



## Arbitraje y Solución de Controversias en Materia de Construcción

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

## Consejo Editorial.

Presidente ICC México.  
Ing. Pierre Froidevaux Chavan

Vicepresidentes ICC México.  
Ing. Ricardo González Sada  
Lic. Juan Luis Prieto Jacqué

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 ICC. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC.

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 ICC.

Título de la publicación: ICC 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 Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518  
Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105  
Domicilio de la publicación y del distribuidor: Av. Insurgentes Sur 950 1er. piso Colonia Del Valle, C.P. 03100, México D.F.  
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321, 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628.

web: [www.iccmex.org.mx](http://www.iccmex.org.mx)

e-mail: [camecic@iccmex.org.mx](mailto:camecic@iccmex.org.mx); [laura@iccmex.org.mx](mailto:laura@iccmex.org.mx)

**2** Carta del presidente

**3** La solución de controversias en el acuerdo entre los gobiernos de México y el Reino Unido de la Gran Bretaña para la promoción y protección recíproca de las inversiones.

José Luis Siqueiros Prieto

**8** Introducción a los dispute boards

Lic. Cecilia Quintanilla Madero

**14** Otros mecanismos de solución de controversias utilizados en proyectos de construcción

Lic. Fernando Estavillo Castro

**31** Reporte Final sobre Arbitrajes en la Industria de Construcción Comisión de Arbitraje Internacional CCI

Dr. Herfried Wöss

**35** Final Report on Construction Industry Arbitrations

Commission on International Arbitration

**63** Técnicas para controlar el tiempo y los costos en los procedimientos arbitrales

Lic. Katherine González Arrocha

**67** Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje. Un reporte de la Comisión de Arbitraje de la CCI

Traducción: Cecilia Flores Rueda y Carlos J. McCadden M.  
Revisión final: Claus von Wobeser

**84** Casos y situaciones prácticas en arbitraje en materia de construcción (primera parte)

Ing. Victor M. Hardy Mondragón

Ing. Ernest Hechenberger

Lic. Marco Tulio Venegas

Casos y situaciones prácticas en arbitrajes en materia de construcción (segunda parte)

**109** Lic. Claudio Dan Rodríguez de Iberdrola

**116** Lic. Jaime Gray

**Estimados Socio y Amigos:**

El arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, se ha convertido en uno de los mejores y más utilizados métodos para resolver disputas comerciales, en específico para resolver las controversias derivadas de contratos de obra, de infraestructura o de construcción.

Por lo general los contratos de obra, en sus distintas modalidades, suelen ser contratos muy complejos, tanto en su estructuración, como en su ejecución y operación. Esta complejidad, en la mayoría de los casos, se traspasa a las controversias derivadas de dichos contratos y, por ende, a los distintos métodos o procedimientos utilizados para resolver estas controversias.

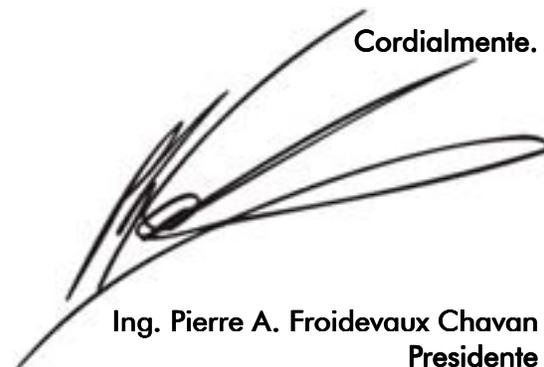
Derivado de la complejidad de las controversias en materia de construcción, la Comisión de Arbitraje Internacional de ICC México, ha desarrollado una serie de herramientas útiles para lograr resolver dichas disputas en forma eficiente y expedita; en particular, en fechas recientes se han desarrollado recomendaciones prácticas para evitar problemas y agilizar procedimientos de arbitraje en materia de construcción.

Con este objetivo ICC México organizó un seminario sobre Arbitraje en construcción y hemos dedicado el número 54 de nuestro boletín informativo PAUTA, a las memorias del mismo.

PAUTA 54 es un ejemplo claro de los objetivos de la Comisión de Arbitraje, por lo que invitamos a los empresarios y agremiados de este capítulo a conocer las bondades de los métodos de resolución de controversias de CCI e integrarse activamente a esta comisión.

Tenemos confianza que este boletín, sus artículos, reporte y memorias sean de su interés y utilidad.

**Cordialmente.**



**Ing. Pierre A. Froidevaux Chavan  
Presidente**

**La solución de controversias en el acuerdo entre los gobiernos  
de México y el Reino Unido de la Gran Bretaña  
para la promoción y protección recíproca de las inversiones.  
José Luis Siqueiros\***

I.- Reciente Acuerdo entre el Gobierno de México y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en Viena, Austria el 12 de mayo de 2006.

