DB se pagarán dentro de los 30 días siguientes a su recepción.

HONORARIOS ICCY DE PARTES

- Solo en caso de nombramiento; revisión o recusación, entre otros.
- Los costos de los miembros se definen entre las partes.

RELACIÓN PARTES-MIEMBROS DAB

- Las Partes deben cooperar plenamente con el DB y facilitarle la información en tiempo oportuno.
- Las Partes se asegurarán de que se mantenga informado al DB de la ejecución del Contrato y de cualquier desacuerdo que pudiera sobrevenir durante el curso del mismo, mediante informes de seguimiento, reuniones y, si es necesario, visitas al sitio.
- Si el DB lo solicita, las Partes deben facilitarle, durante las reuniones y las visitas al sitio, un espacio de trabajo apropiado, alojamiento, medios de comunicación y de mecanografía, así como cualquier equipo de oficina e informático que permita al DB desempeñar sus funciones.

RELACIÓN PARTES-MIEMBROS DAB

- Al inicio de sus actividades, el DB deberá, después de haber consultado a las Partes, fijar un calendario de reuniones y, si la naturaleza del Contrato lo exige, visitas al sitio.
- Las reuniones y visitas al sitio deben ser lo suficientemente frecuentes con el fin de que el DB se mantenga informado de la ejecución del Contrato y de cualquier desacuerdo.

RELACIÓN PARTES-MIEMBROS DAB

- Toda notificación o comunicación escrita, inclusive los documentos adjuntos y los anexos, enviados por una Parte al DB o por el DB a las Partes, debe ser comunicada simultáneamente a todas las Partes y a todos los Miembros del DB a la dirección comunicada por cada Miembro del DB y cada una de las Partes.
- Ni los miembros del DB, ni el Centro, ni la CCI o sus empleados, ni los Comités Nacionales de la CCI serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el funcionamiento del DB.

FACULTADES DEL DAB

- - Requerir a las Partes que aporten cualquier documento que el DB juzgue necesario para emitir una Determinación;
- - Convocar reuniones, visitas al sitio y audiencias;
- - decidir sobre las cuestiones relativas al procedimiento que surjan durante las reuniones, visitas al sitio o audiencias;
- - interrogar a las Partes, a sus representantes y a cualquier testigo que el DB pudiera convocar, todo ello en el orden que el DB estime;
- - emitir una Determinación incluso cuando una de las Partes no haya acatado una solicitud del DB;
- - tomar las medidas necesarias para el ejercicio de sus funciones como DB.

FACULTADES DEL DAB

- Por iniciativa propia o a petición de una de las Partes y siempre con el acuerdo de todas las Partes, el DB puede, de manera informal ayudar a las Partes a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del Contrato.
- Esta asistencia informal puede prestarse durante cualquier reunión o visita al sitio. La Parte que proponga la asistencia informal del DB debe esforzarse en informar al DB y a la otra Parte con la mayor prontitud antes de la fecha de la reunión o de la visita al sitio durante la cual la asistencia informal deba de ser prestada.

SUMISIÓN FORMAL DE LAS DESAVENENCIAS A UNA DETERMINACIÓN; EXPOSICIÓN DE LA DESAVENENCIA

- Para someter una Desavenencia al DB, una de las Partes debe presentar a la otra y al DB una exposición escrita de la Desavenencia (la “Exposición de la Desavenencia”).
- La exposición debe incluir:
 - - una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la Desavenencia;
 - - una lista de cuestiones que serán sometidas al DB para una Determinación y una presentación de la posición de la Parte que formula estas cuestiones;
 - - cualquier justificante que fundamente la posición de la Parte solicitante como documentos, dibujos, programas y correspondencia;
 - - una exposición del objeto de la Determinación requerida al DB por la Parte solicitante; y

ACUERDOS EXTRA - PROCEDIMIENTO

- Las Partes son libres de llegar a un acuerdo sobre la Desavenencia en cualquier momento mediante la negociación, con o sin ayuda del DB.

AUDIENCIAS

- Debe celebrarse una audiencia referida a una Desavenencia, salvo que las Partes y el DB acuerden otra cosa.
- las audiencias se celebran dentro del plazo pactado o convenido siguiente a la recepción de la Contestación.
- Las audiencias se celebrarán en presencia de todos los Miembros del DB
- Si alguna de las Partes se rehusa o se abstiene de participar en el procedimiento del DB o en cualquier etapa de éste, el DB procederá su cometido no obstante dicha negativa o abstención.

AUDIENCIAS

- El DB deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada Parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso.
- Las Partes comparecerán en persona o a través de representantes debidamente acreditados a cargo de la ejecución del Contrato. Asimismo, podrán estar asistidas por consejeros.

DETERMINACIONES

- El DB emitirá su Determinación con prontitud y, en cualquier caso, dentro de los 90 días siguientes a la Fecha de Inicio.
- Cuando las Partes acuerdan someter las Decisiones a la CCI para su examen, el plazo para emitir una Decisión se prolonga por el tiempo requerido por el Centro para realizar el examen.
- El Centro solamente puede ordenar modificaciones en cuanto a la forma de la Decisión. Los Miembros del DB no pueden firmar ni comunicar a las Partes Decisiones sometidas al examen del Centro antes de su aprobación por el mismo.

CONTENIDO DE UNA DETERMINACIÓN

- - un resumen de la Desavenencia, de las posiciones respectivas de las Partes y de la Determinación que se solicita;
- - un resumen de las disposiciones pertinentes del Contrato;
- - una cronología de los hechos relevantes;
- - un resumen del procedimiento seguido por el DB, y
- - una lista de los escritos y de los documentos entregados por las Partes durante el procedimiento.
- - las conclusiones del DB así como las razones en que se fundamenta la determinación.

CSCC

- **Comité de Solución de Controversias en Construcción.**
- **Sesiona 3-4 veces al año.**
- **Ver calendario**
- **Sesiones pasadas y presentes**

Arbitraje, Medios Alternativos de Solución de Controversias y Compras del Sector Público en México.

Herfried Wöss

Socio

Herfried Wöss & Partners, S.C.

Introducción

1. El 28 de mayo de 2009, se publicaron las reformas de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las Mismas y Servicios Públicos ("LOPSRM 2009") y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público ("LAASSP 2009") en el Diario Oficial de la Federación (las "Reformas"), mismas que entraron en vigor 30 días posteriores contados a partir de la fecha de su publicación, salvo algunas disposiciones relacionadas con el sistema electrónico de compras gubernamentales ("CompraNet"). A través de las reformas ambas leyes se han modificado de manera significativa. Las reformas fueron aprobadas en el Congreso sin mayor debate¹ debido a la urgente necesidad de facilitar proyectos de infraestructura². La LAASSP 2009 también se refiere a los contratos modelo que normalmente tienen un impacto significativo en la reducción de los riesgos de disputas³.

2. Ambas leyes contienen cambios importantes con respecto al arbitraje y los medios alternativos de solución de controversias, los cuales serán analizados en el presente artículo. Se entiende por medios alternativos de solución de controversias la solución de disputas distinta a litigios judiciales y al arbitraje en el sentido de solución amistosa de controversias tal como se define, entre otros, por la ICC⁴. Las reformas están aún sujetas a los reglamentos de ambas leyes y a la expedición de las disposiciones generales sobre medios alternativos de solución de controversias que serán publicadas por la Secretaría de la Función Pública.

3. Las reformas abren al arbitraje *a todos los contratos de obras públicas federales y a todos los contratos de servicio a largo plazo, tales como los Proyectos de Prestación de Servicios ("PPS") o Asociaciones Público-Privadas*⁵. Sin embargo, hay algunas cuestiones que es necesario examinar y entender a fin de lograr un procedimiento adecuado de solución de controversias, el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales sin mayores obstáculos. Antes de las reformas, el arbitraje sólo se había visto en empresas estatales, como Petróleos Mexicanos ("PEMEX"), sus subsidiarias y la Comisión Federal de Electricidad ("CFE"), cuyas "leyes orgánicas" expresamente contemplan el arbitraje. Antes de las reformas, la solución alternativa de controversias, aparentemente, sólo se limitaba a la conciliación ante la Secretaría de la Función Pública y el "procedimiento de experto independiente" para controversias de carácter técnico y administrativo radicadas en los grandes contratos de obras públicas de PEMEX y de la CFE.

5. A parte de los mecanismos anteriormente mencionados, los comités de solución de controversias en forma de un "dispute review board" se han usado en Proyectos de Prestación de Servicios tales como el proyecto del Hospital del Bajío⁶.

I - Régimen Federal de Adquisiciones

6. El artículo 17, párrafo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla los medios alternativos de solución de controversias como el arbitraje. La solución de controversias en que intervengan entidades estatales, incluyendo empresas de participación estatal mayoritaria es una competencia federal, de conformidad con el artículo 104, fracción III, de la Constitución. Cabe resaltar que las disposiciones contenidas en los tratados internacionales prevalecen sobre la legislación federal⁷.

¹Ver: Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2748-IV, jueves 30 de abril de 2009.

²CNNExpansión.com: Reformas agilizarán contratación pública, <http://cnnextension.com/obras/2009/05/2008/reformas-agilizaran-contratacion-pulica>, última visita Septiembre 2009.

³Ver, en general, *Wöss, Herfried*: The ICC Model Turnkey Contract for Major Projects, *Construction Law International*, 3 (2008) 2, IBA International Construction Projects Committee, p. 6-11, en la p. 6.

⁴Ver: ICC Rules on Amicable Dispute Resolution.

⁵"Proyectos para Prestación de Servicios (PPS)"; Secretaría de Hacienda y Crédito Público, <http://www.ppp.sse.gob.mx/>, última visita octubre 2009.

⁶*Wöss, Herfried*: Dispute Boards in Mexico, *Forum*, Dispute Resolution Board Foundation, May 2007, p. 2

⁷Ver los artículos 5 y 15, párrafo 2, de la LOPSRM 2009 y el artículo 4 y 15, párrafo 2, LAASSP 2009.

LOPSRM 2000

7. La regla general antes de las reformas a la LOPSRM era que las controversias que surgieran con respecto a su interpretación y aplicación tenían que solucionarlas los tribunales federales⁸. Sin embargo, la Secretaría de Función Pública (anteriormente: Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativos; "SECODAM") permitía expresamente el arbitraje a través de normas generales, sujeto a la opinión previa de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial⁹. Sin embargo, dichas normas generales nunca se publicaron. Por lo tanto, y hasta las reformas, el arbitraje se ha limitado a PEMEX y a la CFE conforme a sus llamadas leyes "orgánicas"¹⁰.

8. En cuanto a los medios alternativos de solución de controversias, el artículo 45, sección XIII de la LOPSRM de 2000, establecía que los contratos de obras públicas debían contener los procedimientos para la solución de controversias de carácter técnico o administrativo. Dicha disposición llevó a la inclusión de los llamados procedimientos de "*peritos independientes*" en los contratos de obras públicas por medio de los cuales un experto independiente, generalmente un ingeniero, tiene que resolver, entre otras, las cuestiones de fuerza mayor, incluyendo su aplicación jurídica, lo que en ocasiones producía y sigue produciendo resultados bastante sorprendentes. Las determinaciones del perito independiente no sólo son obligatorias, sino que la competencia del experto independiente es absoluta, por lo tanto, limita la competencia del tribunal arbitral. Si el tribunal arbitral determina que hay irregularidades en la designación del experto independiente, exceso de competencia, error manifiesto, fraude o mala fe, puede anular la decisión del perito independiente sin que se resuelva la problemática de la competencia limitada del tribunal arbitral que convierte a ese sistema de solución de controversias *ad absurdum*.

Incluso en ese caso, no está claro si el tribunal arbitral puede conocer de la "disputa técnica" o si tiene que remitir la disputa técnica a otro o al mismo experto independiente¹¹. Un tribunal arbitral que conoce de la disputa técnica corre el riesgo de nulidad o no ejecución del laudo arbitral, debido a la falta de competencia.

LOPSRM 2009

9. El Título Siete de la nueva LOPSRM titulado "De la Solución de las Controversias" contiene disposiciones sobre el llamado procedimiento de inconformidad, la conciliación ante la Secretaría de la Función Pública, el arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de controversias, así como los procedimientos judiciales. El Capítulo III ("Del Arbitraje, Otros Mecanismos de Solución de Controversias y Competencia Judicial") contiene las disposiciones pertinentes.

10. El artículo 98, párrafo 1, de la LOPSRM 2009 establece que un *acuerdo de arbitraje* podrá celebrarse con respecto a las controversias entre las partes "*por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio*"¹². De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 98, *la rescisión administrativa y la terminación anticipada* de los contratos así como cualquier otro asunto excluido por el Reglamento no estarán sujetos a arbitraje¹³. Lo anterior presenta varias preguntas relativas a la legislación aplicable al procedimiento arbitral, la competencia del tribunal arbitral y la arbitrabilidad.

⁸El término "tribunal federal" se entiende como "tribunal judicial federal" distinguiendo entre los tribunales judiciales locales y federales; ver: Artículo 15, párrafo 1, de la LOPSRM 2000.

⁹Ahora: Secretaría de Economía.

¹⁰Ver título 3 abajo.

¹¹Ver *Wöss, Herfried*: Cláusulas escalonadas en contratos de obra pública en México - ¿sistema o patología? en: Solución de controversias en proyectos de infraestructura, Wöss & Partners, S.C., Boletín, Junio 2007, p. 1-5.

¹²"Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación de las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio."

¹³"No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley."

Legislación aplicable al procedimiento arbitral

11. Considerando que en la práctica y bajo la antigua ley, el procedimiento arbitral se rigió por el Código de Comercio, no existía disposición alguna clara a este respecto en la LOPSRM. De hecho, el Código de Comercio no era aplicable a contratos del gobierno federal ya que los mismos están sujetos al Código Civil Federal, entre otros, al menos en lo que se refiere al derecho sustantivo y no al adjetivo. Desde la reforma, el Título Cuarto del Libro Cinco del Código de Comercio que regula el procedimiento de arbitraje, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales se aplica ahora expresamente a los contratos públicos federales, de conformidad con el artículo 98, párrafo 1, de la LOPSRM 2009, siempre que exista un acuerdo de arbitraje.

Alcance del arbitraje

12. El Artículo 98, párrafo 1, de la Ley de Obras Públicas de 2009 parece limitar el arbitraje a la interpretación del contrato y su cumplimiento, con lo cual aparentemente excluye cuestiones relacionadas con (1) la interpretación de la de la LOPSRM, su Reglamento y cualesquiera otras disposiciones legales aplicables, (2) la validez del contrato, y (3) la validez del acuerdo de arbitraje. Por lo tanto, surge la pregunta de si el legislador quería limitar la competencia del tribunal arbitral.

II - Interpretación y ejecución de contratos

13. Parece que la limitación de la competencia del tribunal arbitral para la interpretación y ejecución de los contratos es meramente incidental, en virtud de la tradición legislativa. Esto se deduce del artículo 103 de la Ley de Obras Públicas que regula la jurisdicción de los tribunales judiciales, al señalar lo siguiente:

"Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de los contratos celebrados con base de esta Ley, serán resueltas por los tribunales federales, en los casos en que no se haya pactado cláusula arbitral o medio alterno de solución de controversias, o éstas no resulten aplicables". (Énfasis añadido)

Una comparación entre el artículo 98, párrafo 1, y el artículo 103 de la LOPSRM muestra que la redacción es idéntica. La única diferencia es que el término "ejecución" ha sido sustituido por el término "aplicación" que no aparece agregar contenido normativo. Por lo tanto, el texto que establece la competencia del tribunal federal no es diferente de la del tribunal arbitral. El tribunal federal tiene jurisdicción plena sobre la materia de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Lo anterior indica que el uso de los términos "interpretación" y "aplicación" no tiene la intención de limitar el alcance de la jurisdicción del tribunal federal o del tribunal arbitral. Por consiguiente, tanto el tribunal federal como el arbitral tienen facultades para interpretar la ley aplicable, para determinar la validez del contrato y la validez de la cláusula de arbitraje.

14. La práctica jurídica de referirse a la "interpretación" y "aplicación" de un contrato cuando en verdad se quiere conferir plena competencia a una autoridad judicial se comprueba con la siguiente tesis:

"SUMISION EXPRESA, COMPETENCIA POR. PARA SU VALIDEZ BASTA CON QUE SE INDIQUE EL LUGAR DE LOS TRIBUNALES A LOS QUE SE SOMETEN (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA).

De conformidad con los artículos 151 y 152 de los Códigos de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y del Estado de Baja California, respectivamente, "es Juez competente aquél al que los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente...", entendiéndose que hay sumisión expresa cuando los interesados renuncian clara y terminantemente al fuero que la ley les concede y designan

con precisión el Juez a quien se someten, según lo dispuesto en los numerales 152 y 153 de los citados códigos. Por consiguiente, para la validez de la sumisión expresa a la competencia de un Juez se requiere lo siguiente: 1) que se renuncie clara y terminantemente al fuero que por ley les corresponde, y 2) que se designe con toda precisión al Juez a quien se someten. Ahora bien, si en el **contrato** base de la acción se estipuló que para **la interpretación y cumplimiento del mismo** las partes se sometían a los tribunales del Distrito Federal, renunciando al fuero que por razón de su domicilio o del de la ubicación del bien inmueble materia del contrato pudiera corresponderles, debe considerarse que existió sumisión expresa a la competencia del Juez del lugar designado, pues, por una parte, se renunció clara y terminantemente al fuero que por ley les correspondía y, por la otra, se designó con precisión el lugar de los tribunales a los que se someten, sin que pueda considerarse que además es necesario, para la validez de la sumisión, que se especifique a qué Juez de dicho lugar se someten, pues ello sería exigir a los particulares que determinen cuestiones que pueden no depender de su voluntad, sino de la ley y del turno que al efecto se lleve en la Oficialía de Partes Común a los juzgados respectivos, si la legislación procesal del Estado a cuya jurisdicción de sus tribunales se someten funciona a través de este sistema para designar por turno al juzgado que deba conocer de cada asunto dentro de los que reúnen los criterios de materia, cuantía y grado, que no son prorrogables, como es el caso del Distrito Federal; además de que si se está renunciando a la jurisdicción territorial de los tribunales de determinado lugar, sin especificarse concretamente cuál es el Juez a cuya competencia se renuncia en tanto la ley no señale el lugar de los tribunales a cuya jurisdicción se someten para que de acuerdo con los criterios legales de competencia establecidos por la legislación del lugar respectivo se determine al Juez que en concreto será competente para conocer del asunto.

Competencia 64/88. Suscitada entre los Jueces Segundo Civil en el Distrito Federal y Primero Civil en Tijuana, Baja California. 22 de junio de 1988. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. ¹⁴(Énfasis añadido)

Lo importante es que la jurisdicción de los tribunales federales se subordina a cualquier acuerdo de arbitraje o de aplicar otros medios alternativos de solución de controversias. De una interpretación sistemática, por tanto, queda claro que la jurisdicción del tribunal arbitral es plena. Esto es sin perjuicio a las cuestiones no arbitrables que se discutirán más adelante en relación con la rescisión y terminación anticipada del contrato.

III - Arbitraje, rescisión y terminación anticipada del contrato

15. El procedimiento de adjudicación en una licitación pública es considerado como un acto de Estado (acta iure imperii) ¹⁵. Una vez que se adjudica un contrato, el Estado es considerado como un igual y actúa como un ente privado ¹⁶, salvo por ciertas excepciones, como la rescisión por parte de la autoridad y la terminación anticipada del contrato los cuales no son arbitrables de acuerdo con el artículo 98, párrafo 2, de la LOPSRM.

16. La rescisión por parte de la autoridad o del contratista, debido a incumplimiento de la contratista se rige por el artículo 62, fracciones I y II, de la Ley de Obras Públicas. La terminación anticipada puede derivarse de circunstancias de interés general, que pueden causar lesiones graves a la autoridad ¹⁷, de la imposibilidad de

¹⁴Suprema Corte de Justicia de la Nación, Octava Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988, página: 346, tesis aislada, materia(s): civil.

¹⁵López-Elías, José Pedro: Aspectos jurídicos de la licitación pública en México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctrina Jurídica, Núm. 4, México, 1999, p. 60 ss.

¹⁶Ver: Andrade-Max, Diego A.: Las Personas Morales de Derecho Público como Partes en el Arbitraje Comercial Internacional, Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 22, Año 1993, p. 431-450, en la p. 433.

¹⁷Artículo 60, párrafo 2, de la LOPSRM.

determinar la duración de una suspensión de las obras por la autoridad¹⁸, o de fuerza mayor¹⁹. Según el artículo 60, párrafo 2, de la Ley de Obras Públicas, dicha terminación también puede ser consecuencia de la declaración de nulidad del procedimiento de licitación pública por la Secretaría de la Función Pública o por resolución de autoridad judicial correspondiente como consecuencia de un procedimiento de inconformidad o de una intervención de oficio de conformidad con el artículo 94 de la LOPSRM.

17. La rescisión y terminación anticipada requieren una resolución administrativa por parte de la autoridad y, por tanto, no son susceptibles al arbitraje. En caso de inconformidad, dicho acto está sujeto a un procedimiento de revisión administrativa, de litigio y juicio de amparo, en su caso, ante tribunales federales, tales como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el Juzgado de Distrito en Materia Administrativa, los Tribunales Colegiados de Circuito o la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto hay que mencionar que existe una multitud de recursos y juicios aún concurrentes en materia de contratación pública que crea una severa falta de seguridad y previsibilidad jurídica.

Al respecto es aplicable la siguiente tesis aislada del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PUBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURIDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO.

Este Tribunal Pleno considera que debe interrumpirse el criterio que con el número 300 aparece publicado en la página 519 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, que es del tenor siguiente: "AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. El término 'autoridades' para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.", cuyo primer precedente data de 1919, dado que la realidad en que se aplica ha sufrido cambios, lo que obliga a esta Suprema Corte de Justicia, máximo intérprete de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a modificar sus criterios ajustándolos al momento actual. En efecto, las atribuciones del Estado Mexicano se han incrementado con el curso del tiempo, y de un Estado de derecho pasamos a un Estado social de derecho con una creciente intervención de los entes públicos en diversas actividades, lo que ha motivado cambios constitucionales que dan paso a la llamada rectoría del Estado en materia económica, que a su vez modificó la estructura estadual, y gestó la llamada administración paraestatal formada por los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal, que indudablemente escapan al concepto tradicional de autoridad establecido en el criterio ya citado. Por ello, la aplicación generalizada de éste en la actualidad conduce a la indefensión de los gobernados, pues estos organismos en su actuación, con independencia de la disposición directa que llegaren a tener o no de la fuerza pública, con fundamento en una norma legal pueden emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado. Esto es, ejercen facultades decisorias que les están atribuidas en la ley y que por ende constituyen una potestad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable y que por tanto se traducen en verdaderos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad. Por ello, este Tribunal Pleno considera que el criterio supracitado no puede ser aplicado actualmente en forma indiscriminada

¹⁸Idem.

¹⁹Artículo 62, párrafo 4, de la LOPSRM.

sino que debe atenderse a las particularidades de la especie o del acto mismo; por ello, el juzgador de amparo, a fin de establecer si a quien se atribuye el acto es autoridad para efectos del juicio de amparo, debe atender a la norma legal y examinar si lo faculta o no para tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y que deben exigirse mediante el uso de la fuerza pública o bien a través de otras autoridades.

Amparo en revisión 1195/92. Julio Oscar Trasviña Aguilar. 14 de noviembre de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diez de febrero en curso, aprobó, con el número XXVII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a diez de febrero de mil novecientos noventa y siete.

Nota: Esta tesis interrumpe el criterio sustentado en la tesis jurisprudencial número 300, de rubro: "AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.", publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, página 519." ²⁰

18. Al respecto, la primera pregunta es el alcance de la excepción de la arbitrabilidad. Parece que tal exclusión solamente se refiere a la cuestión de legalidad formal de la rescisión bajo la LOPSRM sin incluir cualesquier consideraciones de legalidad o ilegalidad en el contexto del contrato. Sin embargo, desafortunadamente, la terminación o rescisión anticipada debe ser fundamentada y motivada lo que abre la puerta para que la autoridad entre a la cuestión de incumplimiento del contrato.

19. La segunda pregunta que surge es si la falta de arbitrabilidad de la rescisión y la terminación anticipada incluye la determinación de las consecuencias como el derecho por *daños*²¹ y *perjuicios*²² en caso de una ilegal rescisión o terminación anticipada.

20. Debido a que la falta de arbitrabilidad se limita a cuestiones de rescisión y de terminación anticipada, el tribunal arbitral sigue siendo competente para pronunciarse sobre los daños y perjuicios. Sin embargo, el tribunal arbitral está obligado respetar la decisión tomada por la autoridad judicial con respecto a la legalidad o ilegalidad de la rescisión y terminación anticipada. Lo anterior significa que la reclamación por daños y perjuicios debido a una rescisión o terminación ilegal es susceptible de arbitraje y el tribunal arbitral puede decidir sobre los mismos, una vez que tales actos ilegales hayan sido determinados por la autoridad judicial. Sin embargo el retraso ocasionado por el litigio administrativo o juicio de amparo afectaría severamente al procedimiento arbitral. En resumen, la falta de arbitrabilidad de la terminación y rescisión anticipada es desafortunada y deja a las partes en una absoluta incertidumbre jurídica.

21. La Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevé el derecho a daños y perjuicios en casos de faltas graves de la resolución administrativa que se enumeran en el artículo 6 de dicha ley, si una parte lo demanda. Tales daños y perjuicios tienen que tomarse en cuenta, en su caso.

²⁰Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tesis aislada, número de registro 199,459, Novena Época, Pleno, Tomo V, Febrero de 1997, tesis P.XXVII/97, p. 118.

²¹Como se define en el artículo 2008 del Código Civil Federal.

²²Como se define en el artículo 2009 del Código Civil Federal.

IV - Nulidad del contrato y nulidad de la cláusula de arbitraje

22. Según el artículo 15, párrafo 1, de la LOPSRM, los actos, contratos y convenios celebrados por las entidades públicas ejecutados en contra de las disposiciones de dicha ley *"serán nulos e inválidos sujeto a la determinación previa de la autoridad competente."* Por lo tanto, surge la pregunta de quién es la autoridad competente para pronunciarse sobre la nulidad de tales actos, contratos y acuerdos, incluyendo la nulidad del acuerdo arbitral, el tribunal arbitral o la autoridad judicial.

23. A la luz de la clara preferencia por el arbitraje y la solución alternativa de controversias establecida en el artículo 103 de la LOPSRM, siempre que exista un acuerdo de arbitraje, no hay duda de que la autoridad competente para solucionar cuestiones de nulidad es el tribunal arbitral. Lo anterior incluye la competencia del tribunal arbitral para resolver cuestiones relacionadas con la nulidad del acuerdo de arbitraje a la luz de la "compétence-compétence" establecida en el Artículo 1432, párrafo 1, del Código de Comercio, en particular, de asuntos derivados de su patología, de la falta de capacidad de las partes, representación legal, de consentimiento y cualquier otra violación de la ley de obras públicas. Eso es sin perjuicio a cualquier obligación de la autoridad o la contratista de ampararse en contra de las bases de licitación si las leyes aplicables así lo requieren.

24. En caso de que un tribunal arbitral confirme su competencia en cualquier asunto que afecte a la validez de la cláusula de arbitraje, dicha resolución sólo podrá someterse ante un juez federal de conformidad con los términos del artículo 103 de la LOPSRM. La elección entre un tribunal federal o del orden común previsto en el artículo 1422 del Código de Comercio no parece ser aplicable en caso de contratos públicos.

LAASSP 2009

25. La LAASSP 2009 se refiere a la adquisición de servicios. Las reformas de la nueva ley con respecto a la solución de controversias son idénticas a las de la Ley de Obras Públicas 2009 y por lo tanto, no las repetiremos. Sin embargo, el arbitraje y la solución alternativa de controversias de conformidad con la LAASSP 2009 esta limitada a *contratos de servicios a largo plazo* tales como Proyectos de Prestación de Servicios o Asociaciones Público-Privadas como las define el artículo 3, sección VI, de la Ley de Adquisiciones Públicas que señala:

"La prestación de servicios de largo plazo que involucren recursos de varios ejercicios fiscales, a cargo de un inversionista proveedor, el cual se obliga a proporcionarlos con los activos que provea por sí o a través de un tercero, de conformidad con un proyecto para la prestación de dichos servicios."

26. Las Asociaciones Público-Privadas o "Proyectos de Prestación de Servicios" ("PPS") se han utilizado con éxito desde algún tiempo a nivel federal y estatal, es muy probable que dicho mecanismo crezca en el futuro debido a la iniciativa de la ley sobre Sociedades Público-Privadas que actualmente está en debate ante el Congreso. En los últimos años, México ha adoptado una serie de cambios legislativos en materia presupuestal y administrativa ²³ acordes con los Lineamientos de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial ("UNIDO") para el Desarrollo de Infraestructura a través de proyectos Construir-Operar-Transferir ("*Build-Operate-Transfer (BOT)*") de 1996 ²⁴ y la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI" o "UNCITRAL" por sus siglas en inglés) sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada de 2001 ²⁵. Dichas reformas están en consonancia con el programa actual de infraestructura del gobierno mexicano ²⁶. Incluso, algunos Estados tienen sus propias leyes sobre Proyectos de Prestación de Servicios que también

²³Ver: <http://www.pps.sse.gob.mx/html/marco.html>, última visita octubre 2009.

²⁴Ver: <http://www.unido.org/index.php?id=o3426>, última visita octubre 2009.

²⁵Ver: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2001Guide_PPIP.html, última visita octubre 2009.

²⁶Ver: <http://infraestructura.gob.mx/pdf/ProgramaNacionalInfraestructura2007-2012.pdf>

se aplican a nivel municipal. La ley de la materia en el Estado de Tabasco, prevé expresamente un procedimiento de arbitraje en su artículo 56 ²⁷.

27. El artículo 45, párrafo XXI, de la nueva Ley de Adquisiciones Públicas establece que los procedimientos de solución de controversias, distintos del procedimiento de conciliación previsto en la Ley, deben incluirse en los contratos de adquisición pública. El artículo 80 de la Ley autoriza las cláusulas de arbitraje limitadas a contratos de servicios a largo plazo con las mismas restricciones que mencionamos para los contratos de obras públicas.

Lugar del arbitraje

28. Ambas leyes omiten el tema del lugar del arbitraje. Sin embargo, los artículos 16 de la Ley de Obras Públicas de 2009 y la LAASSP 2009 al referirse al derecho aplicable a los contratos parecen proporcionar directrices al respecto. Los párrafos 1 y 2 de las citadas disposiciones contienen normas sobre los contactos mínimos con el lugar de cumplimiento de los contratos. La legislación extranjera aplica si el lugar de cumplimiento y la firma del contrato tienen lugar en el extranjero. Si los bienes y servicios vienen del extranjero, pero el lugar de cumplimiento se encuentra en México, los contratos están sujetos a la legislación nacional. Lo anterior parece indicar que cuando el lugar de cumplimiento del contrato es en México, el lugar del arbitraje debe ser en México. En la práctica, el lugar de arbitraje es México cuando el lugar del cumplimiento del contrato se encuentra en México.

V - Arbitraje de contratos antiguos bajo las nuevas disposiciones?

29. Surge la pregunta si el arbitraje procede en el caso de contratos firmados bajo la leyes anteriores, que no previnieron el arbitraje debido a que las normas generales nunca se emitieron. En este sentido, el artículo 99 de la LOPSRM y el artículo 81 de la LAASSP establecen que se puede celebrar un acuerdo de arbitraje después de la fecha de entrada en vigor del contrato público.

30. Lo anterior parece permitir el arbitraje incluso para contratos que prevén procedimientos judiciales de conformidad con la legislación anterior. Sin embargo, los artículos octavos transitorios de la LOPSRM de 2009 y de la LAASSP 2009 establecen que los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de las nuevas leyes se rigen por la ley anterior. Esto es con la excepción de los "*procedimientos de conciliación, de inconformidad y de sanción que se encuentren en trámite o pendientes de resolución a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, deberán substanciarse y concluirse de conformidad con las disposiciones vigentes al momento de haberse iniciado tales procedimientos*", según lo establecido en los artículos noveno transitorios de ambas leyes. Lamentablemente, estos artículos no mencionan el arbitraje en virtud de la nueva ley a contratos anteriores.

31. Como regla general, cualesquiera normas de procedimiento judicial aplican desde el momento en que entren en vigor. El acuerdo de arbitraje celebrado en virtud de las nuevas leyes para controversias derivadas de contratos celebrados antes de la entrada en vigor de las nuevas leyes deberían ser válidos *de lege ferenda*. Se podría pensar en una norma expresa en el Reglamento que incluya el arbitraje bajo las nuevas reglas para contratos anteriores. Sin embargo, tal norma podría ser viciada de inconstitucionalidad.

VI - Solución alternativa de controversias

32. El artículo 102 de la Ley de Obras Públicas 2009 y el artículo 84 de la LAASSP 2009 permiten la utilización de "otros mecanismos de solución de controversias", siempre que tales mecanismos estén reconocidos a través de disposiciones generales emitidas por la Secretaría de la Función Pública. Dichas disposiciones generales no han sido emitidas, pero es probable que se refieran a procedimientos de solución de controversias de instituciones nacionales e internacionales reconocidas como son dispute boards, procedimientos de expertos, conciliación y mediación, entre otros.

²⁷Ver: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TABASCO/Leyes/TABLEY74.pdf>, última visita octubre 2009.

33. Un contrato puede contemplar medios alternativos de solución de controversias, pero no el arbitraje como en el caso del Proyecto de Prestación de Servicios del "Hospital del Bajío" bajo la LAASSP de 2000, que establecía la conformación de un comité para la revisión de controversias el cual emitiría recomendaciones. Una vez terminado el procedimiento ante el comité de revisión de controversias, las partes podrían acudir a un tribunal federal²⁸. Esta combinación también es posible en virtud de la nueva ley, siempre que la Secretaría de la Función Pública haya emitido las disposiciones generales.

34. En este contexto, es necesario tener en cuenta, que los procedimientos de solución alternativa de controversias no necesariamente generan obligaciones de pago para la autoridad o para las empresas paraestatales de acuerdo con sus procedimientos financieros internos, lo que inevitablemente conduce a nuevos litigios ante el tribunal arbitral o ante los tribunales federales, a menos que las disposiciones generales cuiden los efectos presupuestarios que emanan de las decisiones de los procedimientos de solución alternativa de controversias.

PEMEX y la CFE

35. Cualquier restricción con respecto al arbitraje no se aplicaba ni se aplica a las llamadas entidades descentralizadas como la CFE y PEMEX, que contemplan el arbitraje en sus llamadas leyes "orgánicas". Lo anterior ha quedado claramente establecido en el artículo 15, párrafo 4, de la LOPSRM 2000 y el artículo 104 de la LOPSRM de 2009, así como el artículo 15, párrafo 5, de la LAASSP 2000 y el artículo 86 de la LAASSP 2009. Según el artículo 22, fracción VI de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, los directores generales de los organismos descentralizados son competentes para someter a arbitraje.