La extensa lista de Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) suscritas por los Estados Unidos Mexicanos con Gobiernos de diversos países, se incrementó en fecha reciente con un nuevo Acuerdo celebrado con el Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

El nuevo APPRI se firmó en Viena, Austria el 12 de mayo de 2006; su texto fue aprobado por el Senado, entrando en vigor después de que cada Parte notificó a la otra del respectivo cumplimiento de los requisitos formales para su aprobación. El Acuerdo tiene como objetivo el crear condiciones favorables para mayores inversiones de los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra, reconociendo que la protección recíproca de aquellas fomentará la iniciativa empresarial individual y aumentará la prosperidad en ambos Estados.

El Acuerdo consta de cuatro capítulos. El primero se refiere a las Disposiciones Generales; el segundo versa sobre la Protección a la Inversión; el tercer Capítulo, que es la materia de este estudio, alude a la Solución de Controversias y está compuesto por dos Secciones. La Primera referida a la solución de controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante; la Segunda a la solución de controversias entre las mismas Partes Contratantes. El Capítulo Cuarto contiene las "Disposiciones Finales" relacionadas con la aplicación del Acuerdo, las consultas, aplicación de otras Reglas, la extensión de las mismas a otros territorios, la entrada en vigor del Acuerdo, su duración y terminación de su vigencia.

El Capítulo I en su primer artículo, contiene las disposiciones generales, mismas que incluye las definiciones de aquellos conceptos que integran la materia que se legisla, tales como "apoyo a la inversión", "emisor", "empresa", "inversión", etc., proporcionando el significado que debe darse a cada uno.

El artículo 2 del mismo Capítulo establece que cada Parte Contratante admitirá las inversiones de conformidad con sus leyes y reglamentos y que con la intención de incrementar los flujos bilaterales de inversión, las Partes Contratantes podrán elaborar documentos para la promoción de la inversión e intercambiar información relativa: a) oportunidades de inversión; b) legislación que, directa o indirectamente afecte a la inversión extranjera, así como c) estadísticas sobre inversión extranjera en sus respectivos territorios.

El Capítulo II "Protección a la Inversión" establece en sus primeros artículos el nivel mínimo de trato que debe concedérsele de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, así como el trato nacional y el de la nación más favorecida. Sin embargo se precisan excepciones a estos dos principios en el sentido de no obligar a una Parte Contratante a extender dichos beneficios cuando el tratamiento privilegiado resulte de (a) cualquier unión

---

\* Miembro de la Comisión de Arbitraje Internacional, Vicepresidente de la Comisión de Arbitraje de ICC México

aduanera, mercado común, área de libre comercio o cualquier acuerdo o arreglo internacional similar del que una de las Partes Contratantes sea o llegue a ser parte, así como (b) de cualquier otro acuerdo internacional o legislación doméstica relacionado con materias fiscales. En caso de cualquier inconsistencia entre este Acuerdo y dichos arreglos, prevalecerán las disposiciones de estos últimos.

En el caso de compensación por pérdidas debidas a guerra u otros conflictos armados, así como de disturbios ocurridos en unas de las Partes Contratantes, los inversionistas que sufran las mismas recibirán un trato no menos favorable que aquel que la Parte Contratante donde ocurrieron dichos disturbios conceda a sus propios inversionistas o a los de cualquier tercer Estado.

Las inversiones de cada Parte Contratante no podrán ser nacionalizadas o expropiadas en el territorio de la otra Parte, salvo que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias y mediante el pago de una indemnización justa. Cada Parte Contratante garantizará también a los inversionistas de la otra el derecho de transferir libremente sus inversiones y sus rentas.

El emisor, es decir, la agencia designada de una Parte Contratante, podrá otorgar a los inversionistas de cualquier otra Parte Contratante apoyo a la inversión en relación con proyecto o actividades en el territorio de la otra Parte Contratante. El emisor otorgará dicho apoyo a la inversión solo respecto de proyectos y actividades permitidas por la ley de la otra Parte Contratante al momento de otorgarlo.

Hemos mencionado que el Capítulo II contiene disposiciones relativas a la Protección a la Inversión y más concretamente al nivel mínimo de trato que debe otorgársele de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, además del trato nacional y el trato de la nación más favorecida. El mismo Capítulo II contiene disposiciones referentes a posibles expropiaciones de la inversión, señalando las reducidas causas y bases para llevarlas a cabo; también incluye la garantía de la libre transferencia de las inversiones y sus rentas, así como el apoyo a la inversión por parte de las "emisores", o sea aquellas agencias designadas por una Parte Contratante que proporcionen apoyo a la inversión y que son designadas por una de las Partes Contratantes, pero no referidas de otra manera al Gobierno de algunas de las Partes.

El Capítulo II también señala la garantía de los inversionistas al derecho de transferir libremente sus inversiones y rentas, bajo las condiciones que impone el artículo 8 del mismo Capítulo II.

Sin embargo, retomando el tema de la solución de controversias, debemos analizar el Capítulo III del Acuerdo. Este Capítulo tiene dos Secciones. La primera está referida a la solución de controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante. La segunda, a la solución de controversias entre las mismas Partes Contratantes.

El Capítulo IV contiene las disposiciones finales, destacando que el término "inversión" incluye a todas las inversiones, hayan sido efectuadas antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo, aclarando que este último no se aplicará a reclamaciones derivadas de eventos, o de reclamaciones de eventos que ocurrieron antes de su entrada en vigor. El Acuerdo tiene una vigencia de diez años. Sin embargo, transcurrido dicho término continuará en vigor doce meses posteriores a la fecha en que alguna de las Partes Contratantes hubiere notificado a la otra, por escrito, su intención de terminarlo. Las disposiciones del Acuerdo continuarán vigentes respecto de las inversiones efectuadas durante su vigencia, por un período de quince años contados a partir de la fecha de su terminación.

## II.- Visión panorámica del Acuerdo.

Este Acuerdo viene a sumarse a la extensa relación de aquellos firmados por el Gobierno de México con diversos países para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI). El primero de ellos fue celebrado con el

Reino de España\* el 22 de junio de 1995; mismo que fue publicado en el Diario Oficial del 17 de marzo de 1995; posteriormente se han suscrito 21 APPRIs con diferentes países, siendo el último el negociado con el Gobiernos de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Todos ellos han sido aprobados por la Cámara de Senadores y el Decreto Promulgatorio respectivo publicado en el Diario Oficial de la Federación.

El Capítulo I contiene las disposiciones generales, básicamente las definiciones y las reglas generales para la admisión de las inversiones.

El segundo capítulo está referido a disposiciones relativas a la protección a la inversión. El tercero, “solución de controversias” el que más nos interesa para los fines de este estudio, se integra por dos secciones: la primera, “Solución de Controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante”; y una segunda referida a la solución de diferendos entre las mismas Partes (Estados) Contratantes. Por último, el Capítulo Cuarto contiene las “disposiciones finales” relativas a la aplicación del acuerdo, incluyendo la celebración de consultas o la posible aplicación de otras Reglas; la extensión de sus disposiciones a otros territorios cuyas relaciones internacionales sean responsabilidad del Reino Unido; a la entrada en vigor del Acuerdo, así como a su duración y terminación.

### La Solución de controversias

#### III-A) Primera Sección. Solución de aquellas que se plantean entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra.

La regla general es que el inversionista que tenga una controversia con una Parte Contratante intentará primero dirimirla por la vía de consulta o de negociación.

Sin embargo, cuando el inversionista que no haya resuelto su diferendo con la otra Parte Contratante dentro de los seis meses siguientes a los hechos que lo motivaron, podrá someter su reclamación al arbitraje, manifestando que la otra Parte Contratante ha incumplido una obligación establecida en el Capítulo II del Acuerdo (Protección a la Inversión) y que como resultado ha sufrido pérdida o daño en su patrimonio. El inversionista contendiente podrá someter su reclamación conforme al Convenio del CIADI sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, siempre que tanto la Parte Contratante contendiente como la Parte Contratante del inversionista sean partes de dicho Convenio. También podrá invocar las Reglas del Mecanismo Complementarios del CIADI, siempre y cuando la Parte Contratante contendiente o la Parte Contratante del inversionista, pero no ambas, sean partes del mismo Convenio.

Igualmente podrá someter la reclamación a arbitraje invocando el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre dos Partes de las que solamente una de ellas es un Estado (Reglas de Arbitraje de la CPA), o de cualesquiera otras reglas de arbitraje si las partes contendientes así lo acuerdan.

El inversionista contendiente deberá manifestar su consentimiento al arbitraje conforme a los procedimientos establecidos en el Acuerdo suscrito entre los dos Gobiernos. Asimismo, el inversionista contendiente podrá someter una reclamación a arbitraje en representación de una empresa de la otra Parte Contratante cuando esta última sea una persona moral propiedad del inversionista o bajo su control, pero solo si, tanto el inversionista, como la empresa manifiestan su consentimiento al arbitraje conforme los procedimientos establecidos en el Acuerdo y renuncian a su derecho a iniciar cualquier otro procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial de conformidad con la legislación de una Parte Contratante. El consentimiento y la renuncia deberán ser por escrito,

\* Véase relación anexa.

entregados a la Parte Contratante contendiente e incluidos en el sometimiento de la reclamación al arbitraje. Cada Parte Contratante consiente de manera incondicional en someter una controversia al arbitraje internacional. Dicho consentimiento y el sometimiento de una reclamación al arbitraje por parte del inversionista contendiente deberán cumplir con los requisitos señalados en el Capítulo II del Convenio del CIADI, así como con las Reglas de su Mecanismo Complementario; igualmente, con lo dispuesto en el Artículo II de la Convención de Nueva York, en lo relativo al “acuerdo por escrito”.