Pemex

36. El artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios expresamente contempló el arbitraje. Este artículo fue sustituido por el artículo 6, párrafo 2, de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo de Petróleo (la "Ley Reglamentaria")²⁹ y el artículo 72 de la nueva Ley de Petróleos Mexicanos³⁰. Mientras que el artículo 72 de la Ley de Petróleos Mexicanos³¹ repite el texto del antiguo artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, el artículo 6 de la Ley Reglamentaria tiene una redacción ligeramente distinta que no parece ser de importancia.

37. De conformidad con el artículo 6, párrafo 2, de la Ley Reglamentaria, PEMEX *"no se someterá, en ningún caso a jurisdicciones extranjeras tratándose de controversias referidas a contratos de obra y prestación de servicio en territorio nacional y en las zonas donde la Nación ejerce soberanía, jurisdicción o competencia. Los contratos podrán incluir acuerdos arbitrales conforme a las leyes mexicanas y los tratados internacionales de los que México sea parte."* Este artículo establece que el lugar del arbitraje tiene que estar en México en caso de obras y servicios a realizarse en México. Esto indica que el lugar del arbitraje puede ser en el extranjero si las obras y servicios se realizarán en el extranjero. El punto de conexión, es por lo tanto, el lugar de ejecución de las obras y servicios.

²⁸ Wöss, Herfried: Dispute Boards in Mexico, Forum, Dispute Resolution Board Foundation, Mayo 2007, p. 2.

²⁹ Diario Oficial de la Federación del 28 de noviembre de 2008.

³⁰ Diario Oficial de la Federación del 28 de noviembre, 2008.

³¹ *"Los actos jurídicos que celebren Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios se regirán por las leyes federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral, ..."*

Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto."

38. El artículo 72, párrafo 1, de la Ley de Petróleos Mexicanos señala que "*los conflictos nacionales*" se resolverán por los tribunales federales a menos que exista un acuerdo de arbitraje. En caso de "*actos jurídicos de carácter internacional*", PEMEX y sus subsidiarias podrán optar por la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos de arbitraje en caso de que sea conveniente para el propósito de dichos actos jurídicos. La expresión "*actos jurídicos de carácter internacional*" no se ha definido y podría ser interpretada en consonancia con el Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005³², como cualquier acto jurídico en que una de las partes es extranjera. Sin embargo, a la luz de las prácticas de compras gubernamentales en México, el domicilio de la contratista no es relevante. De conformidad con el artículo 6, párrafo 2, de la Ley Reglamentaria, "*los actos jurídicos de carácter internacional*" deben entenderse como actos jurídicos relacionados con obras y servicios realizados fuera del territorio nacional, lo cual es la interpretación correcta.

39. Los artículos 51 y 52 de la nueva Ley de Petróleos Mexicanos, distinguen entre (1) actividades sustantivas de carácter productivo mencionados en los artículos 3 y 4 de la Ley Reglamentaria y la industria de petroquímicos no básicos, y (2) otras actividades³³. La LOPSRM y la LAASSP son aplicables a otras actividades fuera del régimen de compras públicas de PEMEX. Por lo tanto, surge la pregunta si en el ámbito de aplicación de la LAASSP se aplica la exclusión del arbitraje a contratos que no son Proyectos de Prestación de Servicios. Debido a que el artículo 6, párrafo 1, de la Ley Reglamentaria no hace tal distinción y se refiere a todo tipo de contratos de servicios de PEMEX queda claro que los contratos de servicios que no son Proyectos de Prestación de Servicios son susceptibles de arbitraje³⁴. Como ambas leyes son reglamentarias de la Constitución, no queda claro qué norma prevalece.

40. De acuerdo con el artículo 35, párrafo 2, de la Ley de Petróleos Mexicanos y el artículo 67 de su Reglamento, los procedimientos de *conciliación* administrados por la Secretaría de la Función Pública en virtud de la LAOPSRM y la LAASSP se aplican a todas las disputas cubiertas por el régimen de compras públicas de PEMEX.³⁵

41. La Ley Reglamentaria prevé la conciliación y el arbitraje en su artículo 14, fracción V, relativo a la regulación de las actividades contempladas en su artículo 4, párrafo 2, y la venta de gas "de primera mano". El segundo párrafo del artículo 4 permite el transporte, almacenamiento y distribución de gas por parte de entidades privadas, con sujeción a las autorizaciones correspondientes. Cabe destacar que la conciliación y el arbitraje se refieren también a la "interpretación" y la "aplicación" de contratos. Es importante subrayar que dichos contratos no se refieren a adquisiciones públicas como tal, sino más bien a la autorización de determinadas actividades para entidades privadas que antes estaban reservadas al Estado como es la venta de gas.

42. Ni la Ley Reglamentaria ni la Ley de Petróleos Mexicanos parecen restringir la competencia del tribunal arbitral, el arbitraje en materia de rescisión y terminación anticipada del contrato. El último párrafo del artículo 52 del Reglamento de la Ley de Petróleos Mexicanos establece que "*En los casos de los servicios que el Estado presta de manera exclusiva a través de los Organismos Descentralizados y de los contratos que los terceros sólo puedan celebrar con aquéllos, el recurso de revisión sólo podrá interponerse en contra de actos y resoluciones que pongan fin al procedimientos administrativo, a una instancia o resuelvan el expediente, siempre y cuando no se haya optado por el arbitraje previsto en la Ley Reglamentaria*". La terminación y rescisión administrativa requieren de una resolución administrativa.

³²Ver: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.pdf&cid=98, última visita enero 2010. De conformidad con el Artículo 1 ("Ámbito de aplicación"), párrafo 2, "*A los efectos del Capítulo II, una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado.*"

³³Los artículos 3 y 4 de la Ley Reglamentaria definen el ámbito de la industria petrolera reservada al Estado, salvo ciertas excepciones.

³⁴"*Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios podrán celebrar con personas físicas y morales los contratos de obras y de prestación de servicios que la mejor realización de sus actividades requiere.*"

³⁵Diario Oficial de la Federación del 4 de septiembre de 2009.

CFE

43. Según el artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, los conflictos nacionales que se derivan de los actos jurídicos en que forma parte la CFE están sujetos a los tribunales federales, a menos que exista un acuerdo de arbitraje. La CFE podrá aplicar el derecho extranjero, someterse a la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos de arbitraje, si esto es conveniente³⁶. La redacción de esta disposición permite de forma clara los procedimientos de arbitraje nacional e internacional en materia mercantil.

44. Aunque la solución alternativa de controversias no se menciona en la Ley Reglamentaria, ni en la Ley de Petróleos Mexicanos, ni en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, no necesariamente se excluyen los procedimientos alternativos de solución de controversias en los contratos de obras públicas y adquisiciones públicas celebrados por PEMEX y sus filiales o por la CFE. Sin embargo, en el caso de la CFE hay que tomar en cuenta que se aplica la LOPSRM y la LAASSP.

Conclusiones

45. El nuevo régimen de la LOPSRM 2009 y de la LAASSP 2009, sin duda, representa un enorme paso adelante con respecto a la apertura de los contratos del gobierno federal para la solución alternativa de controversias y al arbitraje, a fin de reducir considerablemente el costo de litigio en México. En el caso de la LAASSP 2009 dicha apertura se limita a los Proyectos de Prestación de Servicios. Esperemos que los Reglamentos y las disposiciones generales no traigan consigo un revés a esta tendencia.

46. Algunas deficiencias notorias de la redacción de las disposiciones principales se deben a la tradición legislativa y práctica legal en México que pueden ser subsanadas a través de interpretación. Sin embargo, sigue siendo preocupante que en tiempos de vital importancia para acelerar proyectos de infraestructura se haya excluido la arbitrabilidad de la terminación y rescisión anticipada de los contratos sin precisar su alcance. Esto es aún más criticable cuando en caso de PEMEX se ve con claridad que no hay razón alguna para duplicar procedimientos de solución de controversias.

47. Es nuestra responsabilidad social como abogados que haya más proyectos de infraestructura a menor costo. La certeza jurídica y la utilización de buenos sistemas de solución de controversias son medios importantes para lograr este fin en beneficio del pueblo mexicano. Es importante que sigamos luchando.

³⁶ "Los actos jurídicos que celebre la Comisión Federal de Electricidad se regirán por las Leyes Federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los Tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral, quedando exceptuada de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales.

La Comisión podrá convenir la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto."

Contratos Incompletos y Solución de Controversias.

Francisco González de Cossío

Socio Director

González de Cossío Abogados, S.C.

I. INTRODUCCIÓN

El Premio Nobel de Economía de 2009 fue otorgado a Oliver E. Williamson¹ por *inter alia*² sus estudios sobre ‘contratos incompletos’. Al leer las obras que le merecieron el galardón no pude evitar percatarme que existen lecciones importantes para quienes diseñan, utilizan y cuestionan los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC).³

A continuación se comentarán. Para ello, resumiré el paradigma de los contratos incompletos (§II), para luego comentar cómo ciertos MASC pueden ayudar a ‘completarlos’ (§III), concluyendo con observaciones finales (§IV).

II. EL PARADIGMA⁴

La literatura económica tilda de ‘completo’ a un contrato que especifica las consecuencias legales a todas las contingencias que pueden presentarse en la relación que regula. Es improbable y con frecuencia imposible que ello tenga lugar. Negociar y contratar es difícil y oneroso. Toma tiempo y recursos, no sólo de las partes sino de sus abogados. Ello hace que el ejercicio sea costoso. Y entre más especificidad, más onerosidad en la contratación.⁵ Por ende, raramente ocurre.

Entendido el trasfondo no es difícil de entender el resultado: incentivos contradictorios entre las partes contratantes. Y estos generan una tensión, que propicia conducta estratégica: cada parte incurrirá en conducta que busca generar barreras o coyunturas que le favorezcan y mejoren su situación de negociación. El objetivo: apropiarse la mayor cantidad del valor generado por la relación conjunta. Lo que se conoce como el ‘holdup problem’. En ausencia de un mecanismo que resuelva el dilema, será quien prevea con más éxito dicho juego quien apropiará la

¹ El Premio fue compartido con Elinor Ostrom por sus estudios sobre sistemas policéntricos. Su ponencia magistral fue ‘Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems’. Se recomienda este estudio a los creadores de política fiscal.

² Para ser exacto, el título de su ponencia magistral fue ‘Transaction Cost Economics: The Natural Progression’. Sus estudios sobre dicho tema genérico incluyeron observaciones sobre ‘contratos incompletos’. En este estudio me centro en éstos.

³ Por ‘mecanismos alternativos de solución de controversias’ me refiero no solo a negociación, mediación y conciliación, sino también al arbitraje y otros instrumentos de más reciente creación. La inclusión de éstos en dicha categoría es cuestionable. No abordo los motivos (para hacerlo, ver ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, p. 25). Sin embargo, los agrupo bajo el mismo tema puesto que las lecciones que comento les aplican a todos.

⁴ Resumo el paradigma en mis palabras. En caso de desear abundar sobre ello, ver Hart y Moore, INCOMPLETE CONTRACTS AND RENEGOTIATION, Econometría, vol 5, no. 4, julio 1988, p. 755-785; Ian Ayres and Robert Gertner, FILLING GAPS IN INCOMPLETE CONTRACTS: AN ECONOMIC THEORY OF DEFAULT RULES, Yale law Journal, vol. 99, no. 1, oct 1989, p. 87-130; Richard A. Posner, ECONOMICS AND THE LAW, Aspen, USA, 5th edition, 1998; Bernard Salanié, ECONOMICS OF CONTRACTS. A PRIMER, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, London, England, Second Edition, 2005, p. 193 *et seq.* Oliver E. Williamson, TRANSACTION COST ECONOMICS, en HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, vol. 1, Richard Schmalensee y Robert Willig (eds.), Elsevier, Oxford, 2005, p. 136. Otros son Williamson (1985), Klein, Crawford y Alchian (1978).

⁵ De allí que el tema sea parte de la literatura macroeconómica de Costos de Transacción.

mayor cantidad de valor. Dicho resultado *ex post* incentivará que *ex ante* las partes adopten conducta estratégica. Y entre más ‘incompleto’ sea el contrato, más margen de maniobra para la conducta estratégica; y más importante será, pues de ella dependerá quién gane el juego.

El fenómeno tiene agravantes, tanto en *origen* como *resultado*.

Agravantes de origen: en contratos de larga duración las partes se atan mutuamente por periodos largos, realizando inversiones importantes que hacen que sus activos sean ‘específicos’,⁶ reduciendo su fungibilidad.⁷ Su valor agregado será mayor si se utiliza con el co-contratante.

Agravantes en resultado: en algunos casos (como los explicados en el párrafo anterior) las partes se encontrarán en lo que la jerga económica llama ‘monopolio bilateral’ o ‘dependencia bilateral’. *Tienen* que contratar el uno con el otro. (No sólo eso, les interesa seguir contratando, pues su valor agregado *conjunto* es superior a que si trataran con otros.) Ello dificulta la negociación entre las partes pues ambas tienen el sartén por el mango—máxime que la separación no es una (verdadera⁸) opción.

Afortunadamente, existen mecanismos legales⁹ que pueden ser utilizados para resolver el dilema.

III. LOS MECANISMOS

La ciencia jurídica ha ideado herramientas diversas que sirven para completar contratos incompletos. Desafortunadamente, con frecuencia se observa que son poco utilizados, o mal utilizados.¹⁰ Especulo que ello obedece a que aun no nos hemos percatado del valor agregado que dan.¹¹ Por ende, a continuación se resumirá el mecanismo y el valor agregado que da. El objetivo: abrir los ojos a cómo los abogados podemos ayudar con un problema económico de actualidad.

⁶ Lo que la literatura económica denomina ‘asset specificity’. El activo está adaptado a la relación.

⁷ Su utilización en otras operaciones o con otros agentes económicos.

⁸ La amenaza de disolver el vínculo no es creíble.

⁹ Mucha de la literatura económica sobre el tema busca resolver el problema. No hago eco de ella. Me ciño a las herramientas legales. De desear abundar, ver la literatura descrita en los pies de página anteriores.

¹⁰ En los últimos años he participado como árbitro en diversos casos que reúnen las características indicadas. Y, con algunas excepciones, observo que la relación pudo haber sido mejor manejada, y el problema mejor resuelto—¡inclusive evitado!—si se hubiera utilizado uno de estos mecanismos.

¹¹ En su origen, considero que la causa del problema es doble. Primero, es hasta hace poco que la materia ha sido obligatoriamente incluida en los planes de estudio de (algunas) escuelas de Derecho. Por ende, estamos atestiguando la primera generación de abogados adiestrados con dichos conceptos. Segundo, el abogado apropia más valor de un problema legal si lo canaliza al litigio. De allí que tenga incentivos para no recomendar su utilización.

A. Negociación

Puede cuestionarse si la negociación es un mecanismo *jurídico* para resolver el problema. Después de todo, no ofrece un mecanismo exógeno y coercitivo a la negativa de una de las partes a negociar o, habiendo negociado, aceptar la respuesta más sensata (o 'justa').

El motivo por el que lo cito obedece a su utilidad cuando se usa y la frecuencia con la que se contiene como parte de esquemas de contratación y solución de controversias. *Ex hypothesi*, si las partes *voluntariamente* aceptan una solución, será *siempre* más eficiente que una impuesta por un tercero.¹²

B. Mediación

Existe una (insípida¹³) diferencia de opinión sobre lo que diferencia a la mediación de la conciliación. En este contexto entenderé por 'mediación' como 'negociación asistida'. Es decir, el mecanismo mediante el cual un tercero ayuda a las partes a que *ellas mismas* solucionen su problema. El mediador no hace sugerencia de solución. Y por 'conciliación' cuando el conciliador puede sugerir la solución, sin que sea obligatoria.¹⁴

Entendido así, el valor agregado de la mediación es que un tercero desinteresado que conoce la *verdadera*¹⁵ postura de las partes y sus intereses (no derechos), puede indicar si vale la pena que continúen invirtiendo recursos en una negociación o si lo que más conviene es que acudan a un mecanismo adversarial (litigio o arbitraje) a resolver su problema.

Y la utilidad del mecanismo continúa inclusive en casos de fracaso. Aún si el mediador sugiere que no pierdan su tiempo y que acudan al arbitraje, el valor agregado que da es que las partes tienen la certeza que la decisión es sensata—no el producto de un fracaso de comunicación o dejarse llevar por las estrategias y psicologías que la negociación detona, y que evitan un resultado más eficiente.¹⁶

¹² La aseveración puede despertar diferencias. Por ejemplo, pueden citarse los casos en que una parte acepte una oferta ventajosa de su contraparte que tiene una mejor situación de negociación, y cuyo resultado no es 'justo'. Apropiada la mayor cantidad de valor a favor del oferente. Sin embargo, sigue siendo mejor que una respuesta legalista, suma-cero, impuesta por un tercero. Si no, por definición, no lo hubiera aceptado.

¹³ El adjetivo obedece a que no aporta nada. Lo que importa no es la nomenclatura sino el valor agregado de cada uno, comprendida su diferencia. Es a ello a lo que me refiero en este ensayo.

¹⁴ No abundaré sobre porqué los considero así. De desear hacerlo, ver ARBITRAJE, ob cit y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE SU DESARROLLO, Revista de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 213 y *Ars Iuris*, 30, 2003, p. 39.

¹⁵ El adjetivo es importante. Las partes en disputa con frecuencia sobre-exponen su postura con la finalidad de obtener ventajas tácticas y de negociación. Dicha (natural) tendencia tiende a complicar la solución del problema. El ejercicio de caucus permite al mediador conocer la *verdadera* postura de las partes y percibir si existe un común denominador que sirva de puente de solución de la controversia.

¹⁶ El motivo por el cual es más eficiente es explicado en CRÓNICA DE ÉXITO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: RESULTADOS EMPÍRICOS DE UN MODELO, visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/variados.

C. Conciliación

Como se indicó, el conciliador puede hacer sugerencias de transacción. El valor agregado que el mecanismo aporta, además de aquél ofrecido por la mediación, es doble. Primero, velocidad. Segundo, evita tener que conocer el motivo de la solución, lo cual puede desincentivarla.

Gracias a que un tercero hace una sugerencia que cae dentro del común denominador de intereses de las partes, da a cada una lo que le interesa sin divulgar porqué. Por motivos diversos, ello puede facilitar la transacción.¹⁷

D. Arbitraje

Las virtudes del arbitraje lo han hecho exitoso en áreas diversas,¹⁸ incluyendo controversias contractuales. Y han sido las mismas las que lo convierten en un instrumento frecuentemente socorrido para contratos incompletos. Resaltan las siguientes: especialidad y eficiencia.

Los contratos incompletos donde más utilidad ofrece el arbitraje son aquellos complejos o cuantiosos. En éstas áreas el valor agregado que ofrece el arbitraje es que permite que un experto neutral le dedique el tiempo necesario¹⁹ a resolver en forma adecuada²⁰ una disputa.

El Derecho Arbitral se nutre de las lecciones aprendidas durante décadas (no, siglos) por tribunales internacionales que han logrado confeccionar un *modus operandi* adjetivo que deja de lado la procesalitis y formalismos, privilegiando soluciones adecuadas, costo-eficientes y confiables, evitando los voluminosos regímenes procesales tan proclives a trucos y 'burocracia' procesal que hace que el medio cobre más importancia que el fin. Se trata de un cuerpo normativo sofisticado y esbelto que evita trampas, genera incentivos correctos y deposita confianza en el juzgador.²¹ Es eficiente y confiable.

¹⁷ Piénsese por ejemplo en el caso que aceptar cierta postura como resultado de la negociación podría comunicar las preferencias de dicha parte, dando una ventaja a la contraparte. Otro ejemplo es el caso en que aceptar algo pueda llevar implícita una admisión que, de seguirse un procedimiento adversarial, sería considerado responsable. Aun y cuando el procedimiento no se siga, es entendible que una parte prefiera no comunicarlo. Después de todo, los hechos dicen más que las palabras.

¹⁸ En *ARBITRAJE Y LA JUDICATURA* (Ed. Porrúa, México, D.F., 2007, p. 192 *et seq*) se hace un recuento de temas complejos y problemas sociales serios que han sido solucionados mediante el arbitraje.

¹⁹ Por definición, los tribunales tienen tiempo limitado para conocer de las controversias. Por más onerosa o compleja que sea, el juzgador ve la misma como ve el resto de los expedientes en su oficina: como un pendiente que debe resolver dedicándole la menor cantidad de tiempo posible.

²⁰ El adjetivo se extiende tanto al contenido como tiempo. Y ello es una función que se conjuga de formas distintas atendiendo al caso. En ocasiones, las partes necesitan una respuesta rápida. En otras ocasiones, el tiempo no es tan importante como lo es su contenido. El arbitraje se adecua a las necesidades de cada caso.

²¹ Pues el juzgador es escogido por las partes.

E. Dispute Boards

Los *Dispute Boards* son instrumentos creados para contratos de construcción.²² Se trata de tribunales arbitrales *suí géneris* que navegan junto con una obra y se activan exclusivamente si surge una controversia. Dado que están enterados de la obra, pueden ponerse en acción de la noche a la mañana.

Existen tres especies que dan un valor agregado distinto:

1. *Dispute Review Boards*: que emiten 'Recomendaciones' que no son inmediatamente obligatorias. En ocasiones, lo que se necesita es adoptar una solución temporal que permite reducir los efectos negativos del *statu quo*, sujeto a lo que determine en definitiva el tribunal arbitral.
2. *Dispute Adjudication Boards*: emiten 'Decisiones' que son inmediatamente obligatorias. Ello permite obtener soluciones temporalmente—además de sustantivamente—adecuadas.
3. *Combined Dispute Boards*: el Panel puede decidir emitir una Decisión o una Recomendación. Al hacerlo, tomará en cuenta las circunstancias de la disputa. Esta facultad da el valor (adicional a las anteriores dos) que permite adoptar una mejor solución no sólo en fondo, sino forma. Si la solución de la disputa es mejor lograda mediante el vehículo de una 'Recomendación' no vinculatoria, así se hará.²³

En conjunto, el valor agregado que ofrece el instrumento es contar con un órgano empapado de las características de la construcción que pueda, de ser necesario, emitir una respuesta adecuada no sólo en cuanto a tiempo sino otras características—algo visiblemente útil para quien tenga experiencia en controversias de construcción.

F. Expertise

Los procedimientos de expertos permiten obtener una solución a una diferencia que divide a las partes sobre un tema técnico, no necesariamente jurídico. El valor agregado que dan es que canalizan la solución de una controversia a la persona mejor situada para resolverla: el *connaisseur*.

²² Reglamento Relativo a *Dispute Boards* de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

²³ Por ejemplo, cuando la solución *definitiva* debe ser arribada únicamente después de conocer más de la misma. Sin embargo, con la información disponible y dadas las circunstancias, lo más eficiente es que se adopte una solución temporal, sujeta a lo que determine en definitiva el tribunal arbitral.

G. Adaptación de contratos

La adaptación de contratos es la facultad que se da a un tercero de colmar lagunas que el contrato pueda presentar durante su vigencia.²⁴ El trasfondo es interesante. La *ratio* de la facultad parte de la premisa que la situación económica que llevó a las partes a contratar puede cambiar—y con frecuencia cambia. Ante ello, el principio de obligatoriedad e intangibilidad de los contratos puede ser (económicamente) miope—además de asfixiante.²⁵ Y no es inusual ver que, ante la camisa de fuerza de un contrato, un cambio económico puede resultar en forzar el incumplimiento del contrato, sea por imposibilidad o excesiva onerosidad.²⁶ De allí que ciertos cuerpos legales contemplen soluciones.²⁷

Seguramente el lector está pensando que el principio que (implícitamente) estoy cuestionando cumple una función importante,²⁸ y que si a las partes no les gusta, siempre tienen la opción de regularlo.²⁹ Estando la opción disponible *ex contractu*, adoptarlo *ex lege* puede tener el (grave) efecto de desestabilizar los cimientos de las relaciones contractuales.

A ello tendría que contestar que estoy de acuerdo. Pero mi punto es otro. En ciertos contratos,³⁰ la facultad puede ser valiosa, particularmente si se compara con la opción. El *statu quo* de *pacta sunt servanda* es que, de ocurrir un evento como los descritos, el resultado es que *alguien* pierde. ¿Quién? ¿Es imposible saberlo *a priori*? Ante ello, la ausencia de *rebus sic stantibus* hace las veces de un volado.³¹ Y no tiene que ser así. Las partes pueden evitar dicho riesgo si se deposita la facultad en un tercero (cuidadosamente seleccionado) para que ‘adapte’ su contrato al (nuevo) presente, procurando el mismo equilibrio económico que las partes pactaron *ab initio*.

²⁴ Recibe diferentes nombres. Por ejemplo, *contract adaptation* o *contractual gap filling*. Con algunos matices, en esencia se trata de lo mismo.

²⁵ Piénsese por ejemplo en un súbito e inesperado disparo del precio de un insumo esencial del proveedor en un contrato de larga duración.

²⁶ Lo que la literatura económica un ‘incumplimiento eficiente’ (*efficient breach*). Cuando conviene más pagar las consecuencias del incumplimiento que seguir cumpliendo.

²⁷ Por ejemplo, los Principios sobre Contratos Comerciales de la UNIDROIT (versión 2004) (artículo 6.2.1) y el *Restatement of the Law on Contracts*, segunda edición, de Estados Unidos (§266). *Rebus sic stantibus* y variantes son contempladas en ciertos derechos (vgr., *hardship* en inglés, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* en alemán, *imprévision* en francés, *eccessiva onerosità sopravvenuta* en italiano). En México, algunos códigos civiles lo contienen. Por ejemplo, el artículo 2147 del Código Civil de Coahuila.

²⁸ Jurídicamente, estabilidad contractual y por ende seguridad jurídica. Económicamente, la distribución de riesgos.

²⁹ Artículo 2111 del Código Civil Federal.

³⁰ Por ejemplo, los de larga duración, complejos, los que versan sobre áreas reguladas, y la contratación gubernamental de largo plazo que exige inversiones cuantiosas iniciales por el contratista (vgr., materia energética).

³¹ Admito que un Talón de Aquiles del argumento es la existencia de seguros.

Nunca he visto que en México se utilice esta facultad. Y en cambio he participado en muchos casos en los que hubiera convenido no sólo a quien ‘perdió el volado’ del imprevisto, sino a ambas partes.³²

IV. COMENTARIO FINAL

Las mentes económicas más destacadas han recientemente enfocado su (enorme) poder intelectual en la disciplina jurídica.³³ Ello es por algo. *Inter alia* han descubierto algo que los abogados con frecuencia pasamos por alto: la importancia que el Derecho sea correctamente diseñado y enérgicamente aplicado.³⁴ Tal es su trascendencia que hay quien concibe al Estado de Derecho como un elemento de riqueza de las naciones.³⁵

Existe coincidencia de objetivos entre nuestra disciplina y la ciencia económica. Uno de ellos es la consecución de justicia: dar a cada quien lo que le corresponde. Hay muchas maneras de aplicar el postulado anterior. Uno que brinda lecciones normativas es la eficiencia.³⁶ Y dentro de dicha generalización, el problema de los contratos incompletos juega un papel importante—además de interesante.

Los abogados podemos ayudar en la consecución de dicho fin. Sea que se trate del *diseñador* de contratos (abogados transaccionales) o su *cumplidor* (los litigantes) podemos dar un valor agregado a nuestros clientes si entendemos y utilizamos las herramientas jurídicas arriba resumidas.

Y *en passant* colaboraremos con la solución de una de las grandes incógnitas económicas de nuestros días: cómo reducir los costos de transacción inherentes a los contratos ‘incompletos’, lo cual fomenta la eficiencia asignativa.³⁷

³² Después de todo, la experiencia enseña que ligarse contractualmente con una parte jurídicamente estrangulada tarde o temprano impacta *a ambos*. Sea mora, incumplimiento, rescisión, litigio, etcétera, la relación no se sigue tranquilamente. Ello genera costos transaccionales que nunca son totalmente sufragados por sólo una de las partes.

³³ Han sido muchos los premios Nobel de Economía de los últimos años que han merecido dicho galardón por hacer observaciones económicas sobre el Derecho. Por la aplicación de principios de conducta de mercado a conducta meta-mercado—la raíz de la (fascinante) disciplina del análisis económico del Derecho.

³⁴ Ver González de Cossío, D=OxÉ, ensayo presentado ante la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Análisis Económico del Derecho, Barcelona, Junio de 2009. Visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/varios.

³⁵ González de Cossío, EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

³⁶ De hecho, algunos pensamos que la ‘eficiencia’ debería ser sembrada en la mente de estudiantes del Derecho como uno de los criterios contenidos en las fuentes materiales o reales de Derecho, con miras a dar una estrella polar conceptual en la confección del Derecho (escrito o jurisprudencial) que sirva para crear cuerpos normativos que, además de lograr su objetivo específico, logren otro importante: la ‘eficiencia’ (como se entiende bajo la economía de bienestar). (Anticipo (y doy la bienvenida a) respuestas a esta (provocativa) aseveración.)

³⁷ De desear abundar sobre los tipos de ‘eficiencia’, *cf.* NUEVA POLÍTICA DE COMPETENCIA: ALUMBRAMIENTO, PUBERTAD Y MADUREZ DE UNA IDEA en COMPETENCIA ECONÓMICA, Carlos Mena Labarthe y Roldan Xopa, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

**Distribución de Costos en el Arbitraje:
El Modelo Porcentual.**

Francisco González de Cossío

Socio Director

González de Cossío Abogados, S.C.

I. Introducción

Con frecuencia se observa que las decisiones sobre costas en laudos arbitrales son lacónicas. Ello es lamentable. El motivo es doble. Primero, disponen con poco razonamiento de un punto importante—ocasionalmente más que ciertos puntos de fondo (si se miden monetariamente). Segundo, desperdician la ocasión para hacer un ejercicio de incentivos que puede lograr propósito adicional distinto al evidente (indemnizar). El fin al que me refiero es *desincentivar* abuso de derecho, chicanas y hostigamiento, e *incentivar* el cumplimiento de las obligaciones.

Llevo tiempo defendiendo la idea que las costas en arbitrajes son frecuentemente subutilizadas.¹ Su contenido y diseño permite fines distintos a los evidentes. No explotarlos redunda en detrimento de la eficacia del arbitraje. En este ensayo propongo una fórmula que continúa con la idea buscando un doble propósito. Primero, dar un marco objetivo para distribuir las costas. Segundo, generar incentivos correctos. Al hacerlo hago uso de una herramienta poderosa: el Análisis Económico del Derecho.

II. El Régimen

A. Introducción

Si bien el Código de Comercio no enuncia el contenido de “costos del arbitraje”, con frecuencia es definido por los reglamentos arbitrales y, en cualquier caso, será determinado por el tribunal arbitral en el laudo. Por lo general abarca los siguientes conceptos:

- a) Honorarios del tribunal arbitral;
- b) Gastos del tribunal arbitral;
- c) Costos de asesoría pericial o cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
- d) Gastos incurridos por los testigos;
- e) Gastos de representación y asistencia legal;²
- f) Gastos y honorarios de la autoridad designadora del tribunal arbitral o supervisadora del arbitraje,

B. Facultad Abierta

En general el derecho arbitral y reglamentos proveen la facultad al tribunal arbitral de determinar cómo distribuir estos costos.

El Código de Comercio establece, en resumidas cuentas, cuatro reglas básicas en materia de los costos del arbitraje:³ la libertad de las partes de regular este tema, la metodología para la determinación de los gastos del arbitraje, las reglas para distribución de los costos entre las partes y la facultad del tribunal para solicitar de las partes la realización de un depósito anticipado para cubrir gastos del procedimiento arbitral.

¹ En LAS COSTAS EN EL ARBITRAJE, ¿UNA ZANAHORIA O UN PALO? (www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje) examino porqué concibiendo las costas como lo que pueden ser: un incentivo o una sanción. Una zanahoria o un palo.

² Este tema es controvertido. Mientras que en algunos sistemas jurídicos cada parte tiene que pagar a su propio abogado y el perdedor es condenado a pagar los gastos legales del ganador únicamente cuando se trata de casos en los que la demanda es frívola o cuando existen tácticas dilatorias por parte de la parte que perdió, otros consideran que los honorarios legales forman parte de los costos del arbitraje y deben ser distribuidos.

³ Artículos 1452 a 1455 del Código de Comercio.

Los reglamentos arbitrales establecen tienden a establecer una facultad amplia al respecto,⁴ sin lineamiento alguno.⁵

Como puede verse, el efecto compuesto de ambos es investir al tribunal con una facultad amplia para distribuir los costos generados por un procedimiento arbitral.

III. El Modelo Porcentual

A. *Ratio*

La manga ancha que ofrece el derecho arbitral (*lex arbitri* y reglamentos) es conveniente. Permite al tribunal aplicar la facultad de una manera inteligente, tomando en cuenta las circunstancias del caso y la situación subjetiva de las partes.

Dicha facultad abierta es, además, tierra fértil para sembrar semillas de buen Derecho. Permite que los árbitros seamos creativos.

La contundente mayoría de casos utiliza la facultad de una manera escueta. Si bien merecen aplauso por ser concisos, opino que existe una oportunidad perdida: resolver de una manera que se generen incentivos correctos. Propiciar una práctica que logre combatir un problema transversal a todos los sistemas de solución de disputas del mundo: su utilización estratégica—inclusive oportunista.

Para lo anterior, opino que el ejercicio de la facultad debe buscar un doble objetivo. Primero, dotar de objetividad a lo que de otra manera sería un ejercicio subjetivo. Segundo, generar incentivos positivos.

B. Expresión conceptual

Cada reclamación resulta en un costo del procedimiento arbitral.⁶ Propongo que el monto a pagar de la pretensión se distribuya de la siguiente manera: cada parte debe ser indemnizado por la porción de su pretensión que prospere, y debe soportar el costo de la porción que no tuvo éxito.

C. Expresión matemática

La siguiente fórmula expresa matemáticamente la propuesta:

$$C = G/R$$

Donde:

C = Costo

G = Ganado

R = Reclamado

⁴ Artículo 31(3) del Reglamento CCI; artículo 40(3) del Reglamento del Centro de Arbitraje de México; artículo 45 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

⁵ Una excepción es el Reglamento de Arbitraje del Tribunal Arbitral del Deporte (*Tribunal Arbitral du Sport*) que establece como principio que la parte que gane debe recibir una 'contribución' para gastos (artículo R64.5 del Código de Arbitraje Deportivo – *Code de l'Arbitrage en matière de sport*).

⁶ Existen diversas maneras de determinar los costos de un arbitraje. Uno común es *ad valorem*. Cualquiera que sea el método, el resultado es un *quantum* que obedece al monto en disputa.

Ilustraré el modelo. Piénsese en un caso en el que existe una demanda (x) de \$1,000 enderezada por A en contra de B , donde B reconviene (y) \$800 contra A ; y donde A gana \$400 y B gana \$400. El costo del procedimiento es determinado en \$15.