A menos que las partes contendientes lo acuerden de otra forma, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros y será establecido conforme a las Reglas de la CPA. Si dicho tribunal determina que las reclamaciones sometidas al arbitraje plantean cuestiones en común –de hecho o de derecho– el tribunal podrá ordenar que, asumiendo jurisdicción, resuelva todas o parte de las reclamaciones de manera conjunta, o conozca y resuelva de una o más de dichas reclamaciones sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras; para ello dictará una orden de acumulación.

Cualquier arbitraje podrá realizarse en un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York; para dicho efecto se considerará que las reclamaciones sometidas al arbitraje derivan de una relación u operación comercial. El tribunal arbitral decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Acuerdo y con las reglas y principios aplicables del derecho internacional.

El laudo que dicte el tribunal arbitral será definitivo y podrá ordenar daños pecuniarios y cualquier interés aplicable, así como la restitución de la propiedad y el pago de costas de acuerdo con las reglas que sean procedentes. El laudo será obligatorio solamente respecto de las partes contendientes y con respecto al caso particular. Será público, a menos que las partes contendientes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral no podrá ordenar el pago de daños punitivos. Una parte contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo conforme al Convenio del CIADI o a la Convención de Nueva York, si ambas Partes Contratantes son partes contratantes de estos tratados. Sin perjuicio de cualquier procedimiento para anular o revisar un laudo, la parte contendiente deberá acatar y cumplir con el laudo sin demora. Una Parte Contratante no podrá iniciar procedimientos relacionados con la solución de controversias entre ella y otras Partes, a menos que la otra Parte Contratante incumpla o no acate un laudo dictado en una controversia que un inversionista haya sometido conforme a la Primera Sección de este Acuerdo.

### III.-B) Segunda Sección. Solución de Controversias entre las Partes Contratantes.

Como ya se indicó anteriormente, las Partes Contratantes, es decir los Gobiernos de México y del Reino Unido, intentarán resolver cualquier controversia respecto de la interpretación o aplicación del Acuerdo a través de consultas, que serán prontas y amigables. En caso de que la controversia no sea resuelta por dichos medios dentro de un período de cuatro meses a partir de la fecha en que una Parte Contratante solicitó dichas consultas, la controversia será sometida a un tribunal arbitral establecido de conformidad con las disposiciones del Artículo 21 del Acuerdo, o, por acuerdo de las Partes Contratantes, a cualquier otro tribunal internacional.

El tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros. Cada Parte Contratante designará un árbitro y el tercero será seleccionado por los dos árbitros nombrados por las Partes y fungirá como presidente del tribunal. El presidente deberá ser nacional o residente de un tercer país con el que las Partes Contratantes se mantengan relaciones diplomáticas.

Una Parte Contratante podrá someter una disputa a un tribunal arbitral mediante la notificación por la vía diplomática a la otra Parte Contratante. Dicha notificación contendrá los fundamentos en que se basa la reclamación, así como el nombre del árbitro designado por la Parte que haya iniciado el procedimiento. Dentro de

los 60 días posteriores a la entrega de la notificación, la Parte demandada notificará a la otra Parte Contratante el nombre del árbitro designado por ella.

Si dentro de los límites de tiempo establecidos en el artículo 21 no se han realizado las designaciones requeridas, cualquier Parte podrá solicitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que realice la designación necesaria. Convocado por su Presidente el tribunal arbitral fijará la sede del arbitraje y la fecha de inicio del procedimiento. El tribunal arbitral emitirá su laudo por mayoría de votos y el mismo será por escrito; será definitivo y obligatorio para las Partes Contratantes.

#### IV.- Las Disposiciones Finales.

El término "inversión" incluye a todas las inversiones efectuadas antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo, pero las disposiciones del último no se aplicarán a reclamaciones derivadas de eventos que ocurrieron antes de su entrada en vigor. En caso de que las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o las obligaciones bajo el derecho internacional entre las Partes contuvieran reglas generales o específicas más favorables a las inversiones que aquellas previstas en el Acuerdo, tales reglas (mas favorables) prevalecerán sobre el Acuerdo.

Cada Parte notificará a la otra sobre el cumplimiento de sus requisitos constitucionales en relación con la aprobación y entrada en vigor del Acuerdo. Este último entrará en vigor 30 días después de la última de las dos notificaciones. El Acuerdo tendrá una vigencia de 10 años, pero continuará en vigor hasta la expiración de doce meses a partir de la fecha en que alguna de las Partes haya notificado por escrito a la otra su intención de terminación. El Acuerdo continuará vigente respecto de las inversiones efectuadas durante su vigencia por un período de 15 años contados a partir de la fecha de terminación y sin perjuicio de la aplicación posterior de las reglas generales del derecho internacional.