Los hechos están dados. La pregunta que surge es ¿cómo dividir los costos?

Siguiendo el Modelo Porcentual, habría que determinar primero el costo porcentual de cada pretensión y luego dividirlo entre las partes atendiendo al éxito de cada una. Si se prospera en una pretensión, quiere decir que su accionante tenía razón, y la contraparte generó el costo de utilizar la maquinaria jurídica para hacerlo cumplir. Y con respecto a lo que se perdió, el accionante hizo un uso incorrecto de la maquinaria legal para hacerlo cumplir. Debe, por ende, sufragar su costo.

En el ejemplo, la pretensión de A equivale a 55.56% del costo total del arbitraje. La pretensión de B 45.44%. Tomando como base el costo total del arbitraje (\$15), el costo de cada pretensión es \$8.33 por x y \$6.67 por y .

Conocido el costo porcentual de cada pretensión, procederé a usar la fórmula para dividirlo entre las partes. Comencemos con la demanda x .

$$C_x = G/R$$

Donde:

C = Costo a pagar

G = Ganado = \$400

R = Reclamado = \$1,000

En este ejemplo, $C = 40\%$.⁷ Es decir, el costo que de la pretensión x debe ser sufragado por B es 40%. El 40% de \$8.33 es \$3.33. Esto es lo que tiene que pagar B . El resto (\$5.00) debe de pagarlo A . Es el costo que generó por una reclamación que no tuvo éxito.

Determinemos ahora el costo de la reconvención y . Aplicando la fórmula:

$$C_y = G/R$$

Donde:

C = Costo

G = Ganado = \$400

R = Reclamado = \$800

⁷ Resultado porcentual de dividir \$400 entre \$1,000.

En este ejemplo, $C = 50\%$.⁸ Es decir, el costo que de la pretensión y debe ser sufragado por A es 50%. El 50% de \$6.67 es \$3.34. Esto es lo que tiene que pagar A . El resto (\$3.34) debe de pagarlo B . Es el costo que generó por una reclamación que no tuvo éxito.

Si se suman, mientras que A tiene que pagar \$8.34 (\$3.34 de la porción de B que B ganó y \$5 de la porción de A que A perdió), B tiene que pagar \$6.67 (\$3.33 de la porción de A que A ganó y \$3.34 de la porción de B que B perdió). Total: \$15.00

IV. VENTAJAS: generación de incentivos plausibles

A. Incentivos

Un incentivo es un medio para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo. Es un mecanismo asombroso para cambiar una situación.⁹ Su importancia y utilidad es con frecuencia pasada por alto por juristas.¹⁰ No debería. Cuando los incentivos son bien diseñados pueden ser muy efectivos. Lo que es más, en ciertos casos pueden ser *e/* motivo por el que un fin se logre.¹¹ Mal manejados pueden generar el resultado inverso.¹²

El diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos: premiar o sancionar. Las costas en arbitraje generan incentivos. Ello está fuera de duda. Lo que está en tela de juicio es si dicha herramienta es correctamente utilizada. De poco sirve su existencia si no son utilizados, o si se utilizan con poca habilidad. De allí que haya defendido que las costas deben utilizarse tanto como una zanahoria como un palo.¹³ Así lo permite su régimen legal.

1. Las Costas como Zanahoria

Como zanahoria, dado que la distribución de las costas obedecerá a, *inter alia*, el comportamiento de las partes en el arbitraje, ello incentiva conducta procesal correcta (litigio de buena fe) y desincentiva conducta desdeñable: chicanas, tácticas dilatorias, solicitudes procesales innecesarias, promociones obesas, etcétera.¹⁴

2. Las Costas como Palo

Como palo, la distribución de costas sirve de sanción: la parte en el arbitraje que lo encarezca será condenado a pagar una porción mayor del mismo. La justicia de ello es evidente. Pero además es eficiente: si una parte encarece el procedimiento o adopta tácticas hostigantes, será condenado a soportar los gastos que ello genera.

⁸ Resultado porcentual de dividir \$400 entre \$800.

⁹ Existen diferentes tipos de incentivos: económicos, sociales y morales. Los económicos generan consecuencias financieras; los sociales implican el deseo de no ser percibido como alguien que hace algo reprochable; y los morales consisten en no hacer cosas malas.

¹⁰ Un estudio reciente aborda el fenómeno y aboga por una concepción, confección y utilización del Derecho de tal forma que se tomen en cuenta los incentivos: EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

¹¹ Para cierto tipo de conducta, los incentivos sociales son muy eficaces. Piénsese por ejemplo en el caso de conducta delictiva. Es sabido que el derecho penal tiene un alto grado de falibilidad. Ante ello, ¿porqué no existe más crimen? Una respuesta reside en el deseo de la gente de no ser percibido como un delincuente. De ser cierta la explicación, querría decir que aun ante una parca ejecución del Derecho Penal se logra disuadir conducta antisocial. Ello pone en manifiesto lo poderosos que pueden ser los incentivos.

¹² Por ejemplo, una multa pequeña puede invitar, más que desalentar, la conducta en cuestión.

¹³ Para analizar porqué, *cfr* LAS COSTAS EN EL ARBITRAJE, ¿UNA ZANAHORIA O UN PALO? citado en el pie de página 1.

¹⁴ Claro, esto supone sofisticación del practicante. La suposición puede ser insostenible a corto plazo pero es aceptable a largo plazo. Además, aunque no lo fuera, el diseño del derecho tiene que asumirla, so pena de quedarse marginado por la realidad o permanecer como un instrumento burdo. Legislar para el neófito resulta en mal derecho.

B. El Modelo Porcentual como un ejercicio de incentivos

Recientemente he propuesto la utilización del Modelo Porcentual en dos arbitrajes en los que he actuado como Presidente del Tribunal.¹⁵ He tenido la suerte de contar con coárbitros letrados e inteligentes que, al honestamente cumplir con su obligación de esmerarse por emitir una decisión correcta e inteligente, mucho me han ayudado a pulir el modelo al cuestionarlo. Les extiendo mi agradecimiento.

Algunas preocupaciones que el Modelo Porcentual puede generar es que puede desincentivar el ejercicio de un derecho válido.

Invito a que se considere que (suponiendo sofisticación) la aplicación del Método Porcentual tiene por efecto dar un aura de legitimidad a las reclamaciones. Si una parte, conociendo que, de no prosperar, será condenado, aún así endereza una acción, es porque cree en ella. Posiblemente verlo desde la perspectiva contraria sea más ilustrante. Si una parte nunca es hecha responsable por los costos que genera al enderezar una reclamación, se genera una psicología de lotería. Razonará: 'aunque no tenga mérito, demando. Posiblemente tenga la suerte y me la 'compre', y algo habré ganado. Al fin, el 'no' ya lo tengo. Vamos por el sí.' Visto así, el demandante frívolo tiene todo que ganar y nada que perder, pues nunca tendrá que soportar el costo legal que genera al (mal) utilizar la maquinaria jurídica.

Si el método tiene éxito generará una espiral constructiva. Entre más se siga, menos reclamaciones frívolas habrá y los (escasos) recursos existentes podrán enfocarse en las reclamaciones legítimas. Y entre más recursos disponibles, mejor calidad de justicia.

Un resultado *bello*, además de *eficiente*.

C. El Modelo Porcentual Como Punto De Partida

No obstante sus beneficios, concibo al Método como un punto de partida. El *inicio* más que el *fin* del análisis. Arribado a dicho resultado, sugiero que luego se pongan sobre la balanza criterios relacionados con el caso particular. Por ejemplo, si una parte que prosperó incurrió en chicanas, sugeriría que se le repercuta una porción mayor del costo. Otro ejemplo es un caso donde existen hechos (válidamente) discutibles de ambos lados. En dicho caso, sugeriría más distribución del costo. Y aún otro sería, en éste último caso, que una de las partes haya aprovechado la ambigüedad para incurrir en conducta estratégica que le permita apropiarse los beneficios de la misma.¹⁶ Tomar el resultado en cuenta puede militar a favor de cargarle menos costo a la parte que pierde.

Lo anterior logra un propósito importante: que el tribunal arbitral distribuya los costos entre las partes en base a su conducta procesal. Y esto, cuyo mérito parece tan obvio, con frecuencia no se da. Es mi deseo hacer una llamado enérgico a ello. No hacerlo genera incentivos perversos: no solo no atribuye las consecuencias a quien las genera, sino que condena la herramienta a su subutilización, genera incentivos negativos,¹⁷ y provoca frustración en la parte que sí razona y se comporta de esta manera.¹⁸

¹⁵ Por razones de confidencialidad, no los identifico. Sin embargo, uno era un arbitraje deportivo y el otro un arbitraje energético complejo.

¹⁶ Una condena total en dicho caso podría añadir insulto a la ofensa.

¹⁷ ¿Porqué litigar de buena fe si no recibo los beneficios de ello? O lo que es peor, dado que mi adversario litiga de mala fe, y dado que no se repercutirán los costos en consecuencia, ¿porqué no jugar dicho juego? Como puede verse, no distribuir los costos en atención a la conducta procesal que los genera, incentiva conducta procesal desdeñable.

¹⁸ En más ocasiones de las que me gusta admitir he recibido laudos en los que la distribución de costas no sigue esta lógica. Ello es desafortunado. No hay nada más injusto que, después de litigar de buena fe y no entrar al juego de chicanas y actos diversos que encarecen el arbitraje, se condene a ambas partes a sufragar los costos en porciones iguales.

V. COMENTARIO FINAL

Es cierto, la función evidente del derecho de las costas es *indemnizar*. Pero existe una ventana de oportunidad para imbuir de un segundo objetivo: *incentivar*.

Existe una manera apropiada y una inapropiada de remunerar.¹⁹ De la misma manera en que un padre sabe que darle *todo* a un hijo puede (irónicamente) ser dañino, el (ciegamente) indemnizar lastima y dejar pasar una oportunidad para incentivar conducta positiva y desincentivar conducta negativa.

Además de su función evidente (indemnizar), las costas en arbitraje cumplen una función importante: incentivar arbitrar de buena fe. Así deben ser concebidas y utilizadas por el órgano que las maneja (el tribunal arbitral). No hacerlo propicia la subutilización de la herramienta, genera incentivos perversos y pierde la oportunidad de procurar uno de los fines últimos del arbitraje: ser un mecanismo *eficiente* de solución de controversias.

¹⁹ Lo cual constituye el *leitmotiv* de la disciplina de 'recursos humanos' de las ciencias económico-administrativas.

**De Leyes y Embutidos: El Arbitraje en Materia de
Obra Pública, Adquisiciones, Arrendamientos y
Servicios con el Sector Público.**

Francisco González de Cossío

Socio Director

González de Cossío Abogados, S.C.

I. Introducción

El Canciller de Hierro y arquitecto de la unificación alemana, Otto von Bismarck, advertía que los embutidos y las leyes se parecen en que, si te gustan, hay que evitar ver cómo se hacen.

La apertura del arbitraje en materia de obra pública, adquisiciones, arrendamientos y servicios con el sector público me recuerda dicha frase. A continuación explicaré porqué platicando un poco sobre su génesis (§II) lo bueno de la reciente modificación que lo permite (§III) y lo que necesitamos mejorar (§IV).

II. Génesis

El deseo de abrir esta materia al arbitraje no es nuevo. Desde 2001 existían esfuerzos al respecto. Tuve la fortuna de participar en ellos. Vale la pena recordarlos para aprender las lecciones de los motivos por los que fracasó.

En esencia, dichos esfuerzos fracasaron por que fueron demasiados los participantes en los mismos. Ante la dificultad de poner de acuerdo a tantas personas, eventualmente la energía detrás de la iniciativa acabó por agotarse.

III. LO BUENO

El decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan diversas disposiciones inter alia de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2009 culmina muchos meses de esfuerzo.

De dicho esfuerzo, deseo aplaudir los siguiente:

- a) Permite arbitraje;¹
- b) Corrección de raíz del régimen anterior; y
- c) Forma en que tuvo lugar.

A. PERMISIÓN

Ya era hora que se permitiera el arbitraje en materia de obra pública, arrendamientos, adquisiciones y servicios con el sector público (conjuntamente, '**Contratación Gubernamental**'). Son muchas las inversiones que se frustraron, y proyectos de infraestructura que se perdieron, por la inexistencia de dicha posibilidad.

Las autoridades involucradas se percataron de ello y dieron eco a la idea que es una forma de atraer inversión. Ello no puede ser más cierto. Muchos practicantes lo vivimos.

Es hora que lo entendamos. A los ojos de los inversionistas, pactar arbitraje significa que los pactos tendrán eficacia. Que a las palabras no se las llevará el viento.

B. CORRECCIÓN DE RAÍZ

La modificación siguió lo que consideró que era el camino más adecuado para corregir el statu quo. Recuérdese que los artículos 15 de la LAPS y LOPS establecían la posibilidad de someter al arbitraje controversias siempre que

¹ Artículo 98 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (**LOPS**) y 80 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (**LAPS**).

se hiciera de conformidad con las reglas de carácter general que para ello emitiera la otrora Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, previa opinión de la Secretaría de la Economía.

La opción fácil era emitir las reglas indicadas. Los funcionarios involucrados prefirieron corregir el problema de raíz, modificando el texto legal aplicable.

Ello es digno de aplaudirse.

C. FORMA

Los funcionarios que participaron en el tema se hicieron de literatura, tomaron cursos y se asesoraron de expertos.² En resumen, buscaron hacer el mejor trabajo posible. Otro paso digno de aplaudirse.

IV. Lo Malo

En la recta final se modificó la iniciativa de ciertas maneras que vale la pena comentar. Me ceñiré a:

- a) Se excluyeron ciertas materias, tanto ex ante como ex post;
- b) En materia de arrendamientos, se construyó a un tipo de contrato;
- c) Permite mecanismos alternativos de solución de controversias siempre que sean 'reconocidos' por la Secretaría de la Función Pública; y
- d) Adopta un régimen de excepción.

A. MATERIAS EXCLUIDAS

Artículos 80 LASP y 98 LOPS dicen:

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta ley.

Hace inarbitrable tres materias:

1. La rescisión administrativa,
2. La terminación anticipada,
3. Cualquier otra que establezca—en cualquier momento—el reglamento aplicable.

Ello genera tres problemas:

² Por ejemplo, acudieron al INSTITUTO MEXICANO DEL ARBITRAJE para recibir retroalimentación.

1. Extirpa de la competencia de un tribunal arbitral dos de los eventos legales más importantes que puede sufrir contratación gubernamental. Ello merma en forma importante la decisión de permitir el arbitraje.
 2. Invita pluralidad de mecanismos de solución de controversias. Se propiciarán procedimientos arbitrales, judiciales y administrativos paralelos para resolver diferentes cuestiones legales de una misma controversia. Ello invita desperdicio, duplicidad de costos y—lo que es más preocupante—decisiones contradictorias.
 3. Al permitir vía reglamento que se establezcan que otras materias no son arbitrales, se abre la puerta para modificaciones unilaterales ex post facto. Ello resta seguridad jurídica de la inversión.
- B. ÁMBITO EN MATERIA DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO

El artículo 80 de la LASP establece:

Artículo 80. Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los **contratos** de prestación de **servicios** de largo plazo **previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley** o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta ley.

Dicho artículo genera los siguientes problemas:

1. En materia de arrendamientos permite el arbitraje sólo en un área: los contratos de servicios a largo plazo;
 2. El texto “respecto de aquellas controversias ... interpretación de las cláusulas de los contratos ...” puede interpretarse restrictivamente, dejando fuera otras áreas como cumplimiento; y
 3. Aplica la misma observación sobre la rescisión administrativa y terminación anticipada.
- C. UTILIZACIÓN DE MASC SUJETO A ‘RECONOCIMIENTO’ POR SFP

El artículo 84 de la LASP y establece:

Artículo 84. Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos de prestación de servicios de largo plazo previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley, **siempre que su procedimiento esté reconocido en las disposiciones que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública.**

El artículo 102 de la LOPS dice:

Artículo 102. Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos **siempre que su procedimiento esté reconocido en las disposiciones que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública.**

Es conveniente que no se condicione el mecanismo a su reconocimiento vía reglamento, pues ello anquilosa la solución de controversias por métodos no adversariales que podrían dar un valor agregado útil.

La preocupación que motivó el texto fue que se utilicen mecanismos distintos a los preferidos. Ello es lamentable pues la preocupación está autocontenida: dado que los mecanismos alternativos de solución de controversias exigen la participación de ambas partes, si la dependencia o entidad en cuestión no quiere seguir un mecanismo determinado, simplemente no acepta.

D. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

La modificación adoptó un régimen de excepción. Establece que sólo puede pactarse arbitraje en ciertas áreas.

Aunque la decisión sobre arbitrabilidad de una materia es un tema de política legislativa, hubiera sido conveniente que siguieran las observaciones que mi amigo el Dr. Claus von Wobeser hizo como parte de su conferencia como ingreso como Miembro de Número de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia sobre la expansión de la arbitrabilidad de las materias. Sus observaciones siguen tan vigentes como cuando las emitió en 2002.³

Sería conveniente adoptar un régimen permisivo—no de excepción. Las preocupaciones que motivan el actual texto pueden ser mejor manejadas de otra manera, y el arbitraje fomentará inversión. Recordemos que:

- a) El arbitraje ha sido útil y exitoso en materias administrativas distintas.⁴ No se percibe motivo para que no lo sea en esta materia.
- b) Los motivos que entiendo que se esgrimen para no permitir el arbitraje son preocupaciones válidas, pero que no militan en contra de que el paso se adopte a nivel ley. Existen soluciones más apropiadas para ello.⁵
- c) En la experiencia de muchos practicantes, la indisponibilidad del arbitraje ha frustrado inversiones diversas (¡e importantes!). El motivo: el arbitraje es una garantía de que el contrato que documenta la inversión será efectivamente acatado. Por ende, si se desea atraer inversión, el arbitraje es una manera inteligente de hacerlo.

³ Dr. Claus von Wobeser, LA CONQUISTA DE LOS PARTICULARES FRENTE AL ESTADO EN LA SOLUCIÓN DE SUS CONTROVERSIAS: LA DILUCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO, Discurso de Ingreso como Miembro de Número de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, PAUTA, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., No. 40, Mayo, 2003, p. 6.

⁴ Por ejemplo, marítimo, petróleo, portuario, eléctrico.

⁵ Entiendo que la preocupación es que se utilice equivocadamente el arbitraje, pactándolo en contratos que no lo justifican. La preocupación es válida, la solución sobre-prohíbe. Existen mejores soluciones que no anquilosan la materia. (Por ejemplo, que se canalicen las dudas sobre ello con los funcionarios especializados de la SFP.) Prohibir la utilización de una institución porque alguien puede malutilizarla es paternalista. En nuestro caso, genera el problema que para materias (existentes o nuevas) donde se justifique su utilización estará indisponible, algo lamentable dados sus beneficios.

V. ARBITRABILIDAD DE ACTOS DE AUTORIDAD

La inarbitrabilidad de las materias de rescisión administrativa y terminación anticipada tuvieron como ratio que dichos actos eran considerados como actos de autoridad por nuestra judicatura, y por ende no arbitrables.

En mi opinión la aseveración tiene un problema tanto en la premisa como en la conclusión.

A. PREMISA FLOJA

Es cierto que existen casos en los que nuestra judicatura ha caracterizado como actos de autoridad a la rescisión administrativa. Sin embargo:

1. Existen decisiones encontradas;
2. Son distinguibles de la rescisión y terminación bajo la LOPS y LASP;
3. La aseveración pierde de vista la distinción entre actos iure gestionis y iure imperii;
4. Un caso reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha cambiado el paradigma.

1. Casos

La jurisprudencia sobre este tema es dispersa. El motivo obedece a que existen tres variables que confluyen y complican el tema:

- a) Las dependencias y entidades pueden entenderse como estando actuado iure imperii en algunos casos y iure gestionis en otros. Ello ha impactado la caracterización del acto.
- b) Muchos de los casos lo que buscan determinar no es determinar si se trata de un acto de autoridad, sino si el ente del que proviene puede ser considerado una autoridad responsable para efectos del juicio de amparo—algo diametralmente distinto.
- c) Muchos de los casos han buscado esclarecer la competencia del contencioso administrativo y el juicio de amparo.
- d) Existen casos que han caracterizado la rescisión administrativa como el equivalente en el derecho administrativo del pacto comisorio en materia civil.

Como resultado, uno puede encontrar tesis con soluciones diversas a cada una de estas variables. Ante ello, derivar una regla es una generalización injustificada.

Citaré algunos ejemplos.

a) Casos que no consideran a la rescisión como acto de autoridad

COMISIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA EL ACTO POR EL QUE UNILATERALMENTE RESCINDA CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA, POR NO SER DE AUTORIDAD. Cuando se reclama la rescisión de un contrato celebrado con la Comisión Estatal de Servicios Públicos del Estado de Baja California, con el carácter de particular, es improcedente el amparo que contra dicho acto se

promueva al actualizarse la causal de improcedencia prevista por el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 1o., fracción I, de la Ley de Amparo, ya que la declaración de la rescisión del contrato de obra pública que se impugna no es un acto de autoridad, toda vez que en este caso la citada comisión no actuó como autoridad soberana dotada de imperio, sino como ente de derecho privado, es decir, como un particular que contrata en el mismo nivel que otro; en consecuencia, procede sobreseer en el juicio de garantías con fundamento en el artículo 74, fracción III, de la invocada ley.⁶

b) Casos que sí consideran a la rescisión como acto de autoridad

CONTRATO DE OBRA PUBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISION, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. Tomando en consideración que la resolución mediante la cual una autoridad rescinde unilateralmente y en forma imperativa un contrato de obra pública, por causas que se dicen imputables al contratista, con apoyo en los artículos 43 de la Ley de Obras Públicas y 58 de su Reglamento, así como en una de las cláusulas del propio contrato, constituye un acto de autoridad de naturaleza administrativa, relacionado con un contrato también administrativo y con disposiciones de esa materia, como lo son la citada Ley de Obras Públicas y su Reglamento, resulta competente para conocer del juicio administrativo federal iniciado por el particular en contra de la autoridad emisora del acto, el juez de Distrito en Materia Administrativa respectivo, pues concurren los requisitos que el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación exige para que se actualice dicha hipótesis competencial, consistente en la existencia de una controversia suscitada con motivo de la aplicación de una ley federal, en la que deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad de naturaleza administrativa.⁷

Como puede verse, lo que busca esclarecer dicha tesis es quién es el órgano competente para conocer de la rescisión.

La siguiente tesis versa sobre autoridad para efectos del juicio de amparo (lo que no quiere decir que la rescisión sea un acto de autoridad):

INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO. LA

⁶ **Registro No.** 185810, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Octubre de 2002. Página: 1341. Tesis: XV.2o.23 A. Amparo en revisión 410/2001. Constructora Doble Triple 3, S.A. de C.V. 26 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Javier Coss Ramos. Secretaria: Patricia Suárez Galaz.

⁷ **Registro No.** 394144, Octava Época, Pleno. Fuente: Apéndice de 1995 Tomo VI, Parte SCJN. Página: 128. Tesis: 188. Jurisprudencia. Octava Época: □□Competencia 144/90. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Cuarto en Materia Civil y Segundo en Materia Administrativa, ambos en el Distrito Federal. 18 de agosto de 1993. Mayoría de catorce votos. □□Competencia 14/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Primero en Materia Administrativa y Tercero en Materia Civil, ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de diecisiete votos. □□Competencia 51/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Segundo en Materia Civil y Cuarto en Materia Administrativa, ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de diecisiete votos. □□Competencia 53/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Primero en Materia Administrativa y Segundo en Materia Civil, ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de dieciséis votos. □□Competencia 104/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Quinto en Materia Civil y Sexto en Materia Administrativa, ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de quince votos. □□NOTA: □Tesis P./J.20/94, Gaceta número 78, pág. 18; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Junio de 1994, pág. 8. **Genealogía:** APENDICE '95: TESIS 188 p. 128

RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA QUE DECLARE CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS (ABROGADA POR EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DE LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 4 DE ENERO DE 2000), TIENE EL CARÁCTER DE ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. El Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. XXVII/97, de rubro: "AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO.", precisó el concepto de autoridad para los efectos del amparo, reconociendo ese carácter al órgano que con fundamento en una norma legal puede emitir actos unilaterales a través de los cuales crea, modifica o extingue por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado; es decir, ejercen facultades de decisión reconocidas en la ley, por lo cual constituyen una potestad administrativa cuyo ejercicio es irrenunciable, lo que se traduce en auténticos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la causa de ese imperio. Por tanto, debe concluirse que la rescisión del contrato administrativo por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado es, precisamente, un acto jurídico unilateral emitido con fundamento en lo previsto en el artículo 40, primer párrafo, de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, a través del cual extinguió, motu proprio, una relación contractual en que era parte un particular, el cual afectó su esfera jurídica, pues la administración pública tiene la facultad de hacer efectiva la garantía otorgada, como consecuencia legal de esa rescisión. Además, la rescisión la decretó un órgano que forma parte de la estructura orgánica de la entidad contratante, sin acudir a los tribunales judiciales o administrativos, ni con el consenso de la voluntad del afectado. Ahora bien, en congruencia con lo anterior y tomando en consideración que la rescisión no es una facultad unilateral que fue invocada por la entidad contratante sólo porque fue convenido en esos términos en el contrato, sino que su base fundamental radica en que dicha facultad está establecida en el artículo 40 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas para que la invoquen exclusivamente órganos de la administración pública, resulta inconcuso que el mencionado instituto tiene el carácter de autoridad y la facultad rescisoria que ejerció deriva directamente de la ley.⁸

2. Cambio de paradigma por la SCJN

Cualquier utilidad que los casos anteriores hubieren tenido para soportar la postura que cuestiono, debe perder peso ante un caso reciente e importante. En el amparo en revisión 2219/2009⁹ la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha cambiado la forma de concebir la autoridad responsable para efectos del juicio de amparo. Dicha decisión constituye un parte-aguas y redirección del curso que debe tener este tema, particularmente a la luz de las corrientes del neo-constitucionalismo y aplicación horizontal de la Constitución.

⁸ **Registro No.** 189452, Novena Época, Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII, Junio de 2001. Página: 240. Tesis: 1a. LII/2001. Amparo en revisión 159/2000. Krysde, S.A. de C.V. 10 de enero de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena. □ □ Nota: La tesis P. XXVII/97 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, página 118.

⁹ Resuelto el 19 de abril de 2010.

Un fragmento es particularmente relevante para nuestro tema, no sólo por lo que dice sino por quien lo dice. Proviene de nada mas y nada menos de quien más defendió la postura a favor de ampliar la noción de autoridad, el Ministro Zaldivar Lelo de Larrea, que dijo:¹⁰

“... si yo contrato con el Estado un contrato para vender lápices y lo incumple, [¿] es un acto de autoridad para efectos del amparo [?], por supuesto que no [!] ...”

Esto debe servir de tranquilidad a quienes les preocupaba este aspecto de la modificación.

D. CONCLUSIÓN ERRADA

Pero además de que la caracterización como acto de autoridad es cuestionable, aunque lo fuera ello no quiere decir que no pueda hacerse arbitrable por ley.¹¹

El arbitraje lleva mucho tiempo siendo una opción para mecanismos diversos.¹² Ante ello, el óbice detectado era más imaginario que real.

E. CONCLUSIÓN

Aunque debatible que el statu quo actual de la rescisión administrativa y terminación sea un acto de autoridad, nada impide que pueda hacerse arbitrable.

VI. COMENTARIO FINAL

Otto von Bismarck estaría descontento con la reciente modificación a nuestro régimen de Contratación Gubernamental pues no ejemplifica su observación. Si bien hay cosas que corregir, hay mucho que aplaudir.

Necesitamos reconocerlo y agradecerlo.

¹⁰ Amparo en Revisión 2219/2009, Versión Taquigráfica, Sesión en Pleno, 19 de abril de 2010, p. 12.

¹¹ Como parte de una conferencia que dí en el evento de arbitraje en materia de construcción del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional (29 de abril de 2010) mi querido amigo Claus von Wobeser indicó que disienta de mi postura pues los actos de autoridad no son arbitrables. Expuesto así, no puedo mas que concurrir. Pero mi punto es otro: no existe óbice para que la ley permita que la rescisión administrativa y terminación anticipada puedan ser sujetos al arbitraje. No asevero que los actos de autoridad sean *per se* arbitrables, sino que *pueden hacerse arbitrables mediante una autorización legal*. Estoy en deuda con el Dr. von Wobeser por su llamado de atención a este punto, que evita generar malos entendidos.

¹² Piénsese por ejemplo en los diversos mecanismos arbitrales de los tratados de libre comercio y tratados de inversión que México ha suscrito. (Para abundar, véase González de Cossío, ARBITRAJE DE INVERSIÓN, Ed. Porrúa, México, D.F., 2009.)

Final Report on Construction Industry Arbitrations.
International Chamber of Commerce
ICC International Court of Arbitration Bulletin
Vol.12/No.2-2001

Final Report on Construction Industry Arbitrations

Preliminary Remarks

1. This report is the result of a study commissioned by the ICC Commission on International Arbitration. It was produced by the Construction Arbitration Section of the Commission's Forum on Arbitration and New Fields, under the joint leadership of Dr Nael G. Bunni and Judge Humphrey Lloyd QC, assisted by Mr Michael E Schneider,¹ Mr William Laurence Craig, Dr Aktham El Kholy, Dr jur. Joachim E. Goedel, Mrs Vera van Houtte, Mr Sigvard Jarvin and Dr Igor Leto.

2. The Construction Arbitration Section was given the following remit:

Construction arbitrations need careful handling. Some arbitrators and others may not be fully aware of how best to use the powers conferred by the 1998 ICC Rules to secure cost-effective arbitrations. The Construction Arbitration Section will first find out what techniques have been used successfully to control construction arbitrations. It will then produce guidance for arbitrators, perhaps in the form of a handbook, which might contain sample procedures (under Article 15), directions and forms.

The Section will take account of the effect on arbitrations of the introduction into contracts of new and evolving forms of dispute resolution which are intended to reduce the disputes that require to be arbitrated, *e.g.* Dispute Review Experts or Boards or Adjudicators. It is hoped that in this way it will be possible to demonstrate that arbitration under the ICC Rules, if properly directed by the arbitral tribunal, is at least as good as arbitration under other rules or at other centres.

We understood the term 'construction arbitrations' to mean arbitrations that concern all kinds of disputes arising out of projects for construction work, but mainly those relating to the execution of the services (*e.g.* engineering services) and work necessary for the implementation of the project.

3. Views were sought throughout the world from nearly 40 arbitrators with proven experience of construction arbitrations, as well as from other practitioners.² Although the legal and cultural backgrounds of the respondents varied widely there was a striking degree of unanimity on many points.

4. Drawing on the replies and our own experience we issued a first report in March 2000. It was intended as a document for discussion rather than one which contained settled views. The report was placed on the ICC International Court of Arbitration's web site. The comments that we received on that report gave us confidence that our original proposals were generally correct. Indeed we have been informed by a number of respondents that our suggestions have not only already been put to good use in construction cases but are relevant to other types of disputes, especially where there are complex issues. In November 2000 we presented a revised version of our first report. Further comments were received which led us to

¹ Leader of the Forum on Arbitration and New Fields.

² The Section gratefully acknowledges all the contributions received, especially from those listed hereafter (it apologizes if by inadvertence anybody has been omitted): Max Abrahamson, James M. Arnott, the Hon. Sir Ian Barker QC (for the New Zealand National Committee), John Beechey, Albert Jan van den Berg, John Blackburn, David Brown, Peter Caldwell, Yves Derains, Derek S. Firth, Pierre M. Genton, J.-C. Goldsmith, J. J. Goudsmit, Martin Harman and a team comprising Tanya Melnyk, Julian Cohen, Steven Carey, Gordon Bell and Mark Roe, G. Beresford Hartwell, Martin Hunter, William Huyse, Gordon Jaynes, Neil Kaplan, Pierre Karrer, Helen Kenyon and her team, Tomás Kennedy Grant, Helge Jakob Kolrud, Donald L. Marston, James J. Myers, Fritz Nicklisch, Alan Redfern, Colin Reese, J. Rozemond, Samir A. Saleh, Pieter Sanders, Christopher R. Seppala, Audley Sheppard, the Swiss National Committee, Esam Al Tamimi, John B. Tieder, John Uff, Christian Wiegand.

amplify and clarify certain parts. However our conclusions and recommendations remain essentially the same.

5. The responses showed that, whilst the ICC Rules of Arbitration provide a good framework for construction arbitrations, there is still a need to understand what is required for the efficient management of large and complex commercial arbitrations. There appears to be a remarkable lack of knowledge of current practice adopted by other arbitrators or by the legal representatives who appear before them. This could be due to the appointment by parties of arbitrators or legal representatives unfamiliar with international arbitrations, but it could also be that there is a lack of practical guidance about the management of arbitrations.

6. Thus a number of those who contributed believed (as we do) that this report should be the first stage of a continuing process by which the ICC Commission on International Arbitration, through its Forum on Arbitration and New Fields, would monitor and report on developments that could help all those concerned with construction arbitrations.³

7. A summary of our main recommendations and suggestions is to be found at the end of the report,⁴ together with cross-references to the main paragraphs of the report. Some of our suggestions necessarily go beyond management techniques. For example, we thought it desirable to outline the particular qualities now required of an arbitrator in an international construction arbitration and also to touch on some common points that are really about the admissibility of evidence but which arise in the context of the management of an arbitration.

8. In order to avoid misunderstanding it is also desirable at the outset to emphasize the following general points:

8.1 The report is intended primarily for arbitrators who do not have much experience of construction arbitrations conducted under the ICC Rules or who wish to be reminded of the options available or of the practice of others. Since some arbitrators are appointed who do not have much knowledge of construction arbitrations (indeed, regrettably, some nominated by parties have no previous knowledge whatsoever), it is important that this report should be seen by them to be reasonably authoritative. For that reason alone the guidance given in this report is not hedged with qualifications. Some of the proposals also concern the parties.

8.2 However, it should not be thought that we consider there is any single 'right' way in which a construction arbitration should be conducted. The report sets out certain commendable courses and the factors that arbitrators and parties may bear in mind when considering them. It is therefore unnecessary to repeat throughout the report that any recommendation is general or usual. Every case is different (although many construction arbitrations have familiar patterns) and anybody should pause and consider whether a standard or common technique is appropriate.

8.3 Our proposals are thus not intended to be used to override the wishes of the parties. Party autonomy is the kernel of international commercial

³ It would assist participants in this process if the ICC International Court of Arbitration were able to designate a member of the Secretariat to provide information about construction arbitrations and to act as a link.

⁴ See page 32 below.

arbitrations. Nothing in this report is intended to suggest that arbitrators should decline to follow the joint wishes or agreements of the parties (even if they could do so), especially perhaps if both are represented by lawyers familiar with ICC arbitrations. Nevertheless, from time to time parties may not have appreciated all the courses open to them or the position of the tribunal, so arbitrators are not only entitled but bound to inform the parties if they consider that a proposed course is not the best and to propose an alternative or alternatives. Depending on the nature of the case and bearing in mind the sensitivity of the subject, arbitrators should take account of the financial position of each party and the resources likely to be available to them.