## Introducción a los Dispute Boards por Cecilia Quintanilla Madero <sup>1\*</sup>

Importancia y beneficios de mecanismo ágil de solución de controversias en contratos de construcción y a largo plazo

Los proyectos de infraestructura son de vital importancia para el desarrollo de los países, ya que con ellos se generan primeramente fuentes de trabajo en la realización propia del proyecto y una vez que la obra ha concluido, se transforma en una fuente de acceso a la inversión tanto local como extranjera, ya que si no se cuenta con medios de transporte, carreteras, puertos, luz, telecomunicaciones, etcétera, el costo de un proyecto de inversión va a elevarse, generando el desinterés por parte de los inversionistas de invertir en ese país.

Los proyectos de infraestructura generalmente implican la inversión de enormes cantidades de dinero que los gobiernos locales, sobre todo en países en vías de desarrollo no pueden financiar por sí solos, por lo que normalmente se efectúan con financiamientos del Banco Mundial, bancos regionales como el BID, Fondos de Inversión o simplemente por bancos privados.

Otro factor que es característico de este tipo de proyectos es la duración de los mismos.

Para lograr el financiamiento de estos proyectos, las instituciones financieras internacionales requieren diversos requisitos para brindar seguridad jurídica a su inversión. Uno de ellos son los esquemas previstos en la legislación y en los contratos de obra pública y a largo plazo para la solución de controversias entre las partes.

Como en muchos de estos contratos la parte contratante es el gobierno (Federal o local) del país, por sus leyes internas muchas veces tienen que sujetarse a sus leyes y en muchos casos a sus tribunales, lo cual, en ocasiones conlleva una desventaja para los contratistas, ya que puede suceder que existan limitaciones legales cuando se demanda al Estado o que el poder ejecutivo presione al poder judicial para no resolver la demanda, alargarla, declararse incompetente, etcétera, dejando a los contratistas en desventaja frente al poder del Estado y en consecuencia enormes dificultades para lograr concluir el proyecto correspondiente en forma exitosa, tanto en objeto como en el tiempo de duración de la obra y financieramente hablando.

Los proyectos de infraestructura tienen varias etapas como es la de construcción u la de operación de la obra, pudiendo esta última realizarse por el gobierno o dueño de la obra o por un tercero a través de lo que normalmente se conoce como una concesión.

En la etapa de construcción, surgen infinidad de controversias sobre temas de carácter técnico, alcance de la obra, administrativo, de calidad, casos fortuitos o fuerza mayor, elementos supervenientes, normas técnicas y de

---

<sup>1</sup> Derechos Reservados.

\* Presidente de l Comité de Dispute Boards de ICC México

seguridad, ampliación del plazo, cancelación de obras, mejoras en la tecnología. En la etapa de operación surgen problemas relativos a mantenimiento, calidad del servicio, precios, aforo, actualización de tecnología, etcétera.

Si todas las controversias mencionadas anteriormente tuviesen que someterse a los tribunales comunes y procesos ordinarios, o bien al arbitraje, demorarían tanto la obra que en muchos casos los proyectos conllevarían a la quiebra de la constructora o a que los proyectos queden inconclusos. Adicionalmente, las instituciones que se dedican a dar financiamiento a este tipo de proyectos, se volverían temerosas para financiarlos en ese país, lo que genera un retraso para el mismo.

Todo lo anterior reduce la competitividad del país a nivel internacional.

Por lo anterior, la comunidad internacional desde hace aproximadamente unos 20 años se han venido desarrollando e introduciendo en los contratos de construcción tanto públicos como privados, diversos mecanismos alternativos para solucionar algunas de las controversias que derivan de los mismos por la vía de la conciliación y sin que sea obligatorio llegar a un acuerdo para solventar la controversia, con lo cual las partes pueden optar por el arbitraje o bien acudir a las instancias judiciales acordadas entre las mismas, o bien que el dictamen del conciliador, Dispute Board o del experto sea obligatorio.

El método más exitoso dentro de los sistemas alternativos de solución de controversias ha sido el de los Dispute Boards, por lo cual cada vez más se prevén en legislaciones de diferentes países, organizaciones financieras como el Banco Mundial y organizaciones privadas como FIDIC han venido considerando la implementación de los Dispute Boards.

Veamos algunas cifras relacionadas con los proyectos en que se ha implementado un Dispute Board para la ejecución del contrato.

Según la Oficina Federal de Autopistas de los Estados Unidos de Norteamérica, en la construcción del Boston Central Artery, proyecto que costo \$7mil millones de USD, se firmaron 147 contratos, de los cuales 47 contenían el Dispute Board como mecanismo para la solución de controversias bajo el formato de Dispute Review Board. Se presentaron 15 casos al DRW y ninguno se fue al arbitraje.