8.4 In our recommendations we have tried to accommodate the approaches of various national jurisdictions. Although many of those who specialize in construction arbitrations come from common law backgrounds (as was reflected in those from whom we received comments), we have tried to adopt a balanced course. The report does not therefore attempt to provide fixed solutions of universal application. That so many of the responses we received had much in common suggests that harmonization is achievable provided that attention is directed to substance and not to the form of procedures and techniques. Most of our suggestions should therefore be capable of being understood and implemented either by direct action on the part of the tribunal or by the parties acting upon the tribunal's direction.

8.5 Above all we consider that the procedures in construction arbitrations must be cost-effective. For example, some (especially common lawyers) contend that traditional common law procedures, if correctly employed, usually result in a high degree of precision in fact finding and, arguably, may enable a tribunal to arrive at decisions in which it has greater confidence. However, such procedures are costly and time-consuming. Others argue, with justification, that other systems and the practice of civil law proceedings in litigation and arbitration can lead to comparable degrees of precision in fact finding and confidence in the result, and that they can do so at lower cost and in a shorter time. We firmly believe that arbitrators in ICC arbitrations should themselves decide on the procedures appropriate to the dispute in question which will enable them to discharge their duties without unnecessary delay or expense.

8.6 Although the report specifically covers construction arbitrations, we think that it may also help arbitrators in other complex commercial cases.

9. Rules already exist for construction arbitrations, such as the Construction Industry Model Arbitration Rules (CIMAR) which are used in the United Kingdom or those published by the American Arbitration Association. We have not drawn on them (nor did any of our respondents suggest that we should) as they are essentially for domestic use, although to the extent that they converge they evidence a degree of harmonization. Nor have we used the UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings or the International Bar Association's latest Rules of Evidence,⁵ although our conclusions are very comparable in many respects.

⁵ See for example the excellent commentary published in [2000] *Business Law International* 14.

Background to Current Construction Industry Disputes

10. Construction disputes always arise in a variety of situations, but today a number of changes mean that they occur in contexts which differ from those customarily encountered. In some countries the customary methods of procurement of construction projects are being supplemented by more sophisticated ones. These place greater emphasis on the responsibility of the contractor, who in turn is now less and less an executant and more and more a manager and facilitator. At the same time contractors (and subcontractors) combine more in joint ventures to offer a range of skills and services and to share risk (and perhaps to make a profit). Nowadays disputes concerning large sums are no longer confined to those between client and contractor but increasingly occur between contractor and sub-contractors.⁶ With the advent of computerization many disputes can be highly technical. Traditional arrangements have not of course died out, nor have habitual disputes, bred of strained relationships and mutual suspicion, and familiar claims, such as those for changes and for the consequences of the unforeseen and perhaps also the unforeseeable. They continue throughout the world, still generating complicated and intriguing problems.

11. Additional layers of protection are being introduced. There may be a project manager, a construction manager, and a host of specialist advisers and consultants appointed to look after the interests of sponsors, nominal owners, operators, suppliers or consumers. The financier or funding institution is also becoming more influential, although it may not appreciate the extent of construction risks and what is really entailed in completion. Differences arising from ignorance of the risks undertaken can be very difficult to resolve, especially if there are budgetary constraints.

12. In addition there is a greater choice of standard forms of contract. Many of these contain developed mechanisms for dispute resolution aimed at preventing disputes and averting arbitration. The role of the engineer in the majority of contracts is no longer what it was, as reflected in the latest editions of the forms of contract published by the *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC). These now provide that, even where an engineer is appointed to oversee the implementation of the design, it will not always be appropriate for the engineer to decide disputes that may concern his or her own performance and judgment. The conditions provide instead for the appointment of a Dispute Adjudication Board (DAB) or a Dispute Review Board (DRB), and for amicable settlement before an arbitration can be started.

13. Three main observations may be made about the relationship between dispute resolution structures such as DABs, DRBs and mediation on the one hand and arbitration on the other.

13.1 Firstly, one of the reasons why parties turn to DABs or DRBs during the performance of a contract is expense.⁷ As a means of resolving a dispute or disputes through investigation and by recommendation or provisional decision, DABs and DRBs are cheaper than arbitration, the cost of which is, with reason, perceived to be high (although generally no higher than any other form of binding dispute resolution that results in a readily enforceable decision). However, the comparison should not be taken too far, as arbitration serves a different function from DABs and DRBs.

⁶ These include for example engineers and other professionals where the contractor is responsible for design.

⁷ It is appropriate, however, to mention that, rightly or wrongly, some perceive the introduction of DABs and DRBs as a cause for an additional expense which adds to the cost of the project. See C. Seppala, 'FIDIC's New Standard Form of Contract – Force Majeure, Claims, Dispute and Other Clauses' (2000) 17 ICLR 235 at 249.

13.2 Secondly, disputes that withstand the filter of a DAB or DRB (and any unsuccessful attempt to achieve a settlement) are likely to be relatively intractable, *e.g.* those arising out of the termination of a contract. Not that intractability is the only reason for failing to achieve a settlement through a DAB or DRB: the Board may have been unable to deal with the dispute as it would have wished and to make a satisfactory recommendation or decision; the parties may have been unwilling or unable to face up to the problem that gave rise to the dispute and to accept the financial or human consequences of a decision or recommendation from the Board; or, as sometimes happens, a party may simply have been unable to meet its obligations or been unreasonable and resorted to dilatory tactics.

13.2 Thirdly, by acting as a filter, DABs and DRBs help to refine disputes, leaving the points at issue clearer than they would otherwise be.

With the introduction of pre-arbitral methods of dispute resolution, such as DABs and DRBs, we believe that arbitrations will in future deal largely with disputes that cannot be resolved except by arbitral award, either because they raise issues that go to the heart of the parties' relationships or important questions of principle or, in the case of a main or principal contract, are too complex to be resolved satisfactorily by a DAB or DRB. Almost certainly the amounts at stake will be large. Today's arbitrators therefore need to know how these new mechanisms operate, to be alive to the expectations of the contracting parties, who now expect extremely efficient arbitrations, and to be equipped to see an arbitration through to an early award.

Selection of Arbitrators

14. Careful consideration needs to be given to the selection of arbitrators, since it is vital that the tribunal should know what are the right tools and how and when to use them. It must be acknowledged that there is or should be no mystique about arbitrations concerning international construction disputes. They are in many respects no different from other international commercial arbitrations, except that they are frequently more complex (both factually and technically) and more stimulating; they can generate difficult points of law relating to specialized forms of contract unknown to those not involved in construction; and they still seem to require many more documents to be examined than in other types of disputes. Many of the disputes that cannot be resolved by pre-arbitral methods will encompass a multitude of issues of fact and opinion, not to mention questions of law, each of which merits consideration and a decision as if it were a separate arbitration. Moreover the disputes themselves can involve difficult technical questions and occasionally difficult and novel questions of law. The arbitral tribunal has therefore to decide how best such disputes are to be handled. The tribunal's judgment will be crucial to securing a cost-effective arbitration and to retaining the confidence and co-operation of the parties. Complex cases require sensitive handling so the tribunal must throughout maintain a dialogue with the parties.

15. Whilst there may be advantages in having as a member of the tribunal a person who has only general knowledge of international commercial arbitration, the responses we received suggest that it is now highly desirable that a tribunal comprises people who are familiar with construction contracts, with how construction disputes

evolve and with how they are best resolved. In the construction sector, it is still possible to adhere to one of the features that originally distinguished arbitration from litigation – the referral of disputes to people from the relevant trade, industry or profession (which has of course been necessarily extended for the purposes of international arbitration to lawyers who have acquired equivalent knowledge). Technical issues need to be properly understood in order to be correctly decided. Not that this means that an arbitrator has to be a technical specialist. Indeed the wide range of technical issues arising in construction arbitrations would make it difficult, if not impossible, to find suitable polymaths. However, he or she must have the intellectual curiosity and ability to grasp technical issues (if a lawyer) and legal issues (if not). A party may wish to select an otherwise competent lawyer who does not satisfy this ideal, which is entirely possible under the ICC Rules of Arbitration. Similarly, a party wishing to nominate an engineer or architect should not feel at a disadvantage because that person is not as knowledgeable about the applicable law as a lawyer versed in the construction field. An arbitrator in a complex arbitration (as most construction arbitrations are or turn out to be) should also be proactive and must be able to manage an arbitration and devise an effective management framework. In a tribunal comprising more than one arbitrator, if the co-arbitrators between them do not have all the ideal attributes, then the chairman should certainly possess them. It goes without saying that in the case of a sole arbitrator, he or she should possess all the required attributes. The tribunal should not need to appoint an expert to make a decision it cannot reach itself, as opposed to one engaged to advise it on how best to assess conflicts between the technical opinions it may receive.

16. Whatever other qualities an arbitrator may or may not possess, some familiarity with computers will almost certainly be required. Basic word-processing skills are now probably indispensable since submissions, documents and other evidence in the form of witness statements and expert reports, plus transcripts, are regularly sent by e-mail and stored on floppy disk or CD-ROM. Use of paper is thus reduced and the parties and the tribunal have immediate access to documents that might otherwise be too bulky to copy for a hearing. For specific technical issues, the use of computers will be essential. However, it must also be recognized that practice in the most developed countries cannot be emulated everywhere. The tribunal must adopt the means of communication that is the most effective for the case in question and must not impose requirements which a party is unable or unwilling to meet.

17. Finally, construction industry arbitrations have in the past been characterized by the frequency with which they are resolved by agreement before a final award. However, sole arbitrators and chairmen of tribunals should be capable of writing awards acceptable to the international construction industry. We are not suggesting that they must have done so already in an ICC case. After all, one of the safeguards of the ICC system is the need to obtain the approval of the ICC Court as to the form of the award. Also, assistance is available from the Secretariat to help a tribunal to draw up an award which, at least as regards form and style, should be enforceable internationally. Familiarity with national practice is not necessarily sufficient, nor is the fact of having been a member of a tribunal without actually having participated in the drafting of an award.

18. We recommend, therefore, that at least two of the members of the tribunal⁸ have proven experience in seeing how an international arbitration about a

⁸ This would allow the third member of the tribunal to be a person less experienced in international construction arbitration, which in time would help to increase the numbers of suitably qualified arbitrators.

construction dispute is carried through from start to finish. In addition, we also recommend that sole arbitrators or chairmen should know how to write awards. These recommendations may lead to the same arbitrators, particularly lawyers, being appointed again and again, as there is, or is thought to be, a shortage of suitable people. Steps may therefore need to be taken to make known the names of experienced arbitrators and to ensure that there are enough of them.

19. There was support for the view that costs are saved if there is only one arbitrator rather than three. For example, a visit to a site by one arbitrator is easier and cheaper than a visit by a tribunal of three (although, obviously, if the parties agree, a single member of the tribunal could carry out an inspection). We would endorse this practice especially where the amount in dispute is not large. Accordingly, we recommend that when projects not in excess of, say, 20 million US dollars⁹ are put out to tender, the parties should consider whether their interests would be best served if a sole arbitrator were appointed. The value of the contract is of course not the only criterion since large claims may arise from contracts of low value. Equally, where the parties are from different cultural or legal backgrounds the opportunity for each to nominate an arbitrator gives parties confidence in the arbitral process. Nonetheless, the parties would be well advised to consider following the practice of the ICC court and not to appoint three arbitrators where the claim is not large. We believe that informed parties are now more ready to agree on a sole arbitrator, even where the dispute has already been through a contractual process of dispute resolution and is sizeable. Many contracts (such as those incorporating the various FIDIC conditions) require a 'cooling-off period' after attempts at amicable settlement before an arbitration can start, and even if not contractually required, it is frequently beneficial. This period could well be used at least to agree on the number of members in the tribunal and its make-up. Accordingly, we recommend that, even if the arbitration agreement permits three or more arbitrators, before submitting a request for arbitration parties should consider carefully whether a sole arbitrator should be appointed. It was suggested to us that, if the tribunal considered that a claim had been artificially inflated, and that, if its true value would have led to the appointment of a sole arbitrator, the claimant, even if otherwise successful, should be ordered to pay the additional costs of having three arbitrators. This seems a sensible suggestion, although we have reservations about whether the tribunal could validly reach such a decision under Article 31(3) of the ICC Rules. Since the matter concerns the selection of a tribunal it would be preferable if it were expressly mentioned in the arbitration agreement.

Initial Stages

20. In this section we look at the steps that can and should be taken prior to and in preparation for the terms of reference, and the ensuing procedural directions which interact with them. We deal only with matters of practical relevance to construction arbitrations.¹⁰

21. Once the file has been transmitted, the tribunal must examine the statement of case and defence to see, first, whether they make sense, and secondly, whether they need to be clarified so that the terms of reference can be properly drawn up. If there are claims for delay or disruption, a chronology of events will be required from the parties. This should be ideally included with the claimant's request for arbitration and

9

Approximately 23 million euros.

10

For excellent general guidance, see 'Terms of Reference under the 1988 ICC Arbitration Rules – A Practical Guide' (1992) 3:1 ICC IC Arb. Bull. 24, and S. Lazareff & E. Schäfer, 'The 1992 Practical Guide on Terms of Reference Revisited' (1999) 10:2 ICC IC Arb. Bull. 14.

the respondent's¹¹ answer. Since most construction arbitrations are about the performance of a relatively long-term contract, it is in our view highly desirable that the tribunal should scrutinize any chronology with care. After each party has submitted a chronology, the tribunal itself should compile a composite chronology from the material provided and send it to the parties, asking them to clarify any discrepancies. The tribunal should thereafter maintain the chronology, amending it as the case develops, circulating any revisions, and asking the parties to complete any gaps in it. In this way a database will be built up which, for example, should readily identify the date when a decision or instruction was sought, the date by which it was required, the date when it was given, and, where appropriate, the date when the contractor received any drawings or further details referred to in it or necessary for its implementation.

22. Some submissions made by parties lack clarity even though it is the duty of parties to be clear. Many misunderstandings are due to the translation of concepts from one language into another language or arise from an imperfect knowledge of the contract. The tribunal should not hesitate to request information to enable it to create organizational charts, layouts and glossaries or to obtain other clarification, where needed, for defining a claim or an issue (as opposed to the amplification of a party's case, which should be left until the terms of reference have been signed). The tribunal should of course be careful not to make such a request if compliance with it would delay the production of the terms of reference. A request pointing out the tribunal's difficulties can sometimes lead a party or its authorized legal representative to turn to another, better qualified representative. This will frequently help the arbitration to run more smoothly, although the tribunal should be very careful not to do anything designed to influence a party's choice of representative. Amplification may be needed where, for example, a party has not anticipated a point raised by the other party or which the tribunal sees as likely to arise, concerning for example:

- 22.1 the jurisdiction of the tribunal, *e.g.* the identification of a contracting party;
- 22.2 whether or not notice of intention to claim has been given, if required by the contract;
- 22.3 whether or not a claim or defence is barred in law, *e.g.* by prescription or limitation;
- 22.4 whether or not a claim has been referred to, considered or decided by an engineer, DAB or DRB, or whether notice of dissatisfaction has been given (*e.g.* under the FIDIC conditions);
- 22.5 the amount of the claim, where unclear.

These are matters which, if not resolved satisfactorily, could cause the tribunal not to examine the whole of the claim but instead to concentrate on whether it has the necessary power or jurisdiction to deal with the claim. For instance, if a party accepts that the requisite notice was not given and there are no apparent grounds for excusing lack of notice, the tribunal might well have to make a partial award in respect of the affected claims, as it might not be right to investigate them on their merits. The tribunal should call for further written submissions before the terms of reference are drafted since the answers could materially affect the contents of the terms of reference.¹²

¹¹ In keeping with the terminology of the ICC Rules of Arbitration of 1998, 'respondent' is used throughout this report in preference to 'defendant'.

¹² Article 18(1) of the ICC Rules of Arbitration requires the arbitral to take account of the parties' 'most recent submissions'.

23. The tribunal is under no obligation, however, to seek clarification when drawing up the terms of reference. Points of the kind mentioned above could in some cases be left until later, especially if they relate to the legal basis of a claim or defence. A party may consider that it is for the tribunal to determine such a matter or for the other party to submit that no such basis exists.

Terms of Reference

24. The tribunal should produce the first draft of the terms of reference, mainly because this requires it to get to grips with the case. The more complex the case, the more important it is for the tribunal to have read and understood the material presented by the parties. However, the initial submissions in construction arbitrations are notorious for hiding the true issues. Since the cost-effectiveness of such arbitrations can be dependent on the procedures adopted, it is always prudent to invite the parties not only to list the issues which they consider arise but also to put forward any other matters that might usefully be included in the terms of reference, such as procedural rules and a suggested provisional timetable. The terms of reference must meet the requirements of Article 18(1) of the ICC Rules of Arbitration. Construction arbitrations call for particular attention to be given to the following items.

Summary of the Claims

25. Paragraph (c) of Article 18(1) calls for a summary of the parties' claims and the relief sought. It may be tempting to describe a party's claims in broad terms, but this may place the other party at a disadvantage if a new claim is presented. Although Article 19 is an improvement on its predecessor (by giving the tribunal greater discretion), it nevertheless still uses the 'limits of the Terms of Reference' as the basic criterion. Thus a balance must be struck and a summary should be devised that sets out the claims accurately without being too precise. For example, it should not be possible for a party to shift from claiming that there had been changes in the work needing to be valued in accordance with the contract to claiming that the changes had been brought about by unforeseeable conditions or ought to be seen as consequences of default or breach of contract by the owner. A summary permitting this without authorization from the tribunal would be unfair to the respondent party, as such new claims would almost certainly require inquiries and evidence of a very different nature. On the other hand, a summary should not necessarily tie a party to a particular legal basis for a claim or defence, as the true basis may not be immediately apparent. One way of achieving a suitable summary would be to define an issue by reference to the amount claimed (although not so as to make an increase a 'new claim'). A party ought usually to know how much it has lost or what it expects by way of compensation, even if the proof is not readily forthcoming. Regrettably, however, it is not uncommon for a party either not to know (or to profess not to know) the amount of its claim except in unrealistically round numbers, or to decide not to reveal the true amount for tactical or commercial reasons. A tribunal will therefore need to be presented with good reasons why it is not possible to establish the value of a particular claim.

The Issues

26. Paragraph (d) of Article 18(1) calls for a list of the issues, unless the tribunal considers it inappropriate. We consider that such a list should be required in all but the simplest cases, not least because without such a list it will not be possible to decide on the future course of the arbitration. It is of course easy to define the issues in broad terms. However, a more detailed definition enables the ICC Court to check whether an award has dealt with all the issues before approving it and the tribunal to make certain that all the issues have been decided in the award before submitting it to the Court for approval. Besides, in construction arbitrations it may well be of no help to the parties (or the tribunal) to define the issues in broad terms if clear guidance is needed as to the issues for which proof or argument is required. Identifying those issues at an early stage is the primary task of the tribunal. For these reasons it is sensible for the tribunal to invite each party to set out its own list of issues before drafting the terms of reference. The aim must be to establish a clear and detailed summary of the issues since this could well promote a settlement.

27. However the nature and complexity of construction arbitrations means that the list of issues could be very long, and would not (or may not) serve a useful purpose. Thus we suggest that the objectives set out above might best be achieved by avoiding a lengthy list and instead including a working summary in the terms of reference. This would then be refined at the procedural or organizational meeting, which should take place as soon as the terms of reference have been signed, and at any further meeting thereafter. We are not in favour of actually combining the procedural meeting with the meeting at which the terms of reference are drawn up and signed, since discussions about procedure (in particular the timetable) can impede the settlement of the terms of reference.

Procedural Rules

28. Paragraph (g) of Article 18(1) provides for particulars of applicable procedural rules. Unless the parties have already agreed on specific rules¹³ or on what they do not want the tribunal to do, we recommend that in order to avoid prolonged (and probably unhelpful) discussions no attempt should be made to do more than describe the rules in the usual general terms, and to leave them to be worked out at the procedural meeting that must follow.

Procedural Meeting

29. The ICC Rules of Arbitration give valuable guidance – and authority – in Article 18(4). It is clear that the establishment of a ‘provisional timetable’ may be separate from the drawing-up of the terms of reference. As we have stated, unless there is or is really likely to be agreement between the parties and the tribunal on the procedure and the timetable to be followed, we recommend that in construction arbitrations the terms of reference should first be signed (or at least initialled) by the parties or by those with authority to sign on their behalf, before the procedural meeting begins. The importance of the initial procedural meeting cannot be over-emphasized. It is vital to the creation of a sound working relationship, which may be

¹³

Such as the Rules of Evidence of the International Bar Association.

further helped by additional procedural meetings held subsequently to monitor progress, achieve greater precision about the issues to be decided, and deal with matters that cannot be resolved by correspondence.¹⁴ The time and cost spent on such subsequent meetings can be worthwhile, but naturally they should only be held if needed.

Hearing Date

30. We strongly believe that, at the time when the draft terms of reference are circulated, the tribunal should inform the parties of the likely date of the hearing and its duration, or at least the period during which the hearing will probably be held. If feasible, this is psychologically satisfying for a party that wants to know when an award might be made, and it helps the parties and the tribunal to prepare the terms of reference and the subsequent provisional timetable and procedural meeting. For example, it may have a bearing upon such matters as the desirability of a partial award or whether there could or should be more than one hearing. The actual date will of course depend on the parties' reactions to the tribunal's proposal and on the framework of directions given at or following the procedural meeting, after consultation with the parties. If procedural directions are agreed (which should be the aim of the tribunal), then the hearing date that emerges will almost certainly be acceptable to the parties. If a date cannot be agreed and has to be decided by the tribunal, then it should be the earliest date practicable for the parties (including their agents such as legal representatives, witnesses or experts). The tribunal will have to abandon the date originally envisaged by it if it cannot be met by the parties. However, the tribunal is not obliged to accept a date claimed by one of the parties to be the earliest practicable if, for example, it is satisfied that, with the deployment of reasonable resources, an earlier date acceptable to the other party and itself is feasible. Likewise, a tribunal should check the validity of an assertion that a proposed date or period is unacceptable to a party. To give two common instances: (1) another expert can frequently be found to replace one who, although appointed, has yet to do any substantial work and whose diary is full at the relevant time; (2) legal advisers are rarely irreplaceable or not interchangeable and their other commitments should not hold up a case.

Timetable

31. Although in most typical construction arbitrations it may well be difficult or impossible to devise a timetable that complies with the six-month time limit set in Article 24(1) of the ICC Rules of Arbitration, this is nonetheless the period for which the parties have contracted and it should not be ignored, especially where the dispute has already been processed by contractual dispute resolution machinery and has been the subject of settlement discussions (*e.g.* as required by the FIDIC conditions). The points at issue may then have been refined and be confined to those to be resolved by an award. If the dispute is of above-average complexity or requires more than one award, then the six-month period will be insufficient. In practice, the tribunal's suggested date is rarely questioned and, provided it has been chosen sensibly, establishes a framework for discussing the procedure. As already mentioned, the tribunal must of course take into account the financial position of each party (or those

¹⁴ See paragraph 46 below.

financially supporting it), so far as this can be ascertained, and the resources likely to be available to it. Many construction arbitrations require considerable resources to be harnessed if certain dates are to be respected. The tribunal must be sure that they are not beyond a party's means. Conversely, the timetable cannot be dictated by an impoverished party, nor should the tribunal be dissuaded from a feasible timetable by a plea that a party is having to answer for another, *e.g.* an employer for a now estranged engineer or a contractor for a sub-contractor. When fixing dates or any part of the provisional timetable, the tribunal should ensure that the parties have an opportunity to take stock and to negotiate, and some latitude must be allowed for human frailty.

Procedures

32. We considered a number of suggestions regarding the procedures that should be adopted in construction arbitrations. There is still an appreciable divergence between those used to the common law or 'adversarial' approach and those used to other approaches. This is typically illustrated by differing views on the role of the tribunal, although changes in national practices may help to narrow the gap. We do not think it useful to attempt to produce a synthesis based on some highest common factor, but rather to present the types of solution that might be adopted in most circumstances. In international commercial arbitration people from differing business and legal backgrounds and cultures are brought together to deal with a series of events that will rarely be so similar to the experience of all that everybody can agree on a common formula. It is more likely that a compromise will be needed, so we think it more fruitful to offer guidance as to viable options. We have already made it clear that, whatever courses are adopted, they must be cost-effective and must be seen to be so. Furthermore, a procedure may well be efficient in one country but not so effective when handled by those unfamiliar with it. The tribunal has a duty to maintain a dialogue with the parties throughout, so as to agree, whenever possible, the steps to be taken by the parties or the tribunal.

Points at Issue

33. As already noted, the first objective must be to establish the true issues if they have not been precisely determined. At the end of the first procedural meeting, the tribunal should list the points requiring decision. Thereafter, as the case proceeds, it should revise and reissue the list in consultation with the parties, so as to guide them as to the topics to be covered in their written submissions and at any hearing, and to ensure that the tribunal is clear in its own mind about the points that it will have to decide and why they need to be dealt with in the award.

34. Where there has been a previous contractual dispute resolution process, or where the parties are apparently represented by competent lawyers who are familiar with construction disputes, or where the amounts in dispute are not large, there is a strong case for proceeding directly to proof. This means the parties will be required to present submissions accompanied by the evidence each considers necessary to establish its case (in the light of what is then known about the opposing case), both documentary and in the form of attested statements from witnesses. Unless the

arbitration is to be of the ‘fast-track’ type, these submissions should not be submitted simultaneously but consecutively, with the claimant presenting its case first so that the respondent can reply to it. The timetable will therefore have to be fixed by the tribunal. The tribunal may then permit the parties to submit further submissions or evidence either of their own volition or to meet requests or instructions from the tribunal. (All evidence must of course be furnished to the tribunal and to the other party at the same time.) As a general point, submissions should be numbered or arranged so as to match those of the other party.

35. Once this stage is complete the tribunal may be better able to draw up a list of the issues as they appear to it and to guide the parties as to what is then required.

Further Working Documents and Schedules

36. Some specialists favour the creation of a working document briefly recording the essential elements of each party’s case, established from exchanges between them. This is best exemplified by the schedule used in English practice for typical claims for changes, disputes about the value of work and claims for work done improperly or not at all. Such a schedule can now be created electronically and conveyed by disk or by e-mail, so it need not be cumbersome to handle. In the right hands it is a useful tool. It defines the positions of the parties and ultimately it will or can be used by the tribunal to record its views and decisions. At the pre-hearing stage its main value is that, if properly compiled, it establishes the position of each party where the existing submissions or pleadings do not already do so adequately. Parties do not always present their cases in perfect form and the tribunal must expect to have to analyse the material presented to it. Moreover, the success of such a document depends in part on each party grappling and dealing positively with the principal allegations of the other party. For example, a respondent would be required to state specifically:

- (a) which of the claimant’s allegations are admitted;
- (b) which of the claimant’s allegations are denied (and why);
- (c) which allegations cannot be admitted or denied (together with a brief explanation of the reasons) and which the claimant is required to prove.

In addition, a constructive approach must be adopted. If a respondent denies an allegation, the reasons for doing so must be given, and if it asserts a different version of events from that given by the claimant, then its alternative must be stated. Otherwise the claimant and the tribunal will not know the real nature of the respondent’s case. The essential elements of this approach may be seen from a sample extract of a schedule annexed to this report.¹⁵

37. Where the claim is for numerous changes or variations and the statement of case and defence do not indicate where all the differences lie, the tribunal should order the claimant to state how each change came about, the extent of the work involved and any delay or disruption caused, why the respondent is liable, and how the amount claimed for each item (and for the consequent delay etc.) is arrived at. The respondent will need to reply to each head in its answer, stating whether it is admitted or not and, if not, why, including any different version of events it may have. Such a schedule is of particular value where a ‘global’ claim is involved, *i.e.* one

¹⁵
See page 40 below.

where the claimant claims a period of time of delay or disruption and a sum said to be attributable to the overall effect of a series of events but maintains that a breakdown is impracticable. It is, ultimately, a question of substantive law whether and in what circumstances such a global claim is tenable. Even if the principle of such a claim can be upheld, a schedule may be of some help in determining whether, in the circumstances of the case, global delay or disruption did indeed occur and whether the causes for it can clearly be regarded as the contractual or legal responsibility of one of the parties to the dispute. A claimant should not be permitted to evade its responsibility to identify the causes of the delay or disruption and any likely identifiable effect. Global claims are easy to assert but difficult to examine, test and counter. Moreover, where a breakdown is provided, there will be less reason for a respondent to say that it does not understand the basis of the claim. Respondents sometimes profess ignorance despite knowing as much as claimants.

38. Complaints about faulty work are commonly presented using a similar schedule listing each item complained of and the precise legal basis for the complaint, *e.g.* non-compliance with a specified provision of the contract, or of the relevant governing law, the work required to put right the fault (and whether it has or has not been done), and the cost (or estimated cost). The respondent has then to state its case in answer to every point. Part of a sample schedule of this kind is annexed to this report.¹⁶ If fully and properly completed, these schedules show which points are not in dispute and thus irrelevant and which have to be decided. Schedules may also be used to extract the parties' cases on claims for delay (prolongation) and disruption, but they require special care to be effective. If the tribunal requires or sanctions the preparation of any such schedule, it must always define its status: *e.g.* is it just an aide-memoire, or does it replace or supplement any existing pleading or submission and, if so, what effect does it have on the issues to be determined and the amount of any claim (for example, for the purposes of calculating an advance on costs)?

39. Even if such a schedule is not used at this stage, it may be useful for one to be prepared (by the parties or the tribunal, or both) after the first exchange of evidence or before the hearing takes place, so as to find out what then needs investigating and deciding. It is particularly helpful on matters of valuation and quantification. Much time can be saved if the true gap between the parties can be revealed, without prejudice to the parties' other contentions, *e.g.* that a respondent is not liable.

Tests

40. If a complaint concerns the unsuitability or malfunction of a plant, equipment or work, the tribunal will need to ascertain what tests have already been carried out and whether the results have been agreed or are sufficient for the purposes of the arbitration. It may be necessary to order new tests under conditions that are either agreed to be or are likely to be representative of the conditions of use.¹⁷ Sometimes the parties will have recognized the need for such tests and already have made arrangements. In other cases the parties will look to the tribunal to sanction such tests (so that, for example, a party's wishes can be endorsed by the tribunal or the basis for apportioning costs be fixed pending some further or final determination of liability for them).¹⁸ Although in the majority of cases a tribunal will seek to persuade a party of the value of a test, any such test must be non-destructive, if made without the consent of the party whose property is affected. The tribunal cannot and should

¹⁶ See page 41 below. Such schedules are of course of use in non-construction disputes, too, such as those about computer hardware or software where logs have been kept of faults or crashes.

¹⁷ Cf. Article 23(1), ICC Rules of Arbitration.

¹⁸ The tribunal should be aware of the time required for such tests before requiring or authorizing them.

not order any other tests of its own volition. Tests which the tribunal considers necessary and which are not permitted by the party that owns the property will have to be conducted by or for the tribunal elsewhere (assuming they will still be practicable and of value if carried out off-site), either as part of the tribunal's obligation to ascertain the facts (Article 20(1), ICC Rules of Arbitration) or by an expert appointed by it pursuant to Article 20(4). These recommendations apply whether the tests are carried out by an expert appointed by the tribunal or by a party. It should be noted that once an arbitration has started any test carried out by an independent expert appointed by a party should be carried out jointly with any other expert and under the direction of the tribunal. Similar constraints apply to site inspections.

41. In some instances it can be very helpful to combine joint tests at a plant with a visit by the tribunal, provided that there have been no material alterations since completion and that the operating conditions are representative of those contemplated when the contract was made. Visits can be expensive and difficult to arrange at a time convenient to the parties and their advisers, especially if the tribunal comprises three people. They are nonetheless valuable, as they enable the tribunal to be better informed and to gather evidence, particularly if it observes the tests or receives other evidence, *e.g.* from experts. A tribunal is often helped by being given in advance a non-contentious description of the site, working methods, and any processes involved, which the parties will have agreed as a neutral document. Videos or photographs – even if created for promotional or other historic or extraneous purposes – can also be useful, particularly where they show what can or can no longer be seen. The parties may agree that only one member of the tribunal might visit to obtain evidence but suitable arrangements will need to be made so that the parties are aware of what is reported to the other members. As a general rule, all visits must be justifiable in terms of both their utility and savings in arbitrators' fees and parties' costs.

Programmes and Critical Path Networks

42. Construction disputes often involve claims for delay and disruption that involve large sums of money and require careful handling. It is important that the events which caused such delay and disruption be clearly identified and that those that did not be isolated. Of the methods which can be used to identify such events and their effects, the most important and well known is the Critical Path Network (CPN) technique. CPN is a graphic presentation of the planned sequence of activities in the construction of a project showing their interrelationship and interdependency. It is a computerized project-management tool that enables a decision-maker to modify the sequence of work for the purpose of effective and efficient completion of the project. CPN can incorporate all the resources required – both human and material – to carry out the works as planned. It can also identify the effects of events that occur during construction on the progress of the work and show where any delay or disruption may have occurred and where it could not have occurred.

43. Therefore, in projects where CPN techniques have already been used to manage the construction process and monitor its progress, CPN provides an excellent tool for establishing the causes and effects of delay. This is generally done by comparing the programme as contractually planned with the programme as constructed.¹⁹ Thus a claimant who claims an extension of time beyond the actual date of completion

¹⁹

An as-planned CPN is of very limited value, or no value at all, unless it is compared with an as-constructed CPN.

should be asked at an early stage of the proceedings to specify the method to be adopted to determine the causes of the delay or disruption.

44. Whilst it is for the parties to determine the method that they will use to present their cases, a tribunal would now expect them to use CPN techniques for this purpose if such techniques had been used during the construction. Indeed, there would have to be a good reason *not* to use them. However, CPN analyses can be very expensive, so their use must be confined to situations where the results would be useful and of value. Computer operating software is required and data needs to be entered. Various software packages exist, each with its own characteristics and peculiarities. Use of a CPN method retrospectively in projects where the techniques have not actually been used during the construction process can lead to difficulties. Since the creation of such a CPN has to be based on certain assumptions, relating in particular to the logic of the network, it is particularly difficult and risky to construct a CPN retrospectively. The logic and all other data entered into the CPN software must, of course, be fully disclosed and be open to argument and possible challenge. It quite frequently happens that many of the numerous assumptions that have been made in the construction of such a retrospective network are in the end so controversial that the network cannot be accepted by the tribunal for the purposes for which it was created. Similarly, unless accepted by a respondent, a claimant who based its case on its own programme should be required to justify that its programme would have been achieved, but for the events complained of. The respondent should then be required to explain why the claimant's analysis is incorrect. In this way the points that truly require investigation will emerge. These are not matters to be left to experts, since they define the agenda and create the terms of reference for experts and for evidence. It is important to exclude irrelevancies as early as possible, in order to avoid spending time, money and energy on matters that are of no consequence and sometimes misleading.

Computation of Claims

45. It is also important to discover what needs to be investigated in the computation of a claim. In many cases reasonable pressure on both parties will elicit where there is real disagreement and, more importantly, why it exists. If evidence justifying the amount of a claim has not already been provided in the statement of case (or prior to the proceedings), a claimant ought to be required to produce the primary documents that confirm the amounts claimed, cross-referenced to the statement of case and in a form that will readily enable the respondent to know where the amounts come from and why they were incurred. The respondent will then have no excuse for not stating the reasons why liability does not exist or, if it does, why the amounts claimed are nevertheless not due, *e.g.* because they were not caused by the events, were not incurred, were not reasonably incurred or because the terms of the contract or the provisions of the applicable law preclude their recovery. In each case the reasons should be given.

46. If steps such as these are followed, it ought to be possible to provide the framework for the directions that the tribunal will give and to confine the areas of inquiry to what really matters. It may be added at this point that, whenever appropriate, all applications about procedural matters not involving questions of substance should be made and decided by correspondence or telephone without a hearing.

Practicability of Steps

47. In practice it is not always possible (or desirable) to discuss procedure without knowing how much time will be allowed for each step. Thus it may not be possible to draw up the provisional timetable²⁰ until the steps required have been settled. Many respondents emphasized the need to establish and maintain a strict timetable. Hence, the tribunal should not give directions unless satisfied that they are practicable in terms of time. In complex cases it would be sensible to hold at least one further procedural meeting at which the timetable would be reviewed and difficulties discussed. Sometimes it may be desirable merely to outline a timetable, leaving future steps to be dependent on progress, *e.g.* the report of a tribunal-appointed expert, obtaining documents from a third party, or the result of an award.

48. The tribunal should not be deceived into thinking that a step can be carried out within a certain time provided sufficient resources are found. Throwing people at a task is rarely efficient and is usually unnecessarily costly. In drawing up the timetable the tribunal should always bear in mind that there must be latitude or 'float' in case there is slippage. A step which has to be completed before a holiday period should be timed to be done well in advance. The timetable must permit the parties to consider the possibility of settlement. The arbitration should not be driven at such a pace that there is no breathing space. A tribunal should therefore always ask the parties if, for example, the timetable should allow for discussions, *e.g.* after the exchange of evidence. Time must also be set aside for the tribunal to be able to read all the material before any hearing. If the material is voluminous, the tribunal should ask the parties (1) which parts it is absolutely necessary to read before the hearing, (2) which should preferably be read and (3) which need not be read beforehand. In construction arbitrations, time spent by the tribunal in pre-hearing internal discussions is usually time well spent so the timetable must allow for this, as it must also allow for post-hearing discussions. An arbitrator who allows other engagements to shorten or interrupt pre- or post-hearing discussions does not provide a proper service to the parties or to the other members of the tribunal. Finally, a timetable agreed by the parties and the tribunal is always to be preferred to one imposed on the parties, not least because a party that has agreed a timetable will get scant sympathy from the tribunal if it fails to comply with it for a reason which was or ought to have been known to it.

Splitting a Case

49. Unless the parties agree or there are obvious legal reasons for doing so, decisions about splitting a case into parts should be left until it is clear that it will be sensible and cost-effective to do so. Proper management of many construction disputes requires them to be taken in stages, *e.g.* jurisdictional or quasi-jurisdictional issues, such as the admissibility of claims; pivotal issues of liability; and quantum to the extent that its investigation proves to be needed. However, such management decisions must be intelligent, based on a sound appreciation of the case and be taken at the right time. It might seem attractive to decide whether certain claims are admissible under the contract through alleged want of notice but that course is only worthwhile if a decision unfavourable to the claimant will inevitably dispose of a substantial part of the case. It is not so attractive if the claim resurfaces under an

²⁰

See Article 18(4), ICC Rules of Arbitration.

alternative head and the claimant's losses prove, on analysis, not to be attributable to the claims that have been barred. Similarly, dividing a case into issues of liability followed by issues relating to quantum needs to be carefully considered and defined since in many instances causation could fall into either part. Before a decision is made about splitting a case, the claimant's case on both causation and quantification should be known, so that it is clear how the costs and losses are purported to have arisen. The tribunal should be sure that a decision favourable to the claimant on liability and causation will have significant financial consequences. If it is not sure of this, then it should not split a case, as one of the key reasons for a split is that a partial award is likely to lead to agreement on the remaining issues. Equally, a tribunal must be satisfied that, if a decision were taken to examine the apparent basis in fact or law of a claim and if that basis were rejected, the claimant would not be able to present an alternative fallback case.

50. These factors do not of course apply with the same force to the handling of purely legal issues, where they present no particular problems. Also, it may be desirable for the tribunal to discuss with the parties from a very early stage the possibility of resolving non-essential issues in a relatively informal manner. Indeed, provided that the parties agree,²¹ the tribunal should seize every opportunity to give an indication of its views on minor (and not so minor) matters, for such provisional indications can help the parties to resolve them. This should certainly be done prior to and at the hearing.

Documents

51. In this report documents include information stored electronically. The tribunal will need to ascertain at the outset whether it is practicable to work from printouts or whether it would be better if the material were accessed directly by the tribunal, in which case it will be necessary for the tribunal and every other party to be provided with the necessary software. The tribunal may also have to establish confidentiality protocols limiting access to the parties' legal advisers or experts, especially if the contract works cover operating systems that are patented or otherwise commercially sensitive.²²

52. A striking number of respondents considered that construction arbitrations continue to be blighted by excessive documentation. We would have thought that experienced arbitrators and practitioners now knew how to prevent arbitration proceedings from being swamped by the mass of documents that are inevitably generated by a construction project. Few are still in favour of the wholesale and indiscriminate production of documents by means of the common law process of discovery (whether the English version or the United States version). In any event, such a process as practised in domestic fora must be justified if applied to an international arbitration. Otherwise, it has no place in ICC arbitrations. The tribunal should make it clear at the outset that the documents should be directly relevant to the issues as defined by the tribunal and should be confined to those which a party considers necessary to prove its case (or to dispose of the case of the other party) or which help to make the principal documents comprehensible. To this end we consider that the tribunal should consider directing the parties to state, when producing principal documents (or at least in any pre-hearing submissions), what each is intended to prove, as there was general agreement that the parties should first be

²¹ When in this report we refer to the agreement of the parties, it is of course essential that such agreement should be in writing and signed by the parties or their duly authorized representatives.

²² This problem is of course not confined to construction arbitrations.

required to ensure that they have produced all the documents which are needed for proving the points at issue. Another helpful method is to create separate files (hard or electronic) or bundles of documents for each main issue. These can be added to as the case proceeds. If the document is long or may be used for more than one purpose, then the relevant part(s) should be highlighted. If they have been identified in the ways suggested above they should be relatively limited in extent. The tribunal may also consider requiring each party to notify the other if it does not agree that a document provides the necessary proof, so that alternative means of proof can be found, if necessary. The procedure described above precludes a party from relying on other documents, *e.g.* for the purposes of confronting or challenging a witness or other evidence.

53. Some of the suggestions for keeping documents under control could be tantamount to an admission of defeat, *e.g.* computerized document management allowing direct access to quantities of documents that would ordinarily be too voluminous to handle. We doubt if such arrangements would avoid the vice of many construction arbitrations, namely that of not deciding which documents are really relevant and necessary (as opposed to those which might possibly be needed). On the other hand, scanning selected documents so that they can be viewed in their original form can be justified in some instances. It is now possible to load on a CD-ROM material such as pleadings, submissions, witness statements and reports from experts, plus extracts from some of the primary documentation. The tribunal should inquire whether, for example, the contract documents and correspondence are still in files or documents which can be transferred or copied (albeit with some loss of data) to the CD-ROM. Where such measures are not implemented and photocopies are used, we consider that, consistent with an expectation that documents will be kept under control, the tribunal should in any event direct the parties from the very outset to organize the documents so as to avoid duplication and to allow them to be accessed easily, *e.g.* through the compilation of working files with a common numbering system. Such a procedural direction will need to be clear and precise since this useful practice is not yet widely recognized. For example, whether photocopied or on disk, inter-party correspondence (including instructions, requests for instructions and the like), the agreed records of meetings, programmes, agreed summaries of measurements, agreed summaries of valuations, drawings, details and other technical documents ought to be contained in separate indexed files with the pages individually numbered so that additions can be made simply.²³

54. The tribunal is entitled to call for further documents at any time, in order to fulfil its duty to ascertain the facts. The parties will obviously be given copies and the opportunity to respond. The procedural rules ought also to allow a party to request additional documents from another party and, if not provided, to seek an order from the tribunal, at which stage the legitimacy or reasonableness of the request and the refusal will be decided. Most parties comply with an order if it is made clear that the sanction for failing to do so is the risk of an adverse inference being drawn.²⁴ The tribunal should be aware, however, that its requests for documents may sometimes convey the impression that it is inclined towards the party that may benefit from its seeing the documents, especially if its order directly or indirectly supports a prior request by that party.²⁵ The tribunal may need to make it clear that it remains completely impartial and that it is simply discharging its duty under Article 20(1) of the ICC Rules of Arbitration.

²³ A full set of contractual documents should have been produced before the terms of reference were signed.

²⁴ The tribunal is not bound to draw adverse conclusions, however.

²⁵ The same sensitivity can also arise in relation to tests, inspections, visits and other procedures for gathering evidence.

55. The tribunal must also provide guidelines for the hearing. If a CD-ROM is used or common working files have been created, as described above, there should be no need to isolate ‘core’ documents. The primary letters and instructions central to the issues of liability and causation as well as other key documents, such as programmes, will already be accessible to all. The tribunal should fix a cut-off date by which no further documents may be produced by any party, unless required by the tribunal, or permitted by it in exceptional circumstances following a reasoned justification for late submission, as when a party discovers a material document which the other party has been withholding.

Witnesses

56. The law governing the proceedings or the wishes of the parties may have an impact on the taking of oral evidence. For example, the laws of many Arab countries forbid recourse to documents in support of oral testimony. Subject to these important factors, evidence which is not contained in a document but which is necessary to prove or disprove a point at issue must normally be presented through a written statement from the witness, in that witness’s own words (unless the witness is incapable of this), verified and signed by that witness. If the evidence is not in the language of the arbitration, an accredited translation must be provided. If the statement deals with technical or legal matters, the tribunal should ensure that the translator is both qualified and familiar with the subject matter; otherwise the translation may be not only useless but, even worse, misleading. If it is not possible to tender a written statement, then the permission of the tribunal will be needed before evidence is heard from that person. Since it is desirable that the whole of a witness’s evidence should be in writing and since evidence tendered by one party may cause another party to reconsider its proposed evidence and to submit additional evidence, perhaps from a person who has not already provided a statement, it is usually sensible to allow for supplementary or additional statements of evidence of fact²⁶ to be submitted within a brief period following the principal statements, so that all the evidence is in writing. All witness statements should be provided in good time before the preparation of any pre-hearing submissions.

57. A witness will be heard only if required by a party or by the tribunal to attend for questioning. The tribunal may however ask a party to state why a witness is required and to specify the areas in which questioning is to be conducted so as to ensure its relevance and necessity. The tribunal may impose reasonable limits on the time available to a party for the questioning of witnesses.

Experts

58. First, the tribunal may decide to appoint its own expert to assess technical points and to guide it in its own investigations. Article 20(4) of the ICC Rules of Arbitration deals with the appointment of such experts. Where one or more members of the tribunal have been nominated or appointed for their expertise, there should normally be no need for the tribunal to duplicate that expertise by appointing its own expert in the same field. However, construction disputes often raise a wide variety of technical issues, some of which may be highly specialized and lie beyond the competence of an ordinary expert and others may necessitate a decision between

two different schools of thought, towards one of which a tribunal member may have a leaning, as a result of training or experience. It is therefore important that, before the tribunal uses the expertise of one of its members, the other members are satisfied not only that any expert member is truly independent and free from any apparent or unconscious bias, but also that the issues are likely to be within his or her competence.²⁷ A tribunal should guard against giving an arbitrator with special qualifications undue influence in any discussions between its members. However, such an arbitrator is likely to be of considerable value in helping the tribunal to understand the points at issue and to communicate with the parties and experts. The parties may expect that in such situations the tribunal will appoint an expert to advise it, especially if the parties (in their written submissions or through reports from their own experts) have not provided adequate technical information. The appointment of its own expert by the tribunal may also be expected and justified where the assessment of part of the case might take a considerable time, *e.g.* the examination of a complex network analysis. Where therefore the appropriate expertise is available within the tribunal, a decision not to appoint its own expert should normally be discussed with the parties since, for example, it might be thought that a member of the arbitral tribunal nominated by one of the parties ought not to supplant a tribunal-appointed expert, although in principle no difficulties should arise if that member were truly independent.²⁸ He or she would then be able to assist the other members of the tribunal in understanding the technical aspects of the case and in drafting the relevant parts of the award. However, as we have pointed out, precautions must be taken to see that the technical knowledge and views of one of the arbitrators that may influence the tribunal have been communicated to the parties so that they have a proper opportunity of dealing with them by submissions or evidence.

59. Secondly, in construction arbitrations there can be confusion about whether or not expertise is required so it is always prudent to clarify the position. One party might assume that expert evidence will be required to deal with a matter which another would regard as requiring proof from documents or a witness. It is also sometimes assumed that the tribunal will appoint an expert and that a party will be called upon to produce an expert only if dissatisfied with the tribunal's report or if further proof is required. The tribunal should therefore always consult the parties at the first procedural meeting to find out whether they are both intent on tendering evidence from experts and why such expertise is required. For instance, it may be that the experts are being used as advocates and that proof should be provided in another way. In a case where the opinions of experts are important and any differences are not attributable to different perceptions of the facts, the tribunal's own expert may only be needed once the points of disagreement between the parties or their experts have been clearly identified. In such circumstances the tribunal should appoint its own expert only if necessary since the costs of this expert have to be borne by the parties. There may however be cases where the parties will be saved considerable time and expense if the tribunal appoints its own expert, as the expert's opinion might render unnecessary any further expertise or identify points upon which evidence or reports from witnesses or experts may be required.²⁹ Any report or other communication with such an expert must of course also be transmitted to the parties at the same time as it is sent to the tribunal. As to timing, the tribunal ought normally to decide whether it will appoint its own expert before it issues the provisional timetable under Article 18(4), since the timetable will be affected by the work of the expert. If the tribunal is unable to decide at that stage, it will no doubt

27

A similar requirement would be made of a member of an arbitral tribunal to be relied upon as a lawyer. Such person would need to be competent in the legal field in question.

28

As required by the declaration which all nominated arbitrators have to file, in accordance with Article 7(2), ICC Rules of Arbitration.

29

There can be no guarantee of cost savings, however. A party may call for an expert to assess the opinion of the tribunal's expert or be simply determined to exercise its right to present its own expert evidence.

inform the parties at the procedural meeting, before establishing the provisional timetable, so that they can take account of the possibility that an expert may yet be appointed by the tribunal.

60. Thirdly, it is now common in international construction arbitrations for parties to use consultants³⁰ from a very early stage in the preparation of claims. Such consultants often provide expert knowledge in certain aspects of the dispute, such as programming, quantification or special areas of engineering. Sometimes they also appear as the parties' experts, providing reports and giving evidence at the hearing. They should be distinguished from experts unconnected with the parties, such as specialists renowned for their expertise in a specific area, although the dividing line is not always clear. The tribunal will need to bear this distinction in mind when assessing the weight of the opinions presented to it. For example, it will wish to be sure that all information which a consultant expert of the former kind obtains from a party and which is at all relevant to the evidence or any opinion has been fully communicated to and is known to the other party or parties and to the tribunal. The proximity of such an expert to a party may be significant.

61. Fourthly, if the parties wish to present evidence from experts, then the matter must be discussed with the tribunal, which must check the scope of the evidence so as to ensure that it is confined to the issues and does not deal with matters capable of being proved in other ways. A solution would be for the tribunal to draw up the terms of reference of the experts (on the basis of the issues known to it) or to request the parties to agree a statement of the issues and facts (both agreed and assumed, *e.g.* as set out in the witness statements) upon which expert evidence is required. Failing this, the experts should provide the tribunal with the terms of reference or instructions they have received from their clients (subject to privilege), so as to enable it to check that clear directions and explanations have been given, in order to obtain a reliable opinion. It is desirable that independent experts – whether acting as expert witnesses or as technical consultants – should discuss their views with each other before preparing their reports, as they should eventually agree about most things if truly independent. This they could do at a meeting possibly chaired by the tribunal or, if the parties agree, a designated member of the tribunal. If no discussions are held before the reports are presented, they should certainly be held afterwards. Again, the tribunal may perform a valuable role in determining to what extent the reports converge. It may not always be necessary for the parties to be represented at such a meeting,³¹ and there is normally no reason why any discussion between the experts themselves need be attended by anyone else. The tribunal must ensure that it is clear whether or not agreements between the experts bind the parties. If the tribunal were to chair discussions between the experts, it could be difficult for a party to question such an agreement. In any event, the reports must be confined to what is not agreed. Too many reports are burdened with what is already known and accepted and do not concentrate on the reasons for differing opinions. Reports should be exchanged and, if necessary, supplementary reports drafted.

Hearing

62. Here, the responses we received showed interesting differences. There was general agreement that the tribunal should decide as early as possible in which order the main issues should be heard and whether certain issues should be decided in a

³⁰

E.g. quantity surveyors, claims consultants, etc.

³¹

The parties are of course however entitled to be represented at any meeting with the tribunal if they so wish.

partial award before other issues are heard. It was suggested that the tribunal should persuade the parties to agree that some issues be decided on the basis of written submissions and evidence only. Whilst the tribunal may suggest such a course, we believe however that the parties should be free to decline. The tribunal is not always best placed to see that some issues have to be the subject of a hearing. In all events, the tribunal should inform the parties if it thinks that a witness or an expert need not attend the hearing to be questioned. It should also require the parties to state whether any witness or expert put forward by the other party is not required (in which case the evidence will be accepted subject to a decision as to its value) and to inform the tribunal why a person is required for questioning and the topics to be covered by such questioning.³²

63. We have already covered many steps that will be taken before the hearing. There is general agreement, first, that all submissions prior to the commencement of a hearing should be in writing and, second, that either minimal time should be allowed at the hearing for opening statements or that there should be no opening statements at all. The latter course should however be taken only if the parties agree, as many clients wish to hear their case presented. If little or no time is given to opening statements at the outset then, unless the parties agree, sufficient time must be found for statements before the hearing closes, otherwise the parties might be deprived of the hearing to which they are entitled under Article 20(2) of the Rules of Arbitration. In common with general practice in international arbitration, written submissions should be full but concise, and they should be delivered at the earliest possible occasion. They should be numbered or arranged to match the submissions of the other party. Much antipathy was shown to the common law practice of not presenting the best case in the best possible way and relying on oral submissions, accompanied by supporting notes. This practice is particularly to be avoided where members of the tribunal or the legal or other key representatives of the parties require time to adapt to the language of the arbitration. They need to have written submissions in advance in order to read them carefully at their own pace. In addition, using written material wherever practicable reduces the time required at a hearing or meeting.

64. There was also general agreement that either the tribunal should require the parties to decide how the time available within the period of the hearing should be allocated (in which case the parties will then be held to their decision), or the tribunal should itself decide and adhere to a strict timetable (although not of course if to do so would be unjust – the tribunal must always be ready to be flexible). The tribunal must treat each party fairly, but that does not mean equality in terms of witness time, as opposed to the time for statements or submissions. Although it is commonly suggested that the hearing time should be divided equally between the parties, we do not consider this to be necessarily appropriate in construction disputes. For example, if a claim is solely about whether a contractor was delayed, then the evidence in support of that claim is likely to require more investigation than the employer's evidence which may well be quite limited.

65. Prior to the hearing the parties should be required to agree which documents will be needed at the hearing. If not already conveniently available, they should be put on CD-ROM or assembled in the form of files.³³ Pre-hearing submissions, witness statements and any reports from experts should be cross-referenced to the documents.

³²
Such questioning may be conducted by a party directly or through the tribunal.

³³
See paragraph 53 above.

66. There was much support for the view that factual witnesses should be heard before the experts formally present their reports and are questioned on them, since the questioning of a factual witness may lead an expert to a better understanding and to the modification or withdrawal of an opinion or provisional conclusion. It was also thought that, where the parties are to tender experts or witnesses on the same topic, they should be questioned together so as to clear up misunderstandings that may have arisen between them. As we have already observed, such time can be minimized if the experts contact each other well before the hearing to resolve discrepancies. As regards witnesses of fact, it may be expected that, as part of the continuing dialogue with the parties, the tribunal will study the statements as they are filed and raise discrepancies with the parties so as to clear them up before the final experts' reports and written submissions are presented prior to the hearing. On the other hand, it may sometimes be desirable for the tribunal-appointed expert to present his or her report and to be questioned on it before any other evidence is heard, even though this may give the impression that the conclusions of that expert will be accepted by the tribunal unless discounted. The tribunal must obviously ensure that the decisions that it takes are its own and not those of any expert appointed by it.

67. The time available at a hearing need not be used for closing submissions as they are frequently best presented in writing within a short period after the conclusion of the hearing. However the tribunal should always allow itself time to raise questions and, unless otherwise agreed by the parties, give the parties an opportunity to address it on points which need then to be emphasized. As an alternative, it may occasionally be helpful to the tribunal for a short hearing to be held after the closing submissions, for the purpose of obtaining clarifications. The deadline for the delivery of closing written submissions should preferably be set by the tribunal well before the hearing (*e.g.* in the provisional timetable) and certainly in good time prior to its conclusion, so that the hearing is conducted on that basis and the parties can make the necessary arrangements. No further submissions will be considered once the deadline has passed. When declaring the proceedings closed, pursuant to Article 22 of the Rules of Arbitration, the tribunal should make it quite clear that no new facts or opinions will be admitted thereafter, unless specifically requested by it. There is a tendency for parties to try to repair gaps in their cases by submitting new documents, statements and reports, on the pretext that their action was 'authorized' by the tribunal (as provided by Article 22). If this occurs, the tribunal should immediately send such submissions back to the parties.

Summary of Main Recommendations and Suggestions³⁴

Composition of Tribunal

1. The tribunal should comprise people with proven experience in seeing how an international arbitration about a construction dispute is carried through from start to finish. [18]
2. Sole arbitrators or chairmen should know how to write awards and should be able to construct an effective management framework for the arbitration. [17-18]
3. Some familiarity with computers is a distinct advantage, if not a necessity, and basic word-processing skills are now virtually indispensable. [15-16]
4. At the tender stage of projects whose value is not more than, say, 20 million US dollars,³⁵ the parties should consider whether their interests would be best served by the appointment of a sole arbitrator. They should also consider appointing a sole arbitrator if the value of the claim is not large. [19]

Steps Available prior to Terms of Reference

5. The tribunal should obtain a chronology of events from each party, especially if there are claims for delay or disruption. On the basis of the material provided by the parties, it should itself prepare a composite chronology which it should send to the parties. Any discrepancies should be taken up with them. The tribunal should thereafter maintain the chronology, amending it as the case develops, circulating revisions, and asking the parties to resolve any gaps in it. [21]
6. The tribunal should not hesitate to seek information to enable it to create organizational charts, layouts and glossaries, or to obtain other clarification for the purpose of defining a claim or an issue. [22]
7. Amplification of submissions may be needed where, for example, a party has not anticipated a point raised by the other party or which the tribunal sees as likely to arise, concerning for example:
 - 7.1 the jurisdiction of the tribunal, *e.g.* the identification of a contracting party;
 - 7.2 whether or not notice of intention to claim has been given, if required by the contract;
 - 7.3 whether or not a claim or defence is barred in law, *e.g.* by prescription or limitation;
 - 7.4 whether or not a claim has been referred to, considered or decided by an engineer, DAB or DRB, or whether notice of dissatisfaction has been given (*e.g.* under the FIDIC conditions);
 - 7.5 the amount of the claim, where unclear.

³⁴ Cross-references are given to the principal paragraphs of the report.

³⁵ Approximately 23 million euros.

However, a tribunal is under no obligation to seek clarification for the purpose of drawing up the terms of reference. There may in some cases be points which should be left until later. In particular, a tribunal should be wary of asking a party to clarify the legal basis of a claim or defence, as this may be a matter for the tribunal to determine or for the other party to refute. [22-23]

Terms of Reference

8. A list of issues will be needed in all but the simplest cases, not least because without such a list it will be impossible to decide on the future course of the arbitration. [26]

9. To define issues in broad terms may help neither the parties nor the tribunal in construction arbitrations, where clear guidance is needed on the issues for which proof or argument is required. Extracting those issues at an early stage is the primary task of the tribunal. For these reasons it is sensible for the tribunal to invite each party to set out its own list of issues before drafting the terms of reference. A very lengthy list would be counterproductive however, so a working summary should be set out in the terms of reference and refined at the subsequent procedural or organizational meeting. That list should be revised and reissued by the tribunal in consultation with the parties as the case proceeds, *e.g.* at any further procedural meeting. [26-27, 33]

10. Unless the parties have already agreed on specific procedural rules, no attempt should be made to do more than describe the rules in the usual general terms. They should be left to be worked out at the procedural meeting. [28, 32]

Hearing Date and Timetable

11. The tribunal should inform the parties of the likely hearing date when the draft terms of reference are circulated, so as to facilitate agreement on the date proposed. If a series of hearings are planned, the likely date of the opening hearing should be proposed. [30]

12. If a date cannot be agreed and has to be decided by the tribunal, then it should be the earliest date practicable for the parties. Although in most typical construction arbitrations it may well be difficult or impossible to devise a timetable that meets the six-month time limit set in Article 24(1) of the ICC Rules of Arbitration, that period should not be ignored. Where contractual dispute resolution mechanisms have already come into play and settlement discussions taken place, the points at issue may have been refined, leaving the award as the sole remaining matter. In such instances, unless the dispute is of above-average complexity or requires more than one award, the likelihood of abiding by the six-month time limit will be greater. In settling a date (and also the procedure), the tribunal should take into account the financial position of each party (or those financially supporting it), insofar as this is known or can be inferred, and the resources likely to be available to it. [30-31]

13. When scheduling dates, whether for the hearing or any other part of the provisional timetable, the tribunal should ensure that the parties have opportunities

to take stock and negotiate and that there is leeway in case of slippage. [31, 47, 48]

14. Time must also be set aside for the tribunal to be able to read all relevant material before the hearing (or any subsequent procedural meeting). [48]

Splitting the Case

15. Decisions about splitting a case into parts should be left until it is clear that it will be sensible and cost-effective to do so. [49]

16. Before a decision is made about splitting a case, the claimant's case on both causation and quantification should be known, so that it is clear how the costs and losses are said to have arisen. The tribunal should be sure that a decision favourable to the claimant on liability and causation will have significant financial consequences. If it is not, then it should not split a case, as one of the key reasons for a split is that a partial award is likely to lead to agreement on the remaining issues. Equally, a tribunal must be satisfied that, if a decision were taken to examine the apparent basis of a claim in fact or law and if that basis were rejected, the claimant would not be able to present an alternative fallback case. [49, 50]

Procedure after the Terms of Reference

17. The meeting at which the terms of reference are drawn up and signed should not be combined with the first procedural meeting, since discussions about procedure and in particular the timetable can impede the establishment of the terms of reference. It is recommended however that the first procedural meeting take place on the same occasion and follow immediately afterwards. [28-29]

18. In complex cases it will be sensible to hold at least one further procedural meeting at which the timetable will be reviewed and difficulties discussed and the list of issues reconsidered. [33, 47]

19. In cases where there have already been prior discussions, serious consideration should be given to proceeding directly to proof by requiring the parties to present submissions accompanied by the evidence that each considers necessary to establish its case in the light of what is then known about the opposing case. Evidence may be both documentary and in the form of attested statements from witnesses. Unless the arbitration is 'fast-track', these submissions should not be submitted simultaneously but consecutively, with the claimant presenting its case first so that the respondent can reply to it. The tribunal will therefore need to fix a timetable, and possibly allow the parties to submit further submissions or evidence either of their own volition or in response to the tribunal's requests or directions. Once this stage is complete the tribunal will be better able to draw up a list of the issues as they appear to it and to guide the parties as to what is then required. [34, 35]

Further Working Documents and Schedules

20. Some specialists favour the creation of a working document briefly recording the essential elements of each party's case, established from exchanges between

them. These ‘schedules’ are best used for typical claims for changes, for disputes about the value of work and for claims for work done improperly or not at all. They have the advantage of being able to be created by computer and conveyed on disk or by e-mail, which makes for ease of handling. If fully and properly completed, schedules identify points that are not in dispute or irrelevant and thus expose those that have to be decided. Schedules may also be used to extract the parties’ cases on claims for delay (prolongation) and disruption, but they require special care to be effective. Schedules are of particular value where claims are of a ‘global’ nature. [36-38]

21. Even if not immediately used, it may be helpful for a schedule to be prepared (by the parties or the tribunal, or both) after the first submission of evidence or before the hearing takes place, so as to identify what then needs investigation and decision. [39]

Tests

22. Where a complaint is about the unsuitability or malfunction of a plant, equipment or work, the tribunal will need to ascertain what tests have already been carried out and whether the results are agreed or sufficient for the purposes of the arbitration. [40]

23. The tribunal should sanction tests that have not already been carried out, but must be sure of the time needed for them. Although in most cases a tribunal will seek to persuade a party of the value of a test, any test required by it must be non-destructive if made without the consent of the party whose property is affected. The tribunal cannot and should not order any other tests of its own volition. Tests which the tribunal considers necessary and which are not permitted by the party that owns the property will have to be conducted by or for the tribunal elsewhere (assuming they will still be practicable and of value if carried out off-site), either as part of the tribunal’s obligation to ascertain the facts (Article 20(1), ICC Rules of Arbitration) or by an expert appointed by it pursuant to Article 20(4). These recommendations apply whether the tests are carried out by an expert appointed by the tribunal or by a party. Once an arbitration has started, tests performed by an independent expert appointed by a party should be carried out jointly with any other expert and under the tribunal’s direction. Similar constraints apply to site inspections. [40]

Visits

24. It can be very helpful to combine joint tests with a visit to the plant by the tribunal, provided there have been no material alterations since completion and that the operating conditions are representative of those contemplated when the contract was made. [41]

25. Visits can be expensive and difficult to arrange at a time convenient to the parties or their representatives, especially if the tribunal comprises three people. All visits, like tests, must be able to be justified by their benefits and cost-savings. [41]

Programmes and Critical Path Networks

26. Claims for delay and disruption require careful handling. It is important that the causative events are clearly identified and that any events which did not delay progress are isolated. The use of Critical Path Network (CPN) techniques generally facilitates this process and should be required by the tribunal provided they have already been used in the management of the project. To construct a CPN retrospectively, if it has not been used previously in the project, is an expensive exercise and can produce unhelpful or misleading results. Care must therefore be taken and the processes must be fully transparent. The parties and the tribunal must be informed of the logic at the basis of the CPN, the assumptions made and the data entered. A further requirement is that they all have access to the software used for the preparation of the CPN and its application. [42-44]

Computation and Quantification of Claims

27. If no evidence has already been provided in the statement of case (or prior to the proceedings) to justify the amount of a claim, a claimant ought to be required to produce the primary documents in support of the amounts claimed, cross-referenced to the statement of case, and in a form that will readily enable the respondent to know where the amounts come from and why they were incurred. The respondent will then have no excuse for not stating the reasons why liability does not exist or, if it does, why the amounts claimed are nevertheless not due, *e.g.* because they were not caused by the events, were not incurred or not reasonably incurred. In each case reasons should be given. [45]

Documents and Document Control

28. The common law process of discovery as practised in domestic fora has to be justified if it is to apply to an international arbitration. Otherwise it has no place in ICC arbitrations. [52]

29. Documents produced by a party should be directly relevant to the issues as defined by the tribunal and should be confined to those which a party considers necessary to prove its case or dispose of that of the other party, or which help to make the principal documents comprehensible. [52]

30. When producing a document (and if not then, certainly in any pre-hearing submissions), the parties should be instructed to state what it is intended to prove, given the general agreement that the parties are first required to produce all the documents needed to prove the points at issue. [52]

31. The tribunal may obviously call for further documents at any time in order to fulfil its duty to ascertain the facts. The procedural rules ought also to allow a party to request additional documents from another party and, if these are not provided, to seek an order from the tribunal, which will consider the legitimacy or reasonableness of the request and the refusal. [54]

32. The tribunal should set a deadline after which no further documents may be produced by any party, unless required by the tribunal, or permitted by it in exceptional circumstances following a reasoned justification for late submission. [55]

Document Management

33. Material such as pleadings, submissions, extracts from the key primary documentation, witness statements and reports from experts should be loaded on a CD-ROM. [16, 53-55, 65]

34. The tribunal should in any event require the parties to organize documents so as to avoid duplication and to facilitate access to them. Such a procedural direction will need to be clear and precise as this useful practice is not yet widely recognized. For example, whether photocopied or on disk, inter-party correspondence (including instructions, requests for instructions and the like), the agreed records of meetings, programmes, agreed summaries of measurements, agreed summaries of valuations, drawings and other technical documents ought to be contained in separate indexed files with the pages individually numbered so that additions can be made simply. [53-55]

Witnesses

35. Subject to legal requirements and the wishes of the parties, evidence that is not contained in a document and which is necessary in order to prove or disprove a point at issue must be presented by means of a written statement from the witness, in that witness's own words (unless the witness is incapable of this), verified and signed by that witness. An accredited translation must be provided if the evidence is not in the language of the arbitration. [56]

36. It is usually sensible to allow for supplementary or additional statements of evidence to be exchanged shortly after the principal statements, in light of evidence intended to be given, so that all the evidence is in writing. [56]

37. All witness statements should be exchanged in good time before the preparation of any pre-hearing submissions. [56]

Experts

38. Where one or more members of the tribunal have been nominated or appointed for their expertise, there should normally be no need for the tribunal to duplicate that expertise by appointing its own expert, unless the assessment of part of the case might take a considerable time. Given the important implications such a decision is likely to have, it should normally be discussed with the parties. [15, 58]

39. It is always prudent to clarify whether or not expertise is required, why it is required, by whom it will be provided and when. [59]

40. The tribunal should appoint its own expert only if there is a real need for one, as the costs of such an expert are borne by the parties. In many cases, however, it will be cost-effective to do so, for the opinion of that expert might render unnecessary any

further expertise or may identify the points upon which evidence or reports from witnesses or other experts may be required. [59]

41. The tribunal ought to decide whether it will appoint its own expert before it issues the provisional timetable under Article 18(4) of the ICC Rules of Arbitration, since the timetable will be affected by the work of the expert. [59]

42. The tribunal may need to differentiate between truly independent experts and consultants retained by the parties to assist in the preparation of their claims. Such consultants may produce reports and give evidence in the arbitration, so the tribunal will need to make sure that any information they obtain from a party and use in their evidence and opinions has been communicated to the other party and to the tribunal. [60]