La Dispute Resolution Board Foundation con sede en Estados Unidos de América tiene estadísticas desde el año de 1982 hasta el 2006, mismas que se encuentran publicadas en su página de Internet. De ahí he tomado la siguiente información.

En 1982 registró 5 proyectos con DB, en los cuales se presentaron 23 disputas al DB. Tanto en número de proyectos y el número de disputas fueron ascendiendo año con año. La última cifra que se tiene publicada es la correspondiente al año 2006, en el cual se tiene registrados 1860 proyectos con DB, con un valor de 97,637 mil millones de dólares. En esos proyectos se resolvieron 1,860 disputas, de las cuales, solamente se fueron 52 a instancias posteriores.

En cuanto a los costos y tiempo de resolución de las controversias, si lo comparamos con el arbitraje, normalmente éste tiene un costo del 5% del valor del contrato y tarda en resolverse entre uno y 5 años. A los Dispute Boards les toma la resolución de una controversias entre 90 y 180 días, a un costo inferior al 2% del valor del contrato.

## Reglamento Dispute Boards ICC

Quiero resaltar dos cosas:

Primeramente que fue publicado en otoño del 2004 en su versión en inglés y francés que son los idiomas oficiales de la ICC y que ya contamos con la versión en español que se publicó en el mes de febrero 2006.

Por último, que este reglamento está enfocado a todas las ramas de la industria y tipos de negocio, no solamente al área de construcción o contratos relacionados con la misma, como ha sido hasta ahora la utilización de este mecanismo.

## ¿Qué es un Dispute Board?

### Concepto

El DB es un mecanismo para la solución de controversias en el Sitio, formado típicamente por 3 personas independientes e imparciales, designadas por las partes contratantes al inicio del contrato. Los miembros del Dispute Board realizan visitas periódicas al sitio, revisan permanentemente la documentación relativa al proyecto y se involucran activamente en el mismo, asistiendo informalmente a las partes o bien, emitiendo sus recomendaciones o decisiones en las controversias que las partes le presentan.

### Tipos: DRB, DAB y CDB.

Típicamente existen dos tipos de Dispute Boards que son el Dispute Review Board y el Dispute Adjudication Boards que como veremos en un momento la diferencia entre uno u otro radica en las consecuencias que tiene para las partes el tipo de resoluciones que emiten. El tercer tipo de DB que se contempla el reglamento ICC es una innovación de la ICC y es un tipo combinado de los dos anteriores.

**DISPUTE REVIEW BOARD (DRB):** El DRB emite Recomendaciones en relación con las controversias planteada por las partes. Cuando ninguna de las partes emite su desacuerdo ante una recomendación dentro del plazo establecido, éstas se comprometen contractualmente a acatarlas. Cuando si emiten su desacuerdo dentro del plazo establecido, pueden someter la controversia al arbitraje u órgano jurisdiccional, según lo hayan previsto en el Contrato, y en tanto se emite la resolución arbitral o judicial, las partes no están obligadas a cumplir la resolución del DRB.

**DISPUTE ADJUDICATION BOARD (DAB):** El DAB emite decisiones en relación con la desavenencia planteada, la cual debe de ser cumplida por las partes desde el momento de su recepción. Cuando una de las partes exprese su desacuerdo dentro del plazo establecido la puede someter a arbitraje u órgano jurisdiccional competente, según el acuerdo contractual, no obstante, las partes deben cumplir con la decisión hasta en tanto no haya un laudo o resolución judicial en sentido contrario. En caso de que no se oponga a la decisión ninguna de las partes dentro del plazo establecido las partes quedan obligadas contractualmente a cumplir su decisión.

**COMBINED DISPUTE BOARD (CDB):** Normalmente emite recomendaciones respecto las desavenencias que le has sido planteadas, sin embargo puede emitir una decisión cuando una parte lo solicita y la otra no se opone a ello. En caso de oposición el CDB decidirá si emite una decisión o una recomendación según los criterios establecidos en el Reglamento ICC.

### Funciones Principales:

Básicamente son 4:

Visitas al sitio de ejecución del proyecto; Normalmente son tres veces al año, pero las partes pueden establecer que sean con mayor frecuencia. El objetivo de esto es mantener informado al DB del estado que guarda la evolución del proyecto.

Reportes de avance; Al inicio del contrato el DB y las partes se pondrán de acuerdo de los reportes que se les enviarán, frecuencia, etcétera. El objetivo, al igual que en el caso anterior es mantener informado al DB del estado que guarda la evolución del proyecto.

Procurar que las partes arreglen entre ellas sus controversias; El objetivo no es que todas las desavenencias sean resueltas por DB. EL DB debe de alentar a las partes a que resuelvan sus controversias entre ellas y puede asistirles de manera informal a lograr ese objetivo.

Solución de Controversias planteadas por las partes:

Recibir el reclamo, organizar las audiencias en su caso/ preparar y emitir la decisión.