43. The tribunal ought either to draw up the terms of reference of the parties' experts (on the basis of the issues known to it) or require the parties to agree a statement of the issues and facts (both agreed and assumed, *e.g.* as set out in the witness statements) upon which expert evidence is required. If the tribunal does not take this course, it should be provided with the terms of reference or instructions the experts have received from their clients (subject to privilege), so as to check they have been given proper directions and explanations and that their opinions will be reliable. [61]

44. If the experts are independent of the parties, they should ideally discuss their views with each other before preparing their reports, as most independent experts eventually see eye to eye. This could be done at a meeting possibly chaired by the tribunal or, if the parties agree, a designated member. [61]

45. It must be made clear whether or not agreements between experts bind the parties. If the tribunal were to chair discussions between experts, it might be difficult for a party to question any such agreements. Reports must be confined to questions or issues on which there is a lack of agreement. [61]

General

46. Whenever appropriate, all applications about procedural matters which do not raise questions of substance should be made and decided by correspondence or telephone without a hearing. [46]

47. A party's submissions should be numbered or arranged so as to match those of the other party. [34, 63]

48. All submissions prior to a hearing should be in writing. [62-63]

49. All submissions should be full but concise, and should be delivered at the earliest possible opportunity. [63]

Hearing

50. The tribunal should either require the parties to decide how the time available during the hearing should be allocated (in which case the parties will be held to their

decision), or the tribunal should itself draw up and abide by a strict timetable, unless to do so would be unjust. Each party must be treated fairly, but this does not mean that the tribunal necessarily has to accord them equal witness time, as it is required to do for statements or submissions. [64]

51. Prior to the hearing the parties should be required to agree which documents will be needed at the hearing and which (if not already conveniently available) should be put on CD-ROM or assembled in the form of files. Pre-hearing submissions, witness statements and any reports from experts should be cross-referenced to the documents. [65]

52. Either minimal time should be allowed at the hearing for oral opening statements, or no opening statements should be made at all. [63]

53. Factual witnesses should be heard before the experts' reports are considered, since the questioning of a factual witness may require an expert to modify or withdraw an opinion or provisional conclusion. [66]

54. Time available at a hearing need not be used for closing submissions, which are often best presented in writing shortly after the conclusion of the hearing. The time within which written closing submissions are to be delivered should be set by the tribunal well before the hearing (*e.g.* in the provisional timetable) and certainly in good time prior to its conclusion. No further submissions will be considered once the time limit has expired. [67]

55. The tribunal should make it clear that no new facts or opinions will be admitted after the hearing has taken place, unless specifically requested by it. [67]

EXTRACTS FROM TYPICAL SCHEDULES

I: SCHEDULE FOR ADDITIONAL WORK AND DISPUTED VALUATION

(1) Item no.	(2) The items of extra work claimed	(3) Claimant's case: by whom ordered and when	(4) Claimant's valuation	(5) Respondent's case	(6) Price, if any, admitted by respondent.	(7) For use by arbitral tribunal
	<p>On excavating the foundation trenches it was necessary to go below the depth on the drawings by 0.75 m over a length of 400 m between marker posts 4 and 5.</p>	<p>No specific order, except that on several occasions on ... and ... the claimant was directed by the engineer's representative to 'go deeper'. The claimant is entitled to have the work measured and valued. However, the measurements were agreed at the time with the engineer's representative and included in the claimant's monthly statements. The claimant also wrote to the engineer on ... and received no rejection of the statement submitted following completion of the works.</p>	<p>0.75 x 400 @ \$50 (contractual rate at item 5/A/7 of Bill of Quantities) = \$1,500</p>	<p>The item is not an extra; the claimant was obliged to include excavation to any depth in its rates and was merely instructed as to what it had to do. The measurements were made for record purposes only; the statements were interim; neither the engineer nor the respondent is bound to certify or to pay for the work, which is in any event wrongly claimed.</p>	<p>Nil. (In any event, the length was 300 m and the rate should be \$30 - see item 5/A/8 of the Bill.)</p>	

II: COUNTERCLAIM FOR DEFECTIVE WORK

Ref. no.	Item of work	Respondent's case			Claimant's case			Arbitral tribunal
		Alleged defect	Remedial work	Amount claimed	Liability	Remedial Work	Amount	
(1) 1.	(2) The joints between the pipes from marker 5.5 km to marker 6.5 km leak.	(3) The welds do not conform to DIN 00000 as required by clause XXX of the specification.	(4) The pipes will have to be removed and replaced with new materials as repairs cannot be carried out on-site.	(5) \$112,500. Each 20 m length costs \$500; plant and labour costs estimated at 200% and costs of supervision etc. at a further 50%.	(6) Denied. The pipes were installed five years ago. It is admitted that they fractured when the respondent re-laid them two years ago. The length of the pipes was 1.0 m ... so DIN 00000 did not apply; the pipes conformed to DIN 010101. By instruction of ..., the engineer authorized the supply of such pipes and thereby approved conformity of welds to DIN 010101.	(7) Denied. It is not necessary to replace the pipes. If necessary, the joints can be remade on the spot.	(8) Denied. Remaking would cost approx. \$250 per weld (= \$12,500). Apart from the cost of the pipes, the claimant does not accept that the cost of the work proposed by the respondent is reasonable, and requires proof that the percentages of 200% and 50% represent the actual cost to the respondent: it should be reduced by 50% as the respondent will be replacing old pipes.	(9)

**¿La Confidencialidad es Realmente una
Característica del Arbitraje?**

Adrián Ortega Navarrete
Asociado
González Calvillo, S.C.

I.- Introducción

Cuando se habla de los beneficios que ofrece el arbitraje frente a los procedimientos judiciales, se menciona a la confidencialidad, la celeridad, su flexibilidad, etc¹. Incluso, autores como Fouchard Gaillard mencionan que es innegable que el arbitraje es confidencial².

Sin embargo ¿La confidencialidad es realmente una característica del arbitraje? ¿Si la confidencialidad existe hay excepciones a ella? ¿Cuál es la finalidad de la confidencialidad? Ésta y otras preguntas más, son algunos de los temas que pretenden ser analizados en este artículo.

Un gran número de libros y artículos sobre arbitraje, si no es que la totalidad de ellos, usan al menos un caso de arbitraje para ejemplificar el tema que tratan (en el que se puede incluir o no la identidad de las partes, institución administradora, **recursos interpuestos**, etc.). Es cierto también, que gran parte de los casos que llegan a ser públicos es cuando llegan a manos de un Tribunal o una Corte judicial. De hecho, un número importante de autores señalan que la presunta confidencialidad que existe en el arbitraje deja de existir cuando intervienen los Tribunales de un Estado³.

El arbitraje, al igual que el resto de las áreas del derecho, está llamado a ser una verdadera fuente que permita, con su experiencia y actividad, contribuir a un mejor desarrollo de las relaciones personales y comerciales. Obviamente, que esto no sería posible, si los laudos arbitrales permanecieran confidenciales perpetuamente sin que fuera posible para el resto de los que participamos en esta área conocer el análisis y los resultados que otros expertos han hecho. "La confidencialidad es frecuentemente considerada como una ventaja del arbitraje comercial internacional. A diferencia de lo que sucede con las decisiones de los tribunales que se encuentran dentro del dominio público y generalmente son **publicadas y son usadas como precedentes**, los procedimientos arbitrales permanecen como confidenciales. La regla es que ninguna publicación tendrá lugar si una de las partes manifiesta su inconformidad. Sin embargo, la publicación de laudos sirve para diversas finalidades: los laudos arbitrales que son publicados pueden ser usados como precedentes y contribuyen directa o indirectamente al desarrollo del arbitraje"⁴. El árbitro es un ser humano cualquiera, y por ello, tiende a cometer errores, mismos errores que en otras ramas del derecho se buscan evitar por medio de la publicación de sentencias o precedentes.

Los laudos que se han hecho públicos, son los precedentes que han permitido desarrollar algunos de los principios que rigen al arbitraje, tales como la libertad que tiene cada Estado para determinar qué disputas se consideran como comerciales⁵, privacidad y confidencialidad en el procedimiento, especialidad⁶ de los árbitros y de

¹ Véanse el caso de Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. donde la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos señaló que el arbitraje tiene como algunas de sus características a la flexibilidad y la celeridad.

² Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, E. Gaillard and J. Savage (eds.)(1999), pp. 1

³ Véase "Fast-Track Arbitration and Fast-Track Your Arbitration", Benjamin Davis, Journal of International Arbitration, Vol. 9 No. 4 (1992), p. 47, "Judicial Supervision of Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1996" Okezie Chukwumerije, Arbitration International, Vol. 15 No. 2 (1999), pp. 182-183 y el caso de *Kyocera v. Prudential Bache Trade Services*, donde se señala que "Una revisión judicial amplia de las decisiones arbitrales puede poner en peligro los beneficios que ofrece el arbitraje, ("Broad judicial review of arbitration decisions could well jeopardize the very benefits of arbitration, rendering informal arbitration merely a prelude to a more cumbersome and time-consuming judicial review process")

⁴ Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, "Comparative International Commercial Arbitration", (2003) "Confidentiality is often considered to be one of the main advantages of international commercial arbitration. Unlike court decisions which are in the public domain and are regularly published and used as precedents, arbitration proceedings normally remain confidential. The rule is that no publication takes place if one party objects to it. However, publication of awards generally serves important purposes: published arbitration awards may be used as precedents and contribute directly or indirectly to the development of arbitration"

⁵ Si bien no existe una definición de que es lo que debe de entenderse por comercial, este término tiene importancia ya que conforme a la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, permite que cada uno de los Estados hagan la reserva de que

las reglas, la posibilidad que tienen los árbitros de decidir sobre su propia jurisdicción, la autonomía de las partes para regular el arbitraje⁷ y que han permitido su evolución hacia otros temas debatibles como son la posibilidad de incorporar al arbitraje terceras partes⁸, y por supuesto las excepciones y consecuencias de la violación al deber de confidencialidad⁹.

Además, el presente artículo analiza la confidencialidad desde tres puntos de vista:

- A) La confidencialidad regulada en las Reglas de Arbitraje y su aplicación a los procesos arbitrales. Entendiendo por proceso arbitral desde el momento en que se da la presentación de la demanda o solicitud de resolución de controversias mediante arbitraje, hasta el momento en que se dicta un laudo final.
- B) La confidencialidad aplicable a las pruebas que pretenden ser ofrecidas en un arbitraje. En este tema, tiene especial importancia la distinción que existe en el *common law* entre “*confidentiality*” y “*privilege*”, entendiéndose por éste último, aquél beneficio, prerrogativa o inmunidad de la que gozan ciertos sujetos o grupo de sujetos, siendo el ejemplo por excelencia, el secreto profesional que existe entre abogado y cliente. El presente artículo no pretende hacer un análisis exhaustivo del derecho que debe observarse para obtener la presentación de documentación o información que esté protegida por la confidencialidad, sino únicamente pretende someter a la consideración del lector los diversos escenarios con los que puede enfrentarse.
- C) La confidencialidad cuando un laudo pretende ser ejecutado o anulado ante los Tribunales de un Estado. En este aspecto, se analiza la tendencia a considerar la transparencia como una garantía individual y como el hecho de que un arbitraje llegue a manos de un Tribunal Judicial ocasiona que la confidencialidad que hasta ese instante pudo haber existido en el arbitraje deje de existir.

II.- La confidencialidad y su regulación en los Reglamentos de Arbitraje

Sabemos que en la redacción de los reglamentos de arbitraje, cada institución es libre de incluir en ellos las disposiciones que considere más convenientes y que es labor de sus usuarios estar al tanto de las ventajas y desventajas que ofrece un reglamento frente a otro. A continuación, hago un breve análisis de cómo opera la confidencialidad en los Reglamentos de Arbitraje de algunas instituciones administradoras de arbitrajes.

II.1 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

Conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”)¹⁰, la confidencialidad es obligatoria sólo para los miembros de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, no así, para los árbitros designados por ella, ni para las partes o sus abogados. Sin embargo, cuando se somete a las partes la firma del Acta de Misión, puede ser que en ella se incluye una disposición relativa a la confidencialidad. Similar cuestión sucede cuando los árbitros aceptan su cargo. No obstante lo anterior, según las necesidades que presente el caso, puede ser conveniente que las partes elaboren un convenio de confidencialidad. Más adelante se analizará

dicha convención no será aplicable a controversias que no sean de índole comercial, dejando a los Estados en la libertad de que cada uno de ellos determine que disputas son comerciales y cuales no.

⁶ Un campo donde se ha notado mucho la especialización del arbitraje, es en el derecho marítimo.

⁷ Libertad que obviamente tiene ciertas limitantes como lo son el que las partes deben de ser tratadas con igualdad y equidad.

⁸ Caso *Isover v. Dow Chemical* ó el caso *Dutco v. BKMI*

⁹ Véase el laudo CCI número No. 6931, ó los casos *Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman, Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir, A.I. Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd.*,

¹⁰ Véase el artículo 6 del Apéndice I del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

algunas de las consideraciones básicas que se sugieren sean incluidas al momento de redactar un convenio de confidencialidad.

Asimismo, el artículo 20.7 del Reglamento de Arbitraje de la CCI señala:

Artículo 20 **Instrucción de la causa**

....

El Tribunal Arbitral podrá tomar medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial

Respecto de este artículo 20.7, Rene Van Rooij, señaló: "No estoy muy seguro si (el artículo 20.7 del Reglamento de Arbitraje de la CCI) es una disposición adecuada en aquellos casos en el que una de las partes quisiera hacer uso de la prensa para obtener una ventaja comercial de un arbitraje o para mejorar su posición en el arbitraje mismo. Yo hubiera preferido una disposición en donde la confidencialidad fuera la regla y la parte tuviera que obtener una autorización específica por parte del Tribunal Arbitral para publicar cualquier información del arbitraje distinta a su existencia y señalamiento de los hechos."¹¹

La ausencia de un artículo en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, que imponga una verdadera obligación de confidencialidad, ha ocasionado que en México, algunos de los procedimientos que han sido llevados bajo este reglamento sean del conocimiento del público en general. Tal es el caso de los arbitrajes entre Grupo Radio Centro, S.A. de C.V. v. Infored, S.A. de C.V. y José Elías Gutiérrez Vivó o el surgido entre TV Azteca, S.A. de C.V. v. Operadora Mexicana de Televisión, S.A. de C.V. En el caso United States v. Panhandle Eastern Gen, el gobierno de los Estados Unidos de América, solicitó a la empresa Panhandle Eastern Gen, que ofreciera unos documentos relativos a un arbitraje que esta empresa había tenido con Sonotrach. Ante esto, Panhandle Eastern Gen, solicitó a una corte de Delaware que negara la solicitud hecha por el Gobierno de los Estados Unidos de América, alegando que las constancias del arbitraje eran confidenciales. La Corte negó la solicitud hecha por Panhandle Eastern Gen, señalando que el Reglamento de Arbitraje de la CCI no establece ninguna obligación de confidencialidad entre las partes.

El hecho de que el Reglamento de Arbitraje de la CCI no incluya a la confidencialidad como una característica de sus procedimientos, presenta tanto ventajas como desventajas. Una de sus ventajas (aunque puede que algunos vean esto como una desventaja), es que tal y como mencionamos al inicio de este artículo, la publicación de laudos es el único medio a través del cual puede garantizarse una auténtica evolución del arbitraje¹². De hecho, la CCI está consiente de la necesidad de tener acceso a la forma en como son resueltas las controversias y tiene diversas publicaciones por medio de las cuales publica extractos de algunos laudos. La desventaja, es que un silencio total respecto el alcance y límites de la confidencialidad puede ser usado indebidamente y puede incluso ocasionar la divulgación de información considerada como confidencial, y en caso de arbitrajes internacionales, donde la información confidencial puede ser divulgada en un lugar distinto al de la residencia de una de las partes e

¹¹ René Van Rooij "Comments in the New 1998 ICC Rules of Arbitration": Proceedings of the ICC Conference Presenting the Rules in (1997), ICC international Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, November, Página 68, citado por L. Yves Fortier, op. cit. Página 134, "I am not quite sure whether this (Article 20.7 of the New ICC Rules) is an entirely adequate provision in those cases where a party will wish to use the press to gain commercial advantage from an arbitration or to improve its position in the arbitration itself. I would have preferred a provision were confidentiality was the rule and the party had to obtain the specific permission of the Arbitral Tribunal to publish any information in the arbitration other than its existence and the mere outline of facts."

¹² Por regla general los laudos son privados, pero investigadores sobre derecho mercantil internacional, pueden tener acceso a los laudos en poder de la CCI, siempre y cuando el investigador se comprometa a guardar la confidencialidad de dicha información y cualquier publicación relacionada con la investigación hecha a los documentos que fueron analizados, sea sometida a la aprobación del Secretario General de la Corte (Artículo 1, del Apéndice II)

incluso distinto al de la sede del arbitraje, deja a las partes con el problema de decidir qué derecho se debe de aplicar para obtener una sanción por divulgar información confidencial y quién es el órgano competente para conocer sobre dicha divulgación. Obviamente que estos problemas no se presentarían si la confidencialidad fuera regulada dentro del Reglamento de Arbitraje de la CCI y se dotara al Tribunal Arbitral con la suficiente jurisdicción para resolver las consecuencias que deriven de su violación.

En un gran número de casos, la obligación de confidencialidad suele ser incluida al momento de la firma del Acta de Misión. Sin embargo, este acuerdo de confidencialidad contenido en el acta de misión presentará problemas cuando una de las partes se niegue a firmarlo o aún firmándolo, presenta el problema de determinar:

- ¿Conforme a qué derecho habrá de interpretarse el acuerdo de confidencialidad contenido en el Acta de Misión?
- ¿Si una de las partes se niega a firmar el Acta de Misión, el acuerdo de confidencialidad contenido en dicha acta es obligatorio para la parte que no lo firmó?
- ¿El acta de misión es un contrato?
- ¿Si estamos ante la presencia de un contrato le serían aplicables las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales para determinar el derecho conforme al cual debe de interpretarse?

La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, señala que dicha convención no es aplicable a los acuerdos sobre arbitraje¹³ o elección de foro (Artículo 5.e)¹⁴. Sin embargo, desde mi punto de vista, el acuerdo de confidencialidad contenido en el Acta de Misión no se refiere a un acuerdo de arbitraje, ni a la elección del foro. Por lo tanto, la excepción contenida en el artículo 5, sección e), de la referida Convención, no es aplicable al acuerdo de confidencialidad contenido en el Acta de Misión y por lo tanto, sí es válido aplicar la Convención Interamericana sobre derecho aplicable, para determinar el derecho conforme al cual se habrá de interpretar dicho acuerdo de confidencialidad.

L. Yves Fortier, está convencido de que la confidencialidad es una característica inherente de un procedimiento arbitral, pero a pesar de ello, también está conciente que el Reglamento de Arbitraje de la CCI presenta algunos vacíos y señala que cuando se revisó el reglamento en 1998 “ningún deber (de confidencialidad) fue propuesto... y las Reglas de la CCI difieren en comparación a lo que las partes quisieron pactar en un determinado caso, y de ser necesario, con un derecho local, al menos por lo que respecta a la confidencialidad”¹⁵

Mi opinión, es que el Reglamento de Arbitraje de la CCI debiera de contener un artículo semejante al artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration, que incluyera algunas de las observaciones que a dicho Reglamento mencionamos en el siguiente punto. Con ello, cuando las partes en su acuerdo o compromiso arbitral pacten la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CCI, estarían dando automáticamente al Tribunal Arbitral suficientes facultades para resolver las violaciones que cualquiera de las partes pudiera cometer al deber de confidencialidad. Con esto será más fácil para las partes ejecutar un laudo arbitral que buscar un Juez de algún estado que tenga la suficiente jurisdicción e *imperium* para resolver sobre las consecuencias de la violación cometidas al deber de confidencialidad. Aún cuando se hubiese encontrado el Juez más idóneo para conocer de las violaciones cometidas al deber de confidencialidad, el Juez se enfrentaría a la problemática de

¹³ El artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI define que es lo que debe de entenderse por acuerdo arbitral y de dicha definición no se infiere que el acuerdo de confidencialidad que firmen las partes forme parte del acuerdo de arbitraje.

¹⁴ Similar disposición existe en la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales denominada como Convención de Roma de 1980 (Artículo 1, sección 2, inciso d)

¹⁵ L. Yves Fortier, “The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality”, *Arbitration International* Volume 15, No. 2 (1999), Página 133 “As a result, no duty was proposed. Implicitly, at least, the ICC Rules defer to the will of the parties, as may be expressed by them in a given case, and, if necessary, to domestic law, insofar as confidentiality is concerned”

determinar cuál es la naturaleza del acuerdo de confidencialidad contenido en el Acta de Misión y si a dicho acuerdo se le aplica un derecho distinto al que es aplicable al fondo de la controversia. En caso de que se haya logrado superar todos estos obstáculos, el siguiente obstáculo sería lograr la ejecución de la sentencia que hubiere dictado el Juez.

II.2. El Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration

En el caso de la London Court of International Arbitration ("*LCIA*"), hay una referencia expresa que señala que la obligación de confidencialidad se presume, salvo pacto en contrario, y que no podrán divulgarse los laudos que se hayan dictado durante el procedimiento, los materiales que se hayan usado, así como los documentos que la otra parte haya aportado y que no estén en el dominio público¹⁶.

Artículo	30
Confidencialidad	

30.1

Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, éstas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial.

30.2

Asimismo, las deliberaciones del Tribunal Arbitral son confidenciales entre sus miembros, salvo y en la medida en que, de conformidad con los Artículos 10, 12 y 26 de este Reglamento, se requiera su revelación de los miembros del Tribunal Arbitral para justificar el rechazo de un árbitro a participar en el arbitraje.

30.3

La Corte de la LCIA no publica -ni total, ni parcialmente- ningún laudo sin el previo consentimiento de todas las partes y del Tribunal Arbitral

A primera vista, el contenido de este artículo 30 del Reglamento de la LCIA, parece estar ampliamente influenciado por el caso *Hassneh Insurance Vs. Mew*. Desafortunadamente como veremos más adelante, esto no es así. En el caso *Hassneh Insurance v.. Mew*, Colman J, elaboró una distinción entre el laudo y la documentación producida durante el procedimiento. Por lo que respecta al laudo, señaló Colman J., el laudo es potencialmente un documento llamado a ser público para que las Cortes y Tribunales judiciales puedan cumplir con su deber de supervisión, además, señaló Colman J., el laudo podría ser divulgado por una parte sin consentimiento de su contraparte, siempre y cuando fuera con la finalidad de proteger sus derechos frente a un tercero.

¹⁶ Ver el artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration.

Un gran acierto de la decisión de Colman J., fue señalar que la divulgación de un laudo es permisible siempre y cuando la parte que lo pretenda hacer, lo haga con la finalidad de defender sus derechos frente a un tercero. El problema con el artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, es que no señala cuál es la sanción o la consecuencia de divulgar el contenido del laudo, los materiales o los documentos mencionados, o si la violación que una de las partes cometa al deber de confidencialidad puede ser o no conocida y sancionada por el Tribunal Arbitral.

A diferencia de lo que sucedió con la opinión de Colman J, el artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, señala que la divulgación únicamente es posible cuando se haga ante una autoridad judicial. Sin embargo, ¿es esto correcto?, en mi opinión no es así y para ello sirve de ejemplo el caso de Associated Electric & Gas Insurance Services Limited ("*AEGIS*") Vs. European Reinsurance Company of Zurich ("*European Re*").

En este último caso, existieron dos arbitrajes entre las mismas partes, que fueron llevados ante Tribunales Arbitrales distintos. En el primer arbitraje denominado como Arbitraje Boyd¹⁷, las partes acordaron que el arbitraje sería confidencial y se emitió un laudo que fue favorable para European Re. European Re, buscó ofrecer en el segundo arbitraje denominado como Arbitraje Rowe¹⁸, el laudo que se había dictado en el Arbitraje Boyd. Por un lado, AEGIS obtuvo una orden judicial para prevenir que European Re divulgara en el Arbitraje Rowe, el contenido del laudo dictado en el Arbitraje Boyd. Esta orden judicial fue dejada sin efectos por la Corte de Apelaciones de Bermuda y Aegis apeló ante el "Privy Council" dicha decisión. La decisión final fue que usar un laudo dictado en un arbitraje anterior para ser usado en otro arbitraje entre las mismas partes, no sería violar la confidencialidad del acuerdo y que European Re estaba tratando de ejecutar sus derechos contenidos en el arbitraje Boyd para ser usados en el Arbitraje Rowe, para así poder demostrar que tiene los mismos derechos y lo que estaba intentando European Re. Era similar a cuando se busca la ejecución del laudo o una sentencia.

Este caso, creo que es una buena excepción al principio de confidencialidad y pienso que en este mismo sentido debiera de estar redactado el artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, a efecto de permitir que la divulgación sea hecha no sólo ante Tribunales judiciales, sino también ante Tribunales arbitrales o cualquier otro tercero, siempre y cuando se pretenda hacer valer el derecho que se ha adquirido por medio del primer laudo arbitral y que puede influir en el resultado del arbitraje que está pendiente de ser resuelto. Asimismo, este Reglamento no señala otras excepciones como son las divulgaciones que una compañía debe de hacer de sus litigios o controversias a sus auditores o incluso a sus accionistas. Tampoco señala ¿qué pasaría si una compañía que está involucrada en un arbitraje desea ser comprada o asociarse con otra compañía? ¿La compañía compradora o que se pretende asociar tiene derecho a saber del arbitraje? ¿Si se le informan a la compañía compradora o que se pretende asociar los hechos y circunstancias del arbitraje se estaría violando el deber de confidencialidad? Mi punto de vista es que sí se debe de permitir la divulgación de información en circunstancias como estas, siempre y cuando la información que se proporcione sea de manera general, más no específica.

II.3 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

El artículo 46 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo ("*SCC*") es muy similar al artículo 6 del apéndice I del Reglamento de Arbitraje de la CCI. En ambos reglamentos, la confidencialidad es aplicable a los miembros de la cámara de comercio, excepto que en el caso del Reglamento de Arbitraje de la SCC, la confidencialidad es también aplicable a los árbitros¹⁹. Por lo que respecta a la confidencialidad entre las partes, esto se deja al acuerdo que a este respecto pudieren llegar las partes.

¹⁷ Denominado así por el apellido del Presidente del Tribunal Arbitral, Stewart Boyd

¹⁸ Denominado así por el apellido del Presidente del Tribunal Arbitral, Phillipa Rowe

¹⁹ En la CCI, los árbitros se obligan a mantener la confidencialidad cuando aceptan el desempeño de su cargo.

Article 46 Confidentiality

Unless otherwise agreed by the parties, the SCC Institute and the Arbitral Tribunal shall maintain the confidentiality of the arbitration and the award

Muchas veces, la idea de dejar a las partes la labor de crear sus propios límites para la confidencialidad, puede resultar lo más idóneo. Aunque ninguno de los casos que han analizado excepciones a la confidencialidad, se han atrevido a fijar de manera tajante cuáles son las excepciones que existen al deber de confidencialidad y que pueden resultar aplicables a cualquier caso.

El caso de *Al Trade Finance Inc. ("ATI") v. Bulgarian Foreign Trade Bank, Ltd. ("Bullbank")*²⁰, es una muestra de la tendencia que siguen los Tribunales Suecos en **no** considerar a la confidencialidad como una característica del arbitraje. En 1983, *Girozentrale und Bank der Österreichischen Sparkassen Aktiengesellschaft ("GiroCredit")*, celebró un contrato de préstamo con Bullbank (el "**Contrato de Préstamo**"). El Contrato de Préstamo contenía una cláusula arbitral y el 11 de Marzo de 1994, Girocredit cedió a ATI los derechos de cobro derivados del Contrato de Préstamo. Debido a que Bullbank incumplió con sus obligaciones de pago, el 15 de Marzo de 1996, ATI, inició un arbitraje en contra de Bullbank. Por su parte, Bullbank alegó que el Tribunal Arbitral no tenía jurisdicción para resolver esta controversia ya que ATI no era parte de la cláusula arbitral. El 5 de marzo de 1997, el Tribunal Arbitral emitió un laudo provisional señalando que tenía jurisdicción para resolver sobre la controversia. ATI, publicó dicho laudo provisional y ante esto, Bullbank, señaló que con la publicación del laudo provisional ATI había cometido un incumplimiento sustancial al contrato, lo cual acarrearía la nulidad de la cláusula arbitral; estas reclamaciones fueron desechadas por el Tribunal Arbitral.

El día 22 de diciembre de 1997, se dictó el laudo final y Bullbank solicitó ante la Corte de la Ciudad de Estocolmo, la nulidad del laudo final, alegando que la publicación que hizo ATI del laudo final había violado la obligación de confidencialidad. La Corte de la Ciudad de Estocolmo, declaró la nulidad del laudo sosteniendo que desde la fecha en que ATI publicó el laudo provisional había cometido una violación grave al contrato, lo cual, ocasionó la nulidad de la cláusula arbitral.

Si bien este arbitraje no fue llevado bajo las Reglas de Arbitraje de la SCC²¹, es un arbitraje que tuvo su sede en Estocolmo y nos hace ver cuál es la concepción que se tiene de la confidencialidad en el arbitraje.

II.4 Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México ("**CANACO**"), en su artículo 5, establece que las actuaciones arbitrales son confidenciales y que no se considerará que se viole la obligación de confidencialidad cuando se recurra a los tribunales públicos para la ejecución del laudo.

Artículo 5**Confidencialidad**

Salvo acuerdo expreso en contrario de las partes, las actuaciones arbitrales serán confidenciales. No se considerará que se viola la confidencialidad cuando se recurra a los tribunales públicos para solicitar el reconocimiento o la ejecución de un laudo o en cualquiera otro caso previsto por el Reglamento o en una norma de orden público

²⁰ A.J. van den Berg, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXIVa (1999), pp. 321 - 328

²¹ Fue llevado bajo el Reglamento de la Comisión Económica de Europa de las Naciones Unidas

El contenido de esta disposición es semejante al del Reglamento de Arbitraje de la LCIA. Sin embargo, el Reglamento de Arbitraje de la CANACO señala que la confidencialidad es aplicable a las “actuaciones arbitrales”, mientras que el Reglamento de Arbitraje de la LCIA no habla de actuaciones arbitrales y en lugar de ello, detalla que la confidencialidad es aplicable a los laudos que se dicten en el curso del arbitraje, a toda la documentación obrante en el procedimiento y a cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público. Con ello, opino que la LCIA se evitó lidiar con precisar qué documentos son actuaciones arbitrales y cuáles no²².

III.- La confidencialidad y el ofrecimiento de pruebas en un arbitraje

El ofrecimiento de pruebas en el arbitraje es una etapa en la que cobra especial importancia la confidencialidad, ya que muchas de las veces, las partes buscan ofrecer documentación o información que está protegida por un deber de confidencialidad o por un derecho. Además, hemos visto como no todos los Reglamentos de Arbitraje regulan a la confidencialidad y como los Tribunales de algunos Estados han considerado que la confidencialidad no es una característica inherente a los procesos arbitrales. Por ello, en algunos casos resulta recomendable la redacción de un convenio de confidencialidad que asegure que determinada información o documentación no será divulgada, así como para también asegurar que dicha documentación que puede servir como prueba en lo futuro, estará exenta de dicho convenio de confidencialidad.

Al momento de redactar un convenio de confidencialidad, las partes deberán de tener presente que únicamente estarán protegiendo o exceptuando la información o documentación que esté en poder de las partes que firman el convenio y por lo tanto, está exceptuada la documentación o información en posesión de los terceros, como lo son los testigos, peritos o personas totalmente ajenas al procedimiento.

Se deberá de detallar de la mejor manera posible el tipo de información que se desea proteger. Las partes también deben de prestar atención en que las condiciones bajo las cuales se redacta un convenio de confidencialidad, no ocasione que en lo futuro una de las partes pueda usar en contra de la otra parte a la confidencialidad como un medio de presión o de coerción económica.

Al igual que sucede en los convenios de no competencia, los convenios de confidencialidad deben de limitarse a un determinado tiempo, espacio, circunstancias, un derecho aplicable y en caso de que ese derecho no contenga reglas de interpretación, adoptar unas reglas para ello.²³

Aún cuando las partes cuenten con un convenio de confidencialidad, las partes deben de tener presente que alguna de la documentación o información que pretenden sea exhibida en el futuro o que pretenden no sea divulgada en virtud de dicho convenio de confidencialidad, puede que no alcance su finalidad. Lo anterior, debido a que existen tratados internacionales que pueden dejar sin efectos las disposiciones contenidas en un convenio de confidencialidad. Muestra de ello, son el Convenio de la Haya de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil o la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero o la Resolución del Parlamento Europeo 2008/2180, dictada el pasado 10 de marzo de 2009, sobre la cooperación entre los Estados Miembros para la obtención de pruebas en procedimientos civiles o mercantiles²⁴ (“**European**

²² La Ley Modelo habla de sustanciación del procedimiento arbitral (Capítulo V) pero es omiso en señalar que es lo que debe de entenderse por procedimiento arbitral.

²³ Para más información acerca de los convenios de confidencialidad en el arbitraje, véase el artículo de Leon E. Trakman, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Arbitration International, Vol. 18, No. 1 (2002), pp. 1 – 18.

²⁴ Su antecedente es el informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento (CE) N° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

**La ejecución de laudos anulados en el estado
(LPC y JAG)**

Leonel Pereznieta Castro,
Consejero
Jauregui, Navarrete y Nader

James A. Graham
Socio
Lobo & Graham

1. Hoy en día se pueden distinguir dos concepciones doctrinarias diametralmente opuestas sobre el lugar sede del arbitraje y sus efectos. Por un lado, la posición clásica considera que la justicia arbitral es una delegación del Estado que otorga a los particulares la facultad de resolver sus controversias e implica que el arbitraje está anclado en un Estado sede. Por otro lado, hay una doctrina moderna y liberal que afirma que el arbitraje es un modo de solución de disputas realmente transnacional, con existencia propia, desconectado de cualquier marco estatal.

Las dos posiciones doctrinales antes mencionadas, derivan de una diferente lectura del Art. VII de la Convención de Nueva York. No se trata de un problema de ambigüedad del texto, simplemente, de la habilidad que tuvieron sus redactores para prever diferentes alternativas y al mismo tiempo, una demostración más de que la Convención de Nueva York es un instrumento internacional de una calidad excepcional ya que plantea la posibilidad de adaptar este texto con más de 50 años, a las nuevas exigencias del siglo 21.

2. *A priori* la Convención de Nueva York parece consagrar la visión clásica – con un sistema de Estado de origen y un Estado de recepción; pero permite otra lectura a la que dedicaremos este trabajo. El artículo VII, en su primer fracción, dispone que :

“Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”.

3. En una primera lectura, un laudo anulado por los tribunales del Estado del lugar sede del arbitraje, se considera que cesa jurídicamente de existir y por lo tanto no puede ser ejecutado en otro país. Sin embargo, la segunda lectura permite, sobre los mismos hechos, la posibilidad de ejecutar el laudo anulado, en un Estado diferente del Estado que lo anuló. El precedente histórico es el fallo francés *Hillmarton* que afirma esta posibilidad conforme al siguiente razonamiento:

“un laudo rendido en materia internacional en un Estado extranjero no queda integrado en el orden jurídico de ese Estado, y por lo tanto su existencia permanece no obstante su anulación en el Estado de sede del arbitraje, y consecuentemente tiene que ser ejecutado, siempre y cuando su reconocimiento en Francia no sea contrario al orden público”.

4. Veamos a continuación dos aspectos centrales de esta cuestión: la posición francesa (I) y, la situación sobre el tema, más confusa, en el caso de los Estados Unidos (II), mientras que otros países no se han pronunciado - a nuestro conocimiento - sobre la cuestión, no obstante una amplia literatura sobre el tema¹. Al final formularemos nuestras propias conclusiones (III).

¹ Por ejemplo: Van den Berg, *L'exécution d'une sentence arbitrale en dépit de son annulation*, *Bulletin CCI*, 1998, No. 2, p. 15; Gaillard, *L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine*, *JDI*, 1998.645 ; Enforcement of awards set aside in the country of origin : the French experience, *ICCA CONGRESS SERIES* 1999.505 ; Giardina, *The international recognition and enforcement of arbitral awards nullified in the country of origin*, *Rivista Di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2001.265; Paulsson, *L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL)*, *Bulletin CCI*, 1998, No. 1, p. 14.

I - Francia

5. Desde 1984, la Corte de Casación aceptó ejecutar en Francia un laudo anulado en el extranjero². Se trató de la decisión *Hilmarton* de 1994³, de la cual la máxima autoridad judicial francesa derivó el principio que ya hemos mencionado y que contiene los siguientes principios:

El laudo rendido internacionalmente conserva su autonomía (es un instrumento jurídico de naturaleza internacional) y por tanto no se integra al orden jurídico del Estado donde el laudo fue rendido. Esta autonomía, le da existencia jurídica, no obstante que el laudo haya sido anulado por los tribunales del lugar sede del arbitraje y, su reconocimiento, solo queda sujeto a los principios de orden público.

6. Otra precisión sobre los principios arriba mencionados, fue dada en el caso *Bechtel*⁴. Los hechos fueron los siguientes: el árbitro único en el momento de iniciar la audiencia de desahogo de pruebas, tomó el juramento a los testigos según las formalidades locales que exigen un juramento basado en la ley islámica. La sede del arbitraje fue en los Emiratos Árabes y sus tribunales locales por esta omisión, anularon el laudo. Sin embargo, se presentó una solicitud de ejecución ante los tribunales franceses. La Corte de Apelación de París confirmó la orden de *exequatur* y su razonamiento para admitir los efectos del laudo fue el siguiente: "La decisión de la Corte de Casación de Dubai confirmando la nulidad del laudo no puede ser reconocida en Francia porque esa decisión no produce efectos internacionales, en la medida que se refiere únicamente a una soberanía determinada en el territorio donde se ejerce y que no se puede apreciar esta decisión [de la Corte de Casación de Dubai] en un proceso indirecto". Quizá el laudo no hubiera podido ser ejecutado en Francia, si la parte condenada hubiera solicitado el reconocimiento de la sentencia de anulación del laudo de la Corte Suprema de Dubai. Pero como no se hizo de esta forma conforme a la cual, no hubiera existido ninguna razón para rechazar la *exequatur* del laudo. Es decir, el reconocimiento de la sentencia de anulación hubiera implicado la violación de un requisito esencial de procedimiento conforme a las leyes de Dubai y probablemente este hecho hubiera bastado para reconocer la sentencia. Sin embargo, lo que se presentó para ejecución fue el laudo. Cuando la parte condenada argumentó la violación de un procedimiento no previsto en las reglas arbitrales, la Corte francesa desechó el argumento y reconoció el laudo. Esta actitud muestra cómo un mismo tribunal tiene una actitud diferente cuando está frente a una sentencia estatal que cuando se encuentra ante una decisión de carácter internacional que implica el laudo.

II – Estados Unidos

7. El *leading case* en los Estados Unidos de América en relación con artículo V de la Convención de Nueva York que nos ocupa, es el conocido como *Chromalloy*⁵. El origen del asunto fue un procedimiento arbitral acerca de una disputa sobre un contrato de suministro militar celebrado entre la empresa estadounidense *Chromalloy* y la Fuerza Aérea de Egipto, contrato que fue rescindido por el gobierno egipcio. Las partes habían acordado que la ley aplicable al arbitraje fuese la ley egipcia y que la sede del arbitraje fuera el Cairo. El gobierno egipcio demandó ante los tribunales egipcios la nulidad del laudo arbitral, alegando que la ley egipcia no había sido correctamente aplicada por los árbitros. La nulidad fue otorgada. No obstante, *Chromalloy* buscó el reconocimiento del laudo ante los tribunales estadounidenses. El gobierno egipcio se opuso conforme a lo

² Civ¹, *Norsolor*, 9/10/84, *R.arb.*, 1985.431, Goldman; *Journal of International Arbitration*, 1985.68, Thompson.

³ 23/3/1994, *R.arb.* 1994.327, Jarrosson; *JDI*, 1994.701, Gaillard. Véase también: Besson & Pittet, La reconnaissance à l'étranger d'une sentence annulée dans son Etat d'origine, *Bulletin ASA*, 1998. 498; Fouchard, La portée internationale de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine, *Rev. arb.*, 1997. 329; Poudret, Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton? Réponse à Ph. Fouchard, *Rev. arb.*, 1998.7.

⁴ Paris, 1ère C, 29/9/2005, n° RG 2004/07635; véase también: Paris, *Bargues Agro Industries*, 0/6/2004, *R.arb.* 2006. 154.

⁵ *Chromalloy Aeroservices v. Egypt*, 939 F.Supp. 907 (DDC 1996). Paulsson, Rediscovering the N.Y. Convention: Further reflections on *Chromalloy*, *International Arbitration Report*, 1997.20; Sampliner, Enforcement of foreign arbitral awards after annulment in their country of origin, *International Arbitration Report*, 1996.22.

establecido en el inciso e) del Art. V de la Convención de Nueva York. No obstante la petición del gobierno egipcio, el Juez de Distrito del Distrito de Columbia otorgó el reconocimiento al laudo, porque consideró que el artículo V de la Convención de Nueva York establece en su párrafo inicial que el juez al que se le pide el reconocimiento tiene facultades discrecionales para denegar o no el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, si concurren una o más de las causales establecidas en dicho artículo V. Efectivamente, el verbo “podrá denegar” el reconocimiento, es una disposición de carácter facultativo en la Convención de Nueva York que el Juez usó de forma expresa. El juez hizo suyo el argumento de *Chromalloy* según el cual, el artículo VII de la Convención de Nueva York permite acoger un laudo en condiciones más favorables que las que establece la propia Convención. Más precisamente, la empresa invocó el derecho que le asistía en el sentido de que el laudo fuera reconocido conforme a la Ley de Arbitraje Federal de los Estados Unidos. Dicho en otras palabras, el Juez, no obstante constatar que el laudo había sido anulado por los tribunales egipcios porque según estos hubo una aplicación incorrecta por parte de los árbitros del derecho egipcio como derecho aplicable, consideró que no debía entrar al fondo porque “en el peor de los casos –dijo– un error en la aplicación de ley designada aplicable por las partes, no es causa para entrar en la revisión del laudo”, revisión que hubiera sido necesaria para conocer, en qué medida y bajo qué circunstancias, el tribunal arbitral no aplicó correctamente la ley egipcia. Como anécdota, hay que recordar, que este laudo anulado por los tribunales del Estado sede del arbitraje, también fue reconocido por los tribunales franceses⁶

8. Sin embargo, no es posible afirmar que en los Estados Unidos se haya establecido principio alguno sobre el reconocimiento y la ejecución de un laudo anulado. Efectivamente, en el caso *Lapine*, que se decidió un año después por los tribunales estadounidenses⁷, el juez consideró que la nulidad del laudo que había dictado el juez del lugar sede del arbitraje, la hizo sin analizar correctamente la ley aplicable, por lo que había que volver a revisar ésta. A diferencia de *Chromalloy* en el que no importó si la ley Egipcia había sido aplicada correctamente o no, porque el laudo fue anulado en el lugar sede y por tanto, el tribunal estadounidense sólo se limitó a constatar que el laudo cumplía con las disposiciones legales americanas; en *Lapine*, al contrario, se decidió que se debía tomar en cuenta la decisión judicial extranjera que anuló el laudo, aunque fuese para revisarla en el fondo. Dos años después, en el Segundo Circuito, al contrario del tribunal en *Chromalloy*, se decidió no ejecutar el laudo anulado en la medida en que, en el asunto no había ninguna referencia directa al derecho americano⁸. Sin embargo, como lo observó a justo título un autor, “ dicho razonamiento [de la Corte] es contrario a una correcta interpretación de la Convención de Nueva York [...] puesto que nada exige que las partes hayan designado el derecho arbitral del lugar de ejecución como aplicable para que puedan “prevalerse” de una disposición más favorable, al amparo del artículo VII de la Convención de Nueva York”⁹. El criterio de los tribunales estadounidenses, como lo confirmaremos enseguida, no se basa en una concepción amplia e internacional como la suelen tener los jueces franceses. La concepción estadounidense es indefinida y errática porque los jueces de los Estados Unidos suelen tener una visión muy corta en asuntos de naturaleza internacional.

9. Esta concepción indefinida y errática de los tribunales estadounidenses se confirmó en el asunto *TermoRio*¹⁰. En este caso, la Corte de Apelación del Distrito de Colombia rechazó la ejecución de un laudo anulado en Colombia, basada en los siguientes hechos. En junio de 1997 dos compañías, TermoRio y Electranta celebraron un contrato de compra y venta de energía; la primera se obligó a generarla y la segunda a comprarla. En dicho

⁶ Paris, 14/1/97.

⁷ *Lapine Technology Corp. vs. Kyocera Corp*, 130 F.3d 884 (9th Cir. 1997).

⁸ *Baker Marine v. Chevron*, 191 F3d 194 (2d Circuit 1999).

⁹ Graham, *Guía práctica para la ejecución de sentencias y laudos comerciales internacionales*, Monterrey, Lazcano, 2007. 145; Cossío de González, *Arbitraje*, México D.F., Porrúa, 2004. 437.

¹⁰ US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 17 mai 2007, *TermoRio SA E.S.P. et al. v. Electranta S.P. et al.*, 2007 U.S. App. LEXIS 12201

contrato fue pactada una cláusula compromisoria en la que se estableció que toda controversia que se llegase a suscitar entre las partes, sería dirimida mediante el arbitraje en la ciudad de Barranquilla, Colombia; y conforme a las leyes colombianas. En 1998, el gobierno colombiano anunció la venta de las acciones de la compañía Electranta como parte de un plan de privatización del sector eléctrico. Electranta incumplió con el contrato celebrado con TermoRío y las partes acudieron el 21 de diciembre del 2000, a un tribunal arbitral conformado por tres árbitros y aplicando las reglas de la CCI. El laudo fue condenatorio para Electranta, obligándola al pago de 60.03 millones de dólares a favor de TermoRío. En diciembre 23 del 2000, Electranta interpuso un recurso de apelación ante un Tribunal en la ciudad de Barranquilla solicitándole la nulidad del laudo. El juez otorgó la nulidad basándose en que el procedimiento arbitral no se celebró en concordancia con las leyes colombianas, ya que la cláusula compromisoria contenida en el contrato, era violatoria de las leyes colombianas. La decisión se basó en que las leyes colombianas no permitían expresamente el uso de las reglas del CRI para regular el proceso arbitral. Sin embargo, TermoRío solicitó ante los tribunales federales en los Estados Unidos el reconocimiento de la sentencia arbitral. En su solicitud, TermoRío alegó que los Tribunales colombianos habían actuado a favor sus nacionales, alegando con ello una violación al principio de legalidad e invocó la competencia de las cortes estadounidenses para reconocer y ejecutar la sentencia arbitral. Lo anterior, de acuerdo con el artículo V (1) (e) la Convención de New York, conforme al argumento de que, a pesar de haber sido anulado el laudo por autoridad competente del país emisor, su reconocimiento o ejecución “podría ser” (o no) rechazado por el Estado al que se le solicite su reconocimiento. La Corte de Apelación del Distrito de Colombia invocó el principio de cortesía (“Comity”) Es decir, ni siquiera tomó en cuenta la Convención de Nueva York de la que es estado parte los Estados Unidos, sino que recurrió a un principio decimonónico. Retomando las palabras del juzgador, dijo que: “una autoridad competente de un país distinto al de donde se llevó a cabo el arbitraje no puede reconocer un laudo que haya sido rechazado o anulado por una autoridad competente del país emisor”. Por lo tanto, negó la solicitud de TermoRío.

10. TermoRío menciona el caso Chromalloy, declarando que éste y TermoRío no se presentaron bajo las mismas circunstancias. En el caso Chromalloy, las partes acordaron que la parte condenada por el laudo no promovería recurso legal alguno en busca de la nulidad de la sentencia. De este modo, la Corte de Apelación americana estableció que si bien es cierto que la autoridad competente egipcia había anulado el laudo, basándose en la existencia de violaciones a las leyes de aquél país durante el proceso, se debía reconocer en los Estados Unidos el laudo anulado en uso de las facultad otorgada por el artículo V (1) (e) de la Convención de New York, puesto que se derivaba de una violación contractual y de no hacerlo, hubiera violado el orden público estadounidense. Por el contrario, en el caso TermoRío no puede aludirse a una afectación del orden público de los Estados Unidos (como fue mencionado por el solicitante), ya que “las partes estuvieron de acuerdo en someterse a las leyes colombianas, y el Consejo de Estado es jerárquicamente la más alta corte administrativa de Colombia, de tal manera que su fallo no puede ser determinado como erróneo por una corte extranjera”. Es importante señalar que la Corte de Apelación mencionó que no había sido proporcionada prueba alguna que demostrara ilegalidad en los procesos anteriores y que el expediente no mostraba irregularidades en los procesos anteriores al del Consejo de Estado de Colombia, y que este último, no se había pronunciado en el sentido que lo hizo sin faltar al derecho. Esta argumentación es correcta y se fundamenta en el principio de la “Comity” pero nada tiene que ver con lo establecido en la capacidad facultativa que la Convención de Nueva York otorga a los jueces nacionales para reconocer o no cualquier laudo que se les presente para su reconocimiento, incluyendo un laudo anulado en los tribunales del país sede del arbitraje.

III - Conclusiones

1. Las desventajas

11. El asunto *Hilmarton* ilustra con claridad los múltiples problemas que resultan del reconocimiento y ejecución de laudos anulados al extranjero. El primer laudo liberatorio rendido en Suiza fue reconocido en Francia no

obstante su anulación por los tribunales suizos¹¹. El segundo laudo, esta vez condenatorio, y confirmado por los jueces suizos, y también reconocido en Inglaterra¹², no ha podido ser ejecutado en Francia en razón del carácter de cosa juzgada de la sentencia judicial que ordenó el reconocimiento del primer laudo anulado en Suiza¹³. De la misma manera, es factible que se dé la coexistencia de dos decisiones contradictorias en el orden jurídico nacional, si un tribunal reconoció el laudo anulado, y otro tribunal confirmó la nulidad dictada sobre el laudo arbitral.

2. Las ventajas

12. La formulación del principio de la deslocalización se explica de la siguiente manera: los laudos no son actos que pertenecen a un orden jurídico determinado, sino son actos privados como lo son los contratos¹⁴. Y su validez – o invalidez – se encuentra basada en el sistema jurídico del Estado donde se solicita su ejecución. Una posición similar se plantea en materia de contratos internacionales. Hay varios autores todavía que sostienen, junto con tribunales estatales, que un contrato necesariamente tiene que ser vinculado a un orden jurídico¹⁵. Por otro lado, hay quien opina –y nosotros nos unimos a este punto de vista- en que el contrato puede ser vinculado únicamente al foro donde se reclama su ejecución¹⁶. Un ejemplo de esta última afirmación es el siguiente: el contrato se formó internacionalmente y las partes acordaron que se regiría por usos y costumbres internacionales. El contrato no tiene, en estas circunstancias ningún contacto o vínculo nacional. Si el contrato se cumple, como sucede con la gran mayoría de los contratos, el contrato así formado conserva de principio a fin su carácter internacional sin ningún vínculo nacional. Solo en el caso excepcional de que el contrato no se cumpla y deba ejecutarse, entonces surge la necesidad de encontrar un vínculo nacional en la medida que la parte incumplida pueda ser ejecutada en el lugar de su residencia, residencia habitual, domicilio, lugar de sus negocios o lugar de ubicación de sus bienes.

13. Sin embargo, el tiempo ha pasado y nuevas necesidades han surgido. Lo que en otra época se afirmó ya no sigue necesariamente vigente. En efecto, recordemos que quienes defendieron al positivismo en el derecho partían de una jerarquía de normas donde cada una deriva su validez de una norma superior. Al extremo de la pirámide se encuentra una norma ficticia – la famosa *Grundnorm* kelseniana, que no es nada más que un postulado teórico para evitar un *regressio in infinitum*. Verdross recordó que cada orden jurídico llamado “positivo” postula una norma meta-positiva al origen¹⁷. No se requiere que «el intercambio de los consentimientos sea civilmente obligatorio por sí mismo» para de ahí derivar que necesariamente una ley positiva se aplica al contrato¹⁸. El intercambio es obligatorio en razón de una norma meta-positiva! La *Grundnorm* constituye la base del orden jurídico positivo; el *pacta sunt servanda* es el fundamento del contrato en la medida que ese pacto esté fundamentado en el derecho nacional. Paradójicamente este argumento puede ser utilizado a contrario ya que el mismo principio que manifiesta la obligatoriedad de lo pactado, no se refiere a la necesidad de su validez a partir de un derecho nacional y por tanto, válida por sí mismo cualquier contrato. Esto, por otro lado, refuta el «argumento apodíctico» del profesor Heuzé, según el cual si la voluntad es tan poderosa en un primer estadio al querer ligarse, nada podría impedirle en un segundo estadio, para no ser más ligada¹⁹. Los positivistas olvidan con frecuencia que todo orden jurídico, sea internacional o nacional, no nació

¹¹ Civ¹, 23/3/94

¹² Q.B. [1999] 2 *Lloyd's Rep.* 222; *Bul. ASA* 1999.368.

¹³ Civ¹ 10/6/97.

¹⁴ Pierre Mayer *Op.cit.*, #4.

¹⁵ Desde el famoso (*¿obiter?*) *dictum* de la CPJI, *Emprunts serbes*, 12/7/1929.

¹⁶ Mayer, *Le mythe de l' « ordre juridique de base » (ou Grundlegung)*, *Mélanges Goldmann*, Paris, 1987.199, 215 ; Graham, *Grundlegung y lex contractus en los contratos estatales*, *Revisa Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2001.18.

¹⁷ *Op.cit.*, p. 641.

¹⁸ *Op.cit.*, #32.

¹⁹ *Op.cit.*, n° 131.

de un *vacuum*²⁰, sino a partir de un encuentro de voluntades para luego someterse a un *corpus juris*²¹. Es esta auto-limitación el fundamento de la *pacta sunt servanda*.

14. Hoy en día puede observarse que el contrato desvinculado de los derechos nacionales constituye su propia *Grundlegung*. De la misma manera que conforme a la *lex contractus*, las partes pueden elegir otro derecho, el contrato sin referencia a un derecho nacional, constituye también la *lex contractus*. Difícilmente hoy en día alguien podría afirmar que por el hecho de que las partes no designaron derecho aplicable a su contrato, éste carece de validez²². Con respecto a la exigencia de prescripciones precisas, señalada por Batiffol,²³, nada impide a un contrato prever de manera detallada varias hipótesis, y que las hipótesis que falten serán resueltas por vía de interpretación. Por cierto, como subrayaron los profesores Daillier et Pellet, «todas las dificultades no pueden ser previstas»²⁴, pero ¿podremos decir que el Código Civil por ejemplo, a pesar de sus tres mil setenta y cuatro artículos ha previsto todas las dificultades susceptibles de presentarse en materia contractual? ¡Seguramente que no! Y es por interpretación de las disposiciones existentes que el juez va a buscar la solución. ¿Por qué no pensar en el mismo método en el contrato sin derecho aplicable? Como lo subraya el profesor Mayer, “las reglas son útiles, pero cuando de todas maneras se debe inventarlas, es indiferente que sea en el nombre de un orden jurídico o de manera autónoma”²⁵.

15. No obstante lo anterior, parece que los árbitros en el fallo *Salini Costruttori* no estaban listos para ir tan lejos porque insisten en:

Of course, this is not to say that a contract, including an arbitration agreement, has a validity that is independent of any legal order. Indeed, a contract derives its binding force from its recognition by one or more legal orders. However, an agreement to submit disputes to international arbitration is not anchored exclusively in the legal order of the seat of the arbitration. Such agreements are validated by a range of international sources and norms extending beyond the domestic seat itself²⁶.

16. Tiempo después, el Presidente del tribunal en el caso *Salini Costruttori*, E. Gaillard, escribió que no se requiere de la ley del Estado sede porque en realidad “todas las leyes son igualmente aptas para decidir sobre la validez de un laudo”²⁷, defendiendo así a lo que Oppetit llamó la “multilocalización” del laudo en contra del concepto de la “deslocalización”²⁸. Sin embargo, ¿por qué recurrir a una ley estatal, si el arbitraje y su laudo pueden ser validos por si mismo? ¿Por qué no admitir de una vez su “a-localización”? Evidentemente la respuesta no es fácil porque en muchas mentes sigue vigente hoy en día la idea positivista del derecho y sobre todo, en países latinoamericanos donde por decenas de años en el siglo pasado, una gran cantidad de juristas

²⁰ Al menos de considerar que los ordenes jurídicos derivan de un derecho natural establecido por un poder superior a los hombres...pero esto es un otro debate.

²¹ Según Hobbes, en el estado de naturaleza nadie es *per se* sometido a la autoridad de prójimo y cada tiene un derecho sobre todo - *natura dedit omnia omnibus* (*De Cive*, I §10). Sin embargo, el teorema de la razón hace comprender a los individuos de no hacer cualquier cosa que dañe a su vida (*Léviathan*, XIV). De esto se deduce un calculo pragmático que conduce los individuos a celebrar entre ellos un convenio previendo que cada traspasa su derecho sobre todo para fundir una sociedad civil representada por el Estado (véase: Angoulvent, *Hobbes et la morale politique*, Paris, 1999, n° 2867 ; Derathé, *Rousseau et la science politique de son temps*, 2° éd., Paris, 1995) y consecuentemente por su orden jurídico. Este convenio inicial se basa sobre el *pacta sunt servanda* y la auto-limitación es respetada por una necesidad social. Es así también para la hipótesis del contrato sin derecho.

²² La regla 17, dos primeros párrafos de las reglas CCI sobre arbitraje es elocuente sobre este punto ya que establece que a falta de acuerdo entre las partes para designar el derecho aplicable, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas y que en todos los casos, independientemente de si se ha designado un derecho aplicable o no, “el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes”.

²³ *Idem.*, # 33.

²⁴ P. 1048.

²⁵ « La neutralisation du pouvoir...», *op.cit.*, #25.

²⁶ #129.

²⁷ L’interférence..., *op.cit.*, p. 88.

²⁸ *Teoría del arbitraje*, Legis, 2006.192.

vivieron fascinados por el mundo perfecto que les ofrecía por un lado, el territorialismo jurídico que era su barrera hacia el exterior y la vía para pensar y hacer en lo interno, lo que se les ocurriera y por el otro, el formalismo jurídico, pese a que su realidad les dictaba una dirección diferente. En México se debió desmoronar la economía en 1986 y con ello sucederse una catástrofe nacional, para que el gobierno, el Poder Legislativo y más tarde, el Poder Judicial, entendieran que la realidad imperante es la internacional y que México no se encuentra aislado en medio del mundo.

17. Sin entrar en detalles, nos parece, que a diferencia del laudo citado en el párrafo anterior, la idea que sostenemos fue plenamente adoptada por las jurisdicciones francesas, en particular por la *Cour de Cassation* en el asunto *Dalico*²⁹ mediante la adopción de una regla material que enuncia que el acuerdo arbitral es siempre válido bajo reserva del orden público internacional. Recientemente, esta misma Corte suprema tuvo la oportunidad de precisar que “el principio de validez consagra la licitud de la cláusula arbitral independientemente de cualquier referencia a una ley estatal”³⁰. En relación con el orden público internacional, éste se define para los altos magistrados de la Corte de Apelación de París como “un orden público de esencia verdaderamente internacional y de aplicación universal”³¹.

18. Estas manifestaciones judiciales son definitivamente alentadoras. Abren una gama de posibilidades que pueden ser exploradas. Confirman de inicio nuestra idea en el sentido de la internacionalidad del contrato y consecuentemente, del reconocimiento del carácter universal de la autonomía de la voluntad. Si esto es aceptado –y no se requiere demasiado esfuerzo- entonces podemos hablar de un arbitraje no necesariamente vinculado a un derecho nacional lo que, a su vez, nos lleva a la posibilidad de que el laudo puede ser reconocido donde los intereses de las partes lo recomienden y por tanto, olvidarnos del recurso de nulidad ya que un laudo anulado puede ser finalmente reconocido en una jurisdicción diferente como hoy en día ha quedado demostrado, al menos ante los tribunales franceses donde sus jueces saben que su país juega un papel destacado en la mundialización del derecho.

19. Uno de los logros de la Convención de Nueva York fue eliminar el sistema del doble exequatur. Sin embargo, la posibilidad de tener un recurso de nulidad ante los tribunales del Estado de la sede del arbitraje y la oposición a la ejecución del laudo en el lugar donde se busca su reconocimiento y ejecución, resulta en el mismo problema del doble exequatur³²? En otras palabras, según la interpretación del artículo VII del Convenio Neoyorkino que uno adopte, puede aceptarse un sistema antiguo que no hace nada más que consagrar una visión del siglo pasado, o bien, puede establecerse un sistema orientado hacia el futuro, instaurando un verdadero mecanismo transnacional de solución de controversias, respondiendo a una real necesidad de la *societatis mercatorum* internacional. Obviamente, eso tendría como consecuencia lógica la eliminación del recurso de nulidad, que ha dejado de tener utilidad. En este sentido, siempre hemos insistido en la desaparición de este recurso³³. De ahí que, la interpretación liberal del artículo VII de la Convención de Nueva York, tal como lo propone la Corte de Casación francesa orienta, en nuestra opinión, en el camino a seguir. Ojala que otras jurisdicciones, en especial las de América Latina, no se demoren demasiado en tomar este mismo camino.

²⁹ Civ¹, 20/12/93, *JDI*, 1994.432, Gaillard; *Rev.crit.*, 1994.663, Mayer. También véase: Civ¹, *Omenex*, 25/10/2005, *R.arb.*, 2006.103, Racine.

³⁰ Civ¹, *Copropriété maritime Jules Verne*, 7/6/2006.

³¹ Paris, *Fougerolle*, 25/5/1990, *Rev. crit.*, 1990.753, Oppetit.

³² Véase por ejemplo: Paris, *Unichips Finanziaria c. Gesnoin*, *R. arb.* 1993, p. 255 (3^{ème} espèce).

³³ La muerte programada del Estado sede del arbitraje?, *Estudios de arbitraje. El arbitraje en el Perú y en el mundo*, Santiago, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008. 745; Hacia una verdadera justicia arbitral, *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, #11, 2007; La muerte programada del Estado sede del arbitraje?, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.595; La muerte programada del Estado sede del arbitraje?, 2006 La muerte programada del Estado sede del arbitraje?, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006. 197.

El uso eficaz de fuentes legales: ¿Cuánto es demasiado y cuál es el papel de Iura Novit Curia?

Claus von Wobeser,
Socio fundador y administrador
Von Wobeser & Sierra, S.C.

* I. COMENTARIOS PRELIMINARES

Este artículo considera las mejores prácticas para el interrogatorio de los testigos y el uso de los recursos legales para árbitros y abogados, al aplicar la ley sustantiva que rige la controversia sometida a arbitraje, en especial durante la audiencia.

El tema de este artículo posteriormente se enfoca particularmente en el papel de *iura novit curia*.

El estatus de la ley que rige el fondo de la controversia debe ser abordada con referencia a las normas de arbitraje internacional y su práctica. La referencia a normas o principios aplicables en tribunales nacionales deben evitarse, ya que éstos son muy diferentes de los aplicables al arbitraje internacional.

Lo mismo ocurre con el aforismo latino *iura novit curia*, que literalmente significa "el juez conoce la ley" y se refiere a un principio de derecho procesal, conforme al cual las partes no tienen que probar el contenido de la ley ante los tribunales nacionales.

Hay diferentes enfoques o perspectivas adoptadas por los tribunales nacionales respecto la aplicación de una ley extranjera. Algunas jurisdicciones, como la suiza, alemana o mexicana toman en cuenta la ley extranjera como ley y aplican el principio. Conforme a esta postura, los tribunales nacionales tienen la obligación de conocer la ley y aplicarla a los hechos, aún si es extranjera.

Algunas jurisdicciones se refieren a la ley extranjera como un hecho que debe ser probado. Las leyes inglesas y las leyes francesas (a diferencia de muchas jurisdicciones de derecho civil) adoptan esta postura. Conforme a esta postura, no se espera que los tribunales nacionales investiguen *ex officio* la ley extranjera, y éstos aplicarán la ley extranjera sólo si se prueba como un hecho, desestimando la aplicación del principio *iura novit curia*.

Las normas aplicables a los tribunales nacionales y su experiencia en la aplicación de la ley extranjera es de uso limitado, cuando se aplican al arbitraje internacional. Como no existe *lex fori* en el arbitraje internacional, el concepto mismo de derecho extranjero está fuera de lugar¹. Por lo tanto, la conclusión de que el principio de *iura novit curia* no es aplicable a los tribunales arbitrales ha sido la opinión de la mayoría de los estudiosos del derecho.

De acuerdo con nuestro colega Yves Derains "El adagio *iura novit curia* no tiene un lugar en materia de arbitraje."²

Gabrielle Kaufmann-Kohler también coincide en que "una regla rígida y rápida del principio *iura novit curia* sería inapropiada en el arbitraje internacional", y declara que la "ley como un hecho tampoco sería lo adecuado."³

Además, Julian Lew también considera que "La situación en el arbitraje internacional es diferente. No hay requisitos procesales de "foro" a seguir. Por el contrario, la composición del Tribunal y la actitud de los árbitros, a menudo influenciada por su tradición legal, conforman un factor crucial. Igualmente no hay 'leyes extranjeras' ".⁴

* Artículo presentado para la Conferencia "Arbitration Advocacy in Changing Times", "The Hearing", Congreso ICCA, Río de Janeiro, 23-26 de mayo de 2010.

¹ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational rule on establishing its contents", Best Practices in International Arbitration, ASA Special Series No. 26, julio 2006, página 2.

² DERAINS, Yves, "Observations - Cour d' appel de Paris (1^{er} CH. C) 13 de noviembre de 1997- Lemeur v. SARL Les Cités invisibles", Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage 1998 Volume 1998 Issue 4 pp. 709-711), página 3.

³ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "The Governing Law: Facto or Law? - A Transnational rule on establishing its contents", Best Practices in International Arbitration, ASA Special Series No. 26, julio 2006, página 6.

Según Fouchard, Gaillard y Goldman un *"tribunal arbitral no tiene foro"*.⁵

Por lo tanto, cuando se trata de arbitraje internacional, la premisa de partida necesariamente debe ser que un árbitro debe aplicar la ley elegida por las partes y no debe eludir esta obligación bajo el argumento de que la ley es extranjera.

Con el fin de determinar el estatus de la ley sustantiva en el arbitraje internacional y el papel de los árbitros y los asesores durante la fase oral del arbitraje, es esencial hacer frente a las siguientes preguntas: ¿Cuál es la función de los árbitros en la aplicación de la ley? ¿En qué medida deben los árbitros establecer la ley? ¿Cómo deben los árbitros establecer el contenido de la ley elegida? ¿Cuál es el papel de los abogados respecto este tema?

II. EL PAPEL DE LOS ÁRBITROS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

1. *Postura de la ley como hecho*

Retomando al co árbitro canadiense referido por Gabrielle Kaufmann-Kohler quien *"sugirió desestimar un reclamo porque - dijo- 'no han probado la ley'."*⁶ Actualmente existen profesionistas del arbitraje que son de la opinión de que la ley extranjera debe ser probada como un hecho, y que la carga de la prueba para determinar el contenido de la ley recae sobre las partes.

Algunos autores, como Fouchard, Gaillard y Goldman apoyan esta posición y han declarado que: *"... La idea de que las leyes extranjeras deban ser tratadas como cuestiones de hecho está debidamente establecido tanto en los sistemas jurídicos de derecho común como en los sistemas jurídicos de derecho civil, y debería de aplicarse en la práctica arbitral internacional."*⁷ Esta postura no puede aplicarse rígidamente al arbitraje. Parece que incluso los ingleses se están alejando de una postura estricta de la ley extranjera vista como un hecho. Esto se refleja en el texto de la Ley de Arbitraje del Reino Unido de 1996 (English Arbitration Act), sección 34 (1) (g), misma que indica que las facultades procesales de un tribunal arbitral son: *"Si, y en qué medida el tribunal debería tomar la iniciativa en la determinación de la hechos y de la ley."*⁸

En este sentido, jurisdicciones del derecho común también reconocen la flexibilidad y las facultades de un tribunal arbitral para determinar la ley y reconocer que la ley demostrada por las partes no necesariamente debe ser el límite de las facultades del árbitro para decidir sobre la solución jurídica.

2. *Postura equilibrada*

De conformidad con la propuesta de Gabrielle Kaufmann-Kohler, cualquier solución transnacional adecuada, debe buscarse entre los dos extremos, por ejemplo, en los siguientes términos:

⁴ LEW, MISTELIS, KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, páginas 442-443.

⁵ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, página 692.

⁶ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational rule on establishing its contents", Best Practices in International Arbitration, ASA Special Series No. 26, julio 2006, página 1.

⁷ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, página 692.

⁸ 1999, English Arbitration Act.

"Las partes deberán establecer el contenido de la ley aplicable al fondo del asunto. El tribunal arbitral tendrá la facultad, pero no la obligación, de llevar a cabo su propia investigación para establecer dichos contenidos. Si hace uso de esa facultad, el tribunal deberá dar a las partes la oportunidad de comentar sobre los resultados de la investigación del tribunal.

Si los contenidos de la ley aplicable no están establecidos con respecto a un tema en específico, el Tribunal Arbitral está facultado para aplicar a dicho tema cualquier norma jurídica que considere apropiada"⁹.