Momento de su constitución: Se prevé desde las bases en casos de licitación/ inicio de contrato.

Integración: 1. 3 o más miembros según lo acordado por las partes en el contrato, normalmente esto obedece la integración al monto del contrato, ya que si es muy pequeño se recomienda un solo miembro, lo normal es de tres miembros, y en caso de que sea un contrato que requiera múltiples especialidades se recomienda la integración con más miembros. Por ejemplo la construcción y operación de un hospital. Pueden ser dos ingenieros y dos especialistas relacionados con la parte médica o con la administración de un hospital.

Quiénes lo integran:

Expertos en la materia: Es muy importante para dar credibilidad a sus decisiones el ser expertos en la materia, tanto desde el punto de vista de su profesión como en la práctica profesional.

Incorporación de abogados: Existen las dos tendencias, la que los considera necesario y la que considera que es conveniente que no formen parte del DB. Yo preannuncio porque se integre un abogado al DB, pues su experiencia como perito en derecho va a facilitar la emisión de la decisión o recomendación conforme a la ley, sobre todo en áreas en que los ingenieros no tienen experiencia y eso le va también a dar confianza a las partes respecto de la credibilidad de la decisión.

Para lo anterior, es importante tomar en consideración el tipo de controversias que se pueden someter al DB.

### **Características o atributos del DB**

Experiencia de sus miembros: Como ya dije ésta le da credibilidad a las decisiones emitidas por el DB. Un juez seguramente no va a tener el nivel de especialidad que pueden tener expertos en la materia, si bien tanto el juez como el árbitro pueden recurrir a peritos en los casos que se le presentan, las funciones de un miembro del DB son mucho mayores que la de rendir un peritaje.

Familiarización con el proyecto: La familiarización con la documentación contractual y con el proyecto a través de la revisión de los reportes enviados por las partes y las visitas al sitio, le da a sus miembros un marco de referencia que le va a permitir en el caso de que se presente una controversia el resolver en una forma mucho más rápida y con un mayor entendimiento del proyecto en su conjunto, lo que facilita a las partes la preparación de los reclamos.

Conocimiento de las disputas en tiempo real: La gran ventaja que tiene el que las partes puedan resolver sus diferencias durante la ejecución del contrato, es que las relaciones entre ellos se mantienen cordiales y con esto se logra una mayor cooperación entre ellas manteniendo los resultados en un buen nivel y que el proyecto no se detiene.

Someter a los DB las controversias antes de un litigio: Como ya dijimos en un principio, esto tiene enormes ventajas frente a los métodos tradicionales de solución de controversias como son el arbitraje o al tribunal competente, en cuanto a tiempo, costo, ejecución de la obra, etcétera.

Obligatoriedad de sus decisiones: Dependiendo del tipo de DB elegido por las partes sus determinaciones pueden o no ser obligatorias desde que se emiten o solamente en el caso de que no se impugnen en el plazo previsto.

Decisiones no ejecutables: Las partes cumplen con las determinaciones por una obligación contractual, no porque las mismas sean ejecutables por su propia naturaleza como es el caso de una sentencia.

### **Tipos de controversias que se someten a un DB**

Quién y en donde se define:

A solicitud de parte: Siempre es a petición de una parte

Se define por contrato. Las partes en la negociación del mismo lo acuerdan, o se prevé desde el proceso de licitación.

Ley: Puede ser que la ley prevea su constitución y su regulación como es el caso de Inglaterra que existe una ley que establece la posibilidad de crear un DB y fija los requisitos mínimos que deben establecerse para su funcionamiento. México la Ley de Obra Pública establece que en los contratos se establecerá el mecanismo por el cual las partes resolverán sus controversias técnicas.

Sin límites o solamente algunas disputas: técnicas/ todas las controversias/ todas excepto las relativas a la validez del contrato. Tomar en consideración esto para la integración del DB.

### **Miembros del Dispute Board:**

Elección de los miembros: el DB típico está integrado por tres personas. Éstas son nombradas una por cada parte, lo cual puede ser con o sin el acuerdo de la otra parte y el tercer miembro que nombran de común acuerdo entre ellas.

En caso de que sea necesaria la sustitución de un miembro por fallecimiento, renuncia o terminación de su mandato, se procede a designar a su sucesor de la misma forma en que se le designó a él.

Contrato de tres partes. Se debe firmar un contrato entre el dueño del proyecto, el contratista y el miembro del Dispute Board, pudiendo ser un contrato por cada miembro o uno para los tres. Existen varios formatos de contrato de miembro (AAA, ICC, Dispute Resolution Board Foundation, American Society of Civil Engineers, FIDIC.)

Remuneración y gastos: Se establecen las tarifas que cubren las tres principales actividades que son mantenerse actualizado con los reportes de avance, realizar visitas al sitio y estudiar y resolver las controversias planteadas por las partes. Se fija también en el contrato el incremento porcentual y periodicidad de los incrementos.