De acuerdo con esta perspectiva, podemos extraer los siguientes conceptos:

- a) El derecho extranjero es tratado como ley.
- b) Las partes acuerdan en establecer los contenidos de la ley aplicable al fondo del asunto.
- c) Cuando las partes han establecido el contenido de la ley, el Tribunal Arbitral tendrá la facultad, pero no la obligación, de llevar a cabo su propia investigación para establecer dichos contenidos.
- d) Si el Tribunal Arbitral hace uso de la facultad de establecer los contenidos de la ley aplicable, debe dar a las partes la oportunidad de comentar sobre los resultados.
- e) Si los contenidos de la ley aplicable no son convenidos por las partes respecto de un tema en específico, el tribunal arbitral está facultado (pero no obligado) para aplicar cualquier norma que considere apropiada.

Tenemos dos comentarios respecto esta propuesta.

El primer comentario es que esta propuesta asume que las partes han convenido en establecer el contenido de la ley. Sin embargo, en mi experiencia, esto no sucede en la práctica, puesto que normalmente no hay acuerdo sobre esta cuestión durante la audiencia procesal. Por lo tanto, las partes de conformidad con las normas de arbitraje internacional, no están obligadas a indicar la ley, sino sólo su declaración de los hechos, de los puntos controversiales y de la materia u objeto que se demanda.

Por ejemplo, según el artículo 18 (2), del Reglamento de Arbitraje de CNUDMI, no hay obligación de especificar la ley en el escrito de la demanda, tal como se lee en el siguiente texto:

El escrito de demanda debe contener los siguientes datos:

- a) El nombre y la dirección de las partes;
- b) Una relación de los hechos en que se base la demanda;
- c) Los puntos en litigio;
- d) La materia u objeto que se demanda.

De acuerdo con esta disposición, los solicitantes sólo deben declarar los hechos en su demanda y la pretensión buscada, mientras que el demandado su respectiva defensa. Sin embargo, no hay obligación de incluir una referencia a la ley sustantiva o bien, de establecer su contenido.

⁹ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational rule on establishing its contents", Best Practices in International Arbitration, ASA Special Series No. 26, julio 2006, página 6.

El segundo comentario es que esta propuesta reconoce que el tribunal arbitral está facultado para establecer el contenido de la ley, sin embargo, no impone obligación de hacerlo. ¿Debería esta "facultad" ser un "deber"? ¿Están obligados los árbitros a hacer sus propias investigaciones para establecer dichos contenidos, cuándo no fueron establecidos por las partes?

El debate de si se trata de una obligación o no, ha puesto relieve en el caso de Brazilian Federal Loans:

"... Si bien el Tribunal no se considera obligado a conocer las leyes locales de los estados que comparecen ante él, al mismo tiempo tampoco considera ese derecho como una cuestión de hecho que debe demostrarse mediante pruebas aportadas por las partes. Esto es importante pues deja libre al Tribunal, tal vez incluso obligado a resolver a través de su propia investigación cualquier incertidumbre en cuanto esa ley, si es que las partes no llegaren a exhibir prueba adecuada de la misma."¹⁰

Esta discusión nos lleva al siguiente análisis.

3. Postura del mandato de los árbitros.

En mi opinión, el papel de árbitros al aplicar la ley debe considerarse a la luz de su mandato hacia las partes. De acuerdo con su mandato, se espera que los árbitros resuelvan una disputa aplicando la ley elegida por las partes.

El mandato de los árbitros de "aplicar la ley" se ha señalado principalmente en casi todos los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales, por ejemplo:

Reglamento de Arbitraje de la CCI Artículo 17: "*Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia".*

Reglamento de la LCIA Artículo 22.3: "*El Tribunal Arbitral decidirá sobre la controversia de acuerdo con las disposiciones de la ley, leyes o normas elegidas por las partes como aplicables al fondo del asunto...".*

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Artículo 33: "*(1) El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio...".*

Respecto la aplicación de la ley, hay diferentes expectativas en cuanto a si los árbitros deben conocer la ley o si ésta tiene que probarse, dependiendo de la tradición jurídica de los abogados y de las partes en la controversia. De acuerdo con Julian Lew, la mejor solución sería la de sacar el máximo provecho de cada sistema, en los siguientes términos:

"Las partes argumentan jurídicamente tanto por escrito como oralmente sobre la normas aplicables. Pueden soportar esto con materiales jurídicos e informes periciales independientes. El Tribunal podrá solicitar más detalles específicos sobre

¹⁰ Caso Brazilian Federal Loans, citado en KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply it? How? And a Few More Questions", Arbitration International, Kluwer Law International, 2005, Volumen 21, Issue 4 (páginas 631-638), página 5.

*la legislación aplicable. Sin embargo deberá decidir por sí mismo cuales son las normas específicas aplicables en lugar de basarse en la opinión de cualquier experto. Esta manera de abordarlo, deja al tribunal un amplio margen de discreción y resulta, cada vez más, en la manera en que se aplica al arbitraje internacional... Este planteamiento refleja una expectativa neutral e internacional de que **la ley aplicable o las normas deben ser determinadas y aplicadas**. Reconoce que en el arbitraje internacional no existe un foro nacional o ley extranjera. Sólo hay ley aplicable para cada caso en concreto".¹¹*

Mi opinión coincide con esta postura, conforme a la cual el tribunal decidirá por sí mismo las normas específicas aplicables, en lugar de confiar únicamente en los expertos o bien, estar obligado por los escritos de las partes. Asimismo, refleja el mandato de que la ley aplicable o las normas deben ser determinadas y aplicadas. La conclusión es que las partes tienen la expectativa de que la legislación aplicable o las normas deben ser determinadas, aplicadas y que los árbitros deben conocer la ley (o allegarse de información suficiente para saberla) con el fin de poder cumplir su mandato.

En resumen, los árbitros "deben" establecer el contenido de la ley. Si las partes no lo hacen, el tribunal arbitral no sólo está "facultado" por las reglas de arbitraje para establecer dichos contenidos, sino que debe hacerlo, con el fin de cumplir su mandato.

Por lo tanto, los árbitros están obligados a dirigirse a todas las reclamaciones presentadas por las partes y proporcionar una solución, aplicando el derecho sustantivo electo por las partes (incluso cuando el contenido de la ley no ha sido especificado por ellos).

III. ¿EN QUÉ MEDIDA DEBEN ESTABLECER LOS ÁRBITROS EL CONTENIDO DE LA LEY ELEGIDA?

Los árbitros al aplicar la ley sustantiva elegida por las partes se enfrentan con limitaciones. Fouchard, Gaillard y Goldman, las han determinado de la siguiente manera:

"Para los árbitros, las únicas limitaciones, además de aquellas derivadas de las intenciones de las partes, devienen de las exigencias del orden público internacional y procesal. Estos incluyen, en particular, la igualdad entre las partes y el cumplimiento de los requisitos del debido proceso, una violación de éstos implicaría anular el laudo arbitral."¹²

Parece que estos límites se encuentran en que: 1) los árbitros no deben exceder su mandato y 2) los árbitros deben dirigir el arbitraje de tal manera que, dé lugar a un laudo válido.

1. Cumplimiento del mandato

¹¹ LEW, MISTELIS, KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, páginas 443-444.

¹² FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, página 689.

Cuando los árbitros dictan *infra petitia* o *ultra petitia*, habrán excedido su mandato y el laudo corre el riesgo de quedar anulado, o bien denegada su ejecución. Este será el caso donde los árbitros exceden sus facultades bajo las normas aplicables o la ley.¹³

Es importante distinguir, en primer lugar, que los árbitros no pueden basar sus decisiones en argumentos que no hayan sido expuestos por las partes. Sin embargo, el límite está en que los árbitros no podrán conceder a las partes más de lo que éstas buscaban en sus reclamaciones. Por ejemplo, los árbitros no podrán conceder daños y perjuicios, o interés ante la ausencia de una reclamación de las partes de esa índole. En un arbitraje en el que fui árbitro, las partes no invocaron el pago de intereses. El tribunal arbitral no aplicó la ley, puesto que el pago de intereses no fue exigido por las partes y hacer lo contrario habría sido *ultra petitia*. Esto también puede ser el caso en que un tribunal arbitral concede daños consecuentes o resultantes (en donde el contrato excluye su aplicación).¹⁴

Por otro lado, cuando las partes no han invocado una norma jurídica específica, pero han pedido determinada pretensión (por ejemplo, pago de intereses), al árbitro con el fin de resolver la reclamación, se le permite determinar el contenido de la disposición legal aplicable, y esto no sería *ultra petitia*. No es indispensable (aunque obviamente es conveniente) que las partes se refieran a la disposición legal específica.

La limitación que versa sobre el debido proceso, se encuentra tanto en las expectativas de las partes como en la aplicación de la ley. En este sentido, Gabrielle Kaufmann-Kohler ha considerado que: "*Con excepción de las limitaciones que derivan de un posible acuerdo de las partes y el requisito de que el tribunal arbitral deberá consultar a las partes sobre la aplicación de una norma jurídica inesperada, parece no haber más limitaciones*".¹⁵ De acuerdo con esta postura, los árbitros deben permitir a las partes formular observaciones sobre la aplicación de cualquier norma jurídica inesperada, con el fin de garantizar un debido proceso y deberán dar a las partes la oportunidad de presentar su caso a efecto de respetar el principio de contradicción.¹⁶ Por lo tanto, aún cuando las partes no invocaron la ley, el tribunal debe, para no laudar *ultra petitia*, dar a las partes la oportunidad de expresar sus opiniones sobre las normas jurídicas que han de aplicarse cuando sean inesperadas.

En las palabras de Laurent Levy:

"En principio, no hay violación del debido proceso puesto que las partes deben saber que los jueces y los árbitros conocen la ley y la aplicarán ... Sin embargo, en circunstancias extremas, el debido proceso, es decir, el derecho de sujetar un caso a un procedimiento adversarial, impedirá a los árbitros basar su laudo en un principio, una doctrina, un estatuto, un precedente, etc, mismo que las partes no mencionaron y del cual no tenían ninguna posibilidad de percibir su relevancia e importancia ... El FT siempre ha insistido en que los árbitros no deberán "sorprender" a las partes, esto es, que los árbitros no deben encontrar

¹³ Ver más: LEW, MISTELIS, KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, página 280.

¹⁴ Ver más: LEW, MISTELIS, KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, página 714.

¹⁵ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational rule on establishing its contents", Best Practices in International Arbitration, ASA Special Series No. 26, julio 2006, página 5.

¹⁶ Ver discusión respecto del principio de contradicción en: DERAIS, Yves, "Observations - Cour d'appel de Paris (1^{RE} Ch. C) 13 novembre 1997 – Lemeur v. SARL Les Cités invisibles", Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage 1998 Volumen 1998 Issue 4, páginas 709-711), página 3.

*argumentos jurídicos que las partes nunca podrían haberse esperado, en vista de sus alegaciones y la información del caso.*¹⁷

De la transcripción anterior se puede concluir lo siguiente: i) los árbitros pueden aplicar la ley que rige (más allá de las pretensiones demandadas por las partes) y esto no será considerado *ultra petita*; y ii) el límite en cuanto al cumplimiento del debido proceso radica en que las partes deben tener la oportunidad de formular observaciones sobre el contenido de la ley, en caso de que el laudo se basara en material legal que las partes no mencionaron y que no consideraron relevante.

Sin embargo, lo que es "*inesperado*" o "*considerado como relevante*" en un caso determinado, puede no estar claro. En un caso relacionado con estas expectativas, la Suprema Corte Federal Suiza, el 9 de junio de 2009, confirmó un laudo afirmando que:

*"... la empresa húngara, representada por abogados de negocios, con experiencia, debieron haber previsto la aplicación de las cláusulas contractuales dirigidas a la terminación del contrato de construcción."*¹⁸

En este asunto Fouchard, Gaillard y Goldman dan una solución práctica. Conforme a esta opinión, como regla general, los árbitros deben ofrecer a las partes la oportunidad de discutir una norma jurídica que deba aplicarse. La excepción sería que: *"la norma invocada por los árbitros es tan general en su naturaleza, que debió haber estado incluida implícitamente en las alegaciones, por lo que los árbitros pueden prescindir de la necesidad de convocar a un debate específico sobre ese punto. Este será el caso, por ejemplo, del principio de buena fe en la ejecución de los contratos..."*¹⁹

Hacemos referencia a los siguientes casos que son ilustrativos para analizar la medida en que el árbitro puede determinar el contenido de la ley, así como identificar las cuestiones jurídicas que las partes no han planteado. Un caso entre las empresas *Comesa GmbH* y *Polar Electro Europe BV*²⁰ versó respecto una cláusula de terminación contenida en un acuerdo de distribución, que indicaba que el distribuidor no tenía derecho a una indemnización. El Tribunal Arbitral sostuvo que debido a las nuevas circunstancias, suponer que la disposición no era equilibrada, conllevaría a que la cláusula contractual por la cual el Distribuidor renunció a cualquiera de los derechos indemnizatorios resultare irrazonable. El Tribunal encontró apoyo legislativo acerca de que, cuando un tribunal jurisdiccional (o tribunal arbitral) no pueda ajustar disposiciones irrazonables *ex officio*, se debe considerar que una parte invocó la cláusula como irrazonable, suponiendo que contestó el reclamo de la contraparte y presentó argumentos que versaron sobre su carácter irrazonable.

El laudo fue impugnado bajo la causal consistente en que los árbitros habían basado su decisión en el derecho contractual general, aunque ninguna de las partes lo invocó específicamente. La Suprema Corte tuvo que decidir si el Tribunal se había excedido en sus atribuciones o bien, había privado a una parte de la oportunidad suficiente para exponer sus argumentos.

¹⁷ LEVY, Laurent, "*Jura Novit Curia? The Arbitrator's Discretion in the Application of the Governing Law*", <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2009/03/20/jura-novit-curia-the-arbitrator%e2%80%99s-discretion-in-the-application-of-the-governing-law/>. (Consultada el 21 de julio de 2010).

¹⁸ VON SEGESSER, George, "*Jura novit curia-the right to be heard (decision of the Swiss Federal Supreme Court as of 9 June 2009- 4a_108/2009)*", *Kluwer arbitration blog*: http://kluwarbitrationblog.com/blog/2009/08/27/jura-novit-curia-the-right-to-be-heard-decision-of-the-swiss-federal-supreme-court-as-of-9-june-2009-4a_1082009/. (Consultada el 21 de julio de 2010).

¹⁹ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, página 950.

²⁰ RUNELAND, Per, "*Jura Novit Curia in Finnish and Swiss Arbitration*", *Sansfrontieres*, bi-annual Newsletter of SJ Berwin's International Arbitration Group, 8 de septiembre de 2009, páginas 5-7.

La Suprema Corte decidió no anular el laudo. En su razonamiento afirma que se demostró la carga de las alegaciones, al haberse basado el laudo en hechos invocados por el demandante y respecto de los cuales el demandado comentó. Por otra parte, la Suprema Corte aplicó el principio de *iura novit curia* y claramente declaró que "el Tribunal no estaba obligado por el razonamiento jurídico presentado por las partes".²¹

En otro caso, *José Ignacio Urquijo Goitia c. Liedson da Silva Muñiz*, mismo que involucró un agente que celebró un acuerdo con un jugador de fútbol brasileño, según el cual, al agente se le otorgó el derecho exclusivo de representación en Europa. Sin embargo, el jugador contrató con un club de fútbol portugués sin la participación del agente. La Corte Arbitral del Deporte (*Court of Arbitration for Sport*) dictaminó basándose en una disposición de carácter imperativa contenida en la *Swiss Federal Law on the Employment Exchange and the Hiring-out of Personnel*, que no había sido invocada por las partes. Esta disposición preveía que una persona buscando empleo, aunque obligado contractualmente a un corredor o agente, puede utilizar los servicios de otros corredores.

La Suprema Corte Federal suiza dictaminó: i) que el panel debió haber permitido a las partes formular observaciones sobre la disposición legal que decidió el resultado del caso, ii) que el derecho del agente a ser oído fue violado, y iii) que el laudo fue anulado debido a la violación de su derecho a ser oído.²²

Ambos casos, *Comesa* y *Silva Muñiz* se refieren a situaciones en que las partes no invocaron una ley que fue utilizada por el tribunal o panel para decidir el caso. El Lic. Per Runeland ha analizado ampliamente esta situación, poniendo de relieve las diferencias entre ambos casos, e indicando que "hay diferencias sustanciales entre los dos casos"²³ que pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) En el caso finlandés se aplicó un principio básico del derecho civil (que sin duda era aplicable a la controversia). En el caso suizo, una ley fue aplicada (aún cuando no era aplicable) y por lo tanto las partes no pudieron preverlo.
- b) En el caso finlandés los árbitros conocían la ley, mientras que en el caso suizo la desconocían y aplicaron una disposición erróneamente, sin permitir a las partes presentar sus observaciones.

Como solución práctica, en un caso en que las partes no han logrado invocar dichas normas, se alienta al tribunal arbitral a invitar a las partes a expresar su opinión sobre este tema, con el fin de garantizar el debido proceso.

²¹ RUNELAND, Per, "*Iura Novit Curia in Finnish and Swiss Arbitration*", *Sansfrontieres*, bi-annual Newsletter of SJ Berwin's International Arbitration Group, Issue 8 de septiembre de 2009, páginas 5-7.

²² Comentando sobre esta caso LEVY, Laurent *en su artículo "Iura Novit Curia? The Arbitrator's Discretion in the Application of the Governing Law"*, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/03/20/jura-novit-curia-the-arbitrator%E2%80%99s-discretion-in-the-application-of-the-governing-law/> (consultado el 21 de julio de 2010), ha indicado que la Suprema Corte Federal Suiza hasta esta decisión, *había "siempre utilizado "iura novit curia" para rechazar la anulación de los procedimientos, es decir, para salvar los laudos de los árbitros que se habían basado, sin duda, en razones jurídicas más allá de los argumentos de las partes Por lo tanto, no es realmente una cuestión de derecho sustantivo, sino que la ley está siendo aplicada sin que las partes sean capaces de formular observaciones respecto esa ley sustantiva. Hasta donde yo tengo conocimiento, la Decisión del 9 de febrero de 2009 representa la primera vez que el FT anuló un laudo a pesar de "iura novit curia"*.

²³ RUNELAND, Per, "*Iura Novit Curia in Finnish and Swiss Arbitration*", *Sansfrontieres*, bi-annual Newsletter of SJ Berwin's International Arbitration Group, Issue 8 de septiembre de 2009, páginas 5-7.

Este problema puede ser ejemplificado haciendo referencia a dos procedimientos de nulidad, que recientemente llegaron a la Corte de Apelación en París.

La primera resolución de nulidad fue dictada en diciembre de 2009, misma que versó respecto la anulación parcial de un laudo arbitral. Los antecedentes del arbitraje se relacionaban con un contrato para fabricar botellas PET, en el que las partes tuvieron un desacuerdo e iniciaron un procedimiento de arbitraje ante la CCI.²⁴

La parte vencida promovió un procedimiento de nulidad invocando la violación del principio de contradicción estipulado en el artículo 1502 del Código de Procedimientos Civiles francés. En concreto, la parte que solicitó la anulación, alegó que el Tribunal Arbitral decidió respecto la validez del contrato refiriéndose a una disposición legal (una norma austriaca – Wegfall der Geschäftsgrundlage) no invocada por las partes y la cual no había sido objeto del debate entre las partes durante el arbitraje. El Tribunal de Apelación de París anuló el laudo tras considerar que el principio de contradicción se había violado, puesto que ninguna de las partes había solicitado la aplicación de la misma, ni se les había concedido la oportunidad de comentar respecto esa disposición en concreto.

La segunda resolución de nulidad fue dictada en marzo de 2010 por el Tribunal de Apelación de París.²⁵ El caso estaba relacionado con la explotación de yacimientos de níquel en Cuba. La parte que solicita la anulación del laudo alegó que el Tribunal Arbitral no había cumplido con la misión conferida puesto que había violado los principios de contradicción y de política pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 1502 del Código de Procedimientos Civiles francés. El Tribunal de Apelación anuló el laudo con base en que el Tribunal Arbitral dictó el laudo sustituyendo la indemnización reclamada por una de las partes y omitiendo dar a las partes la oportunidad de pronunciarse respecto esa disposición, incurriendo en una violación al principio de contradicción.

Estas resoluciones de nulidad resumen la importancia del debido proceso en la aplicación de la ley, con el fin de asegurar la ejecución de los laudos.

2. Cumplimiento de las normas obligatorias y de orden público

Un laudo puede ser anulado cuando viola el orden público, como puede ser el caso cuando éste contiene disposiciones que violan las leyes imperativas, o principios fundamentales de derecho:

a) Además de las normas de derecho elegidas por las partes, el árbitro también está obligado a aplicar *"... una serie de normas obligatorias que son requisitos esenciales de cualquier sistema de solución de controversias, privado o público, que tienen una incidencia en los deberes del árbitro."*²⁶

b) Por otra parte, los árbitros también pueden optar por no aplicar la ley que rige al arbitraje, cuando ésta sea contraria al orden público: *"No hay duda de que los árbitros tienen el derecho de ignorar las disposiciones de la ley"*

²⁴ Cour d'appel de Paris, Pole 1 – Chambre 1, Arrêt du 3 Décembre, 2009, Numéro d'inscription au répertoire général: 08/13618, Recours en Annulation, République Française.

²⁵ Cour d'appel de Paris, Pole 1 – Chambre 1, Arrêt du 25 Mars, 2010, Numéro d'inscription au répertoire général: 08/23901, Recours en Annulation, République Française.

²⁶ LEW, MISTELIS, KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, página 276.

que rige el arbitraje y cuya Ley fue elegida por las partes, cuando consideren que esas disposiciones son contrarias al orden público internacional".²⁷

Sin embargo, en la práctica es raro que los árbitros decidan no aplicar las normas jurídicas de la Ley, elegida por las partes para que rijan el arbitraje.

Según Fouchard, Gaillard y Goldman *"El quid del problema es la determinación del razonamiento que los árbitros deben adoptar cuando se enfrentan a una argumentación consistente en que un contrato es ilegal a la luz de normas jurídicas distintas de las que rigen el contrato"*²⁸

En un caso inglés, *Soleimany v. Soleimany*²⁹ hay un ejemplo ilustrativo de orden público y violaciones a la ley. El caso se relacionaba con un acuerdo referente a la exportación de tapetes persas de Irán a Inglaterra. La exportación de tapetes contravenía la legislación tributaria iraní. El laudo fue dictado bajo la ley judía y el laudo arbitral decidió que, aún cuando el contrabando de alfombras era ilegal no tenía incidencia en los derechos contractuales de las partes.

El Tribunal de apelación consideró que *"En donde el orden público está implicado, la interposición de un laudo arbitral no aísla el reclamo exitoso, de una parte, respecto de la ilegalidad que le dio lugar."*³⁰ Por tanto, el Tribunal declaró respecto de su ejecución en Inglaterra, que el acuerdo era ilegal y contrario al orden público.

Otro caso, *Westacre Investments, Inc.*³¹ implicó la compra de equipo militar en Kuwait. El contrato se rigió por legislación suiza. El tribunal arbitral desestimó las alegaciones de los demandados de que el contrato involucró soborno y por tal hecho debía ser declarado nulo.

El laudo fue dictado en favor de Westacre y los demandados lo impugnaron por razones de orden público. El Tribunal de Apelación resolvió que el laudo debía ser ejecutado porque a pesar de que éste era contrario al orden público de Kuwait, su ejecución no era contraria al orden público de Suiza.

IV. Solución práctica en el arbitraje internacional para establecer los contenidos de la ley elegida.

La mayoría de leyes de arbitraje facultan al tribunal arbitral para determinar el procedimiento en cuanto a la determinación de los hechos y la ley. Por lo tanto, los árbitros tienen permitida una gran flexibilidad para decidir la forma de establecer el contenido de la ley.

Como punto de partida, los árbitros tienen una amplia discreción y flexibilidad para establecer el contenido de la ley sustantiva. Por lo tanto, el tribunal arbitral debe tener acceso al contenido de la ley extranjera aplicable. Para llegar a esta meta parece haber una postura liberal tomada en el foro³²

²⁷ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, páginas 860-861.

²⁸ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, página 851.

²⁹ *Soleimany v. Soleimany* [1998] 3 WLR 811, [1999] QB 785 (CA), [1999] 3 All ER 847, 859.

³⁰ LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, página 724.

³¹ *Westacre Investments Inc. v Jugoimport –SDPR Holding Co Ltd and Others* [1999] 3 All ER 864, 876.

Generalmente en la práctica, los tribunales arbitrales son capaces de resolver la controversia analizando las pruebas presentadas por las partes, los hechos controvertidos y los términos contractuales. En tal caso, los árbitros no se enfrentan al tema de determinar el contenido de las normas sustantivas aplicables, y pueden resolver válidamente la controversia interpretando los términos contractuales y aplicando los principios de derecho, tal como lo permite, por ejemplo, el artículo 33 (3), del Reglamento de la CNUDMI, que dispone que:

*"(3) En todos los casos, el tribunal arbitral deberá decidir, de conformidad con los términos del contrato y deberá tener en cuenta los usos mercantiles aplicables a la transacción."*³³

Por lo tanto, los tribunales arbitrales normalmente analizan los documentos y otras pruebas exhibidas por las partes, así como su conducta posterior, con el fin de determinar la intención y el entendido de las partes al momento de la ejecución del contrato.

Cuando no sea posible resolver la controversia únicamente en función de los términos contractuales, los árbitros deben aplicar una ley que es a menudo desconocida o de difícil acceso. Hay escasa doctrina respecto a la metodología que se debe utilizar y no hay una orientación clara dada por las reglas de arbitraje.

En este típico escenario, la práctica del arbitraje en el continente americano ha evolucionado en que, en los casos cuando los árbitros no están familiarizados con la ley, las partes normalmente presentan dictámenes de expertos en la ley aplicable. Durante la audiencia, los árbitros examinarán peritos, limitándose a los puntos clave de la controversia. A partir de entonces, si los árbitros requieren cualquier presentación sobre un punto específico de la ley, solicitarán información de las partes.

En mi experiencia, los árbitros deben usar todos los métodos disponibles que les permitan establecer el contenido de la ley elegida por las partes para resolver la controversia. Entre los métodos que he utilizado en la práctica, caben mencionar los siguientes:

- a) Búsqueda del apoyo de co árbitros, cuando éstos tienen conocimientos específicos sobre la ley aplicable.
- b) Estudiar a fondo los memoriales y escritos de las partes, en preparación para la fase oral del procedimiento, con el fin de tener la suficiente oportunidad de detectar e interrogar sobre cuestiones clave.
- c) Determinar en una orden procesal si las actuaciones se llevarán a cabo en un estilo contradictorio o inquisitivo.³⁴

³² Ver más: FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, página. 689. LEW, MISTELIS, KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, página 282.

³³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Reglamento de Arbitraje, Asamblea General, Resolución 31/98.

³⁴ LEW, MISTELIS, KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, páginas 725-726: "Es una tradición de Europa continental que un tribunal tome la iniciativa respecto la dirección de la comprobación de los hechos y de la ley. Par tal propósito, podría llevar a cabo su propio examen de testigos. Por otro lado, los litigios en los países de common law, son tradicionalmente contradictorios. En procedimientos contradictorios, el principio es que las partes llegan a la verdad por la exhibición de pruebas y, a continuación las pruebas presentadas son examinadas mediante interrogatorios realizados a los testigos pertinentes. "

d) Cuando sea posible, combinar la tradición continental y la postura del derecho común, garantizando un procedimiento flexible. Esta metodología es eficaz, ya que permite combinar el estudio independiente, con informes de peritos y declaraciones presentadas por las partes sobre el contenido de la ley extranjera. Este enfoque facilita la tarea del tribunal arbitral consistente en determinar el contenido de la ley y consiste en una solución práctica que podría reducir los costos en el arbitraje.

e) El interrogatorio de los peritos en la audiencia es un punto importante (si no es que un punto crucial) para que el árbitro determine la ley. En esta fase, los procedimientos de "common law" en que las partes alegan y prueban la ley aplicable, son los más valiosos.

f) Los árbitros cuando dirigen preguntas directamente a los peritos, podrán determinar el contenido de la ley aplicable o aclarar cualquier punto que derive de su investigación independiente de la ley. Por lo tanto, los árbitros deben usar la audiencia para interrogar a los testigos refiriéndose a cuestiones jurídicas. Este es el momento perfecto para que los árbitros cuestionen y confronten a los peritos con puntos delicados y relevantes de la ley, tanto aquellos comprendidos en el expediente como aquellos no mencionados en él.

g) Además, en mi experiencia, llamar a los peritos de ambas partes para la confrontación de puntos legales y para discutir e interpretar sus posiciones, ha dado resultados excelentes. Este método me ha permitido puntualizar la discusión y poder deliberar sobre temas específicos y controvertidos de la ley. Esto coincide con una armonización de posturas, mediante la cual el tribunal permitirá a las partes realizar sus interrogatorios, y después el tribunal hará uso de su amplia facultad para interrogar tanto sobre los puntos controversiales, como otros puntos de la ley que podrían ser centrales en la controversia.

h) Otro método valioso para establecer el contenido de la ley, es plantear preguntas adicionales para que sean respondidas por ambas partes, mediante escritos de alegatos finales.

i) Por otra parte, el tribunal arbitral también debería realizar un estudio independiente de la ley cuando lo considere relevante.

j) Los árbitros deberán facilitar a las partes el examen y análisis crítico de cualquier punto específico que no haya sido abordado por ellas y que formará parte del laudo.

Al aplicar una ley nacional, el tribunal arbitral tendrá que: i) estar al tanto de la jerarquía de las fuentes jurídicas; ii) y como regla general, aplicar la ley en vigor.

Además, los árbitros deben ser flexibles en el proceso de interpretación de la ley aplicable. En este ejercicio los tribunales pueden considerar la práctica internacional o estándares internacionales que los ayuden a interpretar las normas nacionales. Por otra parte, los árbitros podrán decidir aplicar las normas jurídicas transnacionales o internacionales.

Aún cuando las partes elijan un derecho aplicable, bien podría ser que la solución que solicitan no se encuentre contemplada en dicha ley. Ante este escenario, los árbitros tienen el derecho de aplicar otras leyes diferentes a la

ley que eligieron las partes. En el supuesto, en que las partes hubieren omitido pronunciarse sobre la ley aplicable, los árbitros tienen plena libertad para determinar y establecer el contenido de la ley.³⁵

En conclusión, en la práctica los árbitros tienen flexibilidad, y con fundamento en ella deben utilizar todos los métodos disponibles con el fin de llegar a la audiencia con los conocimientos suficientes que les permitan hacer preguntas relevantes a las partes, centrándose en los puntos importantes y torales. Si y cuando el tribunal arbitral sea capaz de detectar estos puntos y cuestionar a ambas partes y peritos durante la audiencia, esta discusión los llevará un paso más cerca de conocer la ley, así como de aplicarla.

V. La perspectiva del abogado

El papel del abogado al presentar el caso ante el tribunal arbitral es importante en la medida en que una presentación adecuada del caso permite a los árbitros detectar los puntos clave respecto de cuestiones jurídicas fundamentales y garantiza que las expectativas de las partes sean satisfechas por el tribunal arbitral al momento de resolver la controversia.

Resulta conveniente que el abogado tenga en cuenta lo siguiente:

- a) La elección de los árbitros tendrá un impacto respecto de la aplicación de la ley.

Una pregunta común referente a esta materia sería: ¿Los árbitros deben conocer el derecho aplicable? A lo que no hay una respuesta correcta. Parece conveniente que conozcan el derecho aplicable, sin embargo, no es indispensable. Puede haber otras características que podrían ser de mayor importancia a la hora de elegir un árbitro, como la experiencia del árbitro en el manejo de otros casos. O bien, que la controversia tuviera un carácter más contractual o que involucrara aspectos técnicos determinados que no giren en torno a la aplicación de la ley que rige la controversia.

Por el contrario, donde la comprensión y aplicación de la ley es fundamental para la solución de la controversia, no hay duda de que deberán preferirse los árbitros que conozcan la ley. Especialmente cuando la controversia implique aspectos jurídicos complejos es recomendable que el abogado se asegure de que hay un co-árbitro que guiará el proceso respecto la aplicación de la ley o bien, un presidente que sea conocedor de la misma.

Por otro lado, la tradición jurídica de los árbitros influenciará sobre la solución de la controversia. Un árbitro, familiarizado con el sistema jurídico de derecho civil, generalmente considerará que debe investigar el derecho aplicable. Mientras que un árbitro, familiarizado con el derecho común, esperará que la ley sea probada por las partes. Debido a lo anterior, el abogado debe tener experiencia suficiente respecto del fondo de la controversia y sus posibles consecuencias jurídicas, a fin de tomarlo en cuenta al elegir un árbitro.

La descripción anterior, no implica el panorama completo en que las partes buscan satisfacción, respecto un asunto que no está cubierto por la ley elegida o presentada.

En tales casos, el marco jurídico del árbitro no podría cubrir todos los temas involucrados.

³⁵ Ver más: FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, páginas 881-882.

b) Cuando existan dudas por el tribunal arbitral respecto la aplicación del derecho sustantivo, el abogado debería abordar esta cuestión, sobre todo en la audiencia procesal.

c) Los abogados aún cuando no estén obligados, se espera que presenten pruebas suficientes y pongan a disposición material legal (así como buenas traducciones), dado que la práctica arbitral ha evolucionado en esperar que *"las partes presenten sus argumentos jurídicos en sus alegaciones por escrito y demuestren el contenido de la ley elegida por medio de distintos medios probatorios, como documentos (ya sean autoridades, leyes, resoluciones judiciales, laudos arbitrales, doctrina), o bien peritos."*³⁶

d) Los abogados son responsables de definir una estrategia, tomando en consideración si los árbitros tienen conocimiento de la ley aplicable, así como de las culturas jurídicas de los árbitros y definiendo si, en el caso particular, es conveniente proveer al tribunal arbitral con información sobre el derecho aplicable. Del análisis anterior, se determinará si procede o no presentar dictámenes periciales o bien, si se debe confiar en los árbitros, quienes tienen conocimiento del derecho aplicable.

e) Durante la audiencia, los abogados deben examinar peritos de manera eficiente permitiendo a los árbitros detectar y comprender cualquier cuestión que sea relevante respecto de su reclamación.

En conclusión, la audiencia es el momento perfecto para que los árbitros hagan frente a las cuestiones jurídicas y para que i) determinen cómo aplicar la ley elegida por las partes, ii) establezcan el contenido de la ley o corrijan cualquier error de Derecho o bien, aclaren cualquier cuestión relacionada con la solución que se pretende, iii) otorguen a las partes la suficiente oportunidad para comentar sobre las disposiciones de la ley aplicable y iv) garanticen la validez y ejecución del laudo arbitral.

³⁶ LEVY, Laurent, "*Jura Novit Curia? The Arbitrator's Discretion in the Application of the Governing Law*", <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/03/20/jura-novit-curia-the-arbitrator%E2%80%99s-discretion-in-the-application-of-the-governing-law/>. (Consultada el 21 de julio de 2010).