Quien los paga. Se pagan por partes iguales entre las partes contratantes.

Gastos: Se cubren los gastos incurridos y se pagan por partes iguales por las partes. Normalmente en el contrato de Miembro se establece los gastos que se le cubre.

Remoción: Normalmente se prevé en el contrato de miembros los casos en que procede la rescisión del contrato y la recusación de un miembro del DB. En el reglamento de la ICC se establece que las partes conjuntamente pueden en cualquier momento rescindir el contrato de Miembro sin justificar la causa.

Los miembros también pueden renunciar mediante aviso previo.

También puede ser necesario sustituir a un miembro por recusación del mismo. Depende el Reglamento al que se esté sujeto, la forma de proceder en caso de que exista la recusación de un miembro.

Para finalizar, quiero resaltar que cuando las partes consideran la inclusión de un DB en su contrato, es muy conveniente el que el mismo se regule por reglas ya existentes, pues las mismas han sido preparadas y estudiadas por expertos en el tema y nos van a ahorrar muchos problemas y dolores de cabeza.

**Otros mecanismos de solución de controversias utilizados en proyectos de construcción**  
**Fernando Estavillo Castro, Miranda & Estavillo, S.C.\***

## I. Introducción

Desde las últimas décadas del siglo XX, las relaciones contractuales y de negocios han estado caracterizadas por una creciente globalización que ha implicado la presencia de multiplicidad de partes con nacionalidades y culturas jurídicas diversas, que coexisten en una relación de interdependencia en torno a proyectos cada vez más complejos, sofisticados y dinámicos, a la vez que más cuantiosos.

Los grandes proyectos de construcción son el mejor ejemplo de situaciones de esa naturaleza, y sus características no sólo demandan una compleja organización y una sofisticada infraestructura técnica y administrativa que hagan posible transitar de manera ordenada y fluida a lo largo de toda la ruta crítica del proyecto, sino también una funcional infraestructura jurídica que haga posible una eficiente, eficaz, pronta y definitiva solución de las diversas controversias que puedan surgir a lo largo del proyecto, independientemente de las características propias de cada controversia, en forma tal que se haga posible y se privilegie la consecución de soluciones de fondo a los problemas surgidos, por encima de las consideraciones de mera forma.

Un escenario de esta naturaleza, demanda el diseño y adopción de un sistema integral de solución de controversias que sea capaz de ofrecer un mecanismo de solución idóneo para cada tipo de controversia. Un sistema capaz de satisfacer esa demanda, necesariamente debe empezar por atender las controversias más triviales que no obstante serlo tienen el potencial para crecer y para volverse difíciles de controlar, ofreciendo mecanismos no adversariales idóneos para ese tipo de controversias; y debe también proveer los mecanismos idóneos para resolver controversias con altos grados de complejidad o sofisticación, mediante mecanismos no adversariales de alta especialización, sofisticación y flexibilidad, que no obstante ello permitan la celeridad que la naturaleza de los proyectos demanda, así como la posibilidad de que la marcha del proyecto no se vea interrumpida o entorpecida por el surgimiento de una controversia.

Sin la existencia de estos mecanismos, la solución de las controversias en este tipo de proyectos estaría irremisiblemente condenada a dirimir los diferendos ante los tribunales judiciales, mediante procedimientos formalistas y multiinstanciales, o a dirimirlas mediante arbitraje, que sin perjuicio de las ventajas que puede ofrecer implica un procedimiento que si bien es más flexible e informal que el judicial y reduce radicalmente las instancias, es también innegablemente complejo, incomparablemente más lento que los mecanismos no adversariales, y mucho más oneroso que éstos.

Finalmente, ese sistema integral de solución de controversias debe proveer el mecanismo idóneo, especializado, flexible y razonablemente informal, mediante el cual puedan ser resueltas, definitivamente, aquellas controversias que subsistan después de agotar los mecanismos no adversariales con que las partes hubieran intentado su solución. Este último mecanismo, de naturaleza adversarial y heterocompositiva, es por excelencia el arbitraje comercial, único

---

\* Socio fundador de Miranda & Estavillo, S.C.; Miembro mexicano de la Corte Internacional de Arbitraje ICC

capaz de amalgamar eficientemente una relación multipartes, particularmente cuando ésta es de carácter internacional, con todo lo que ello implica.

Durante los últimos años del siglo XX, ante la realidad de ciertos litigios difíciles y prolongados surgieron convencionalmente como respuesta a esa problemática, diversos mecanismos no adversariales de solución de controversias que tienen como origen la sola voluntad de las partes y como un común denominador la celeridad, informalidad y flexibilidad de los procedimientos, pretendiendo constituir alternativas ventajosas frente al litigio judicial o administrativo y frente al arbitraje, para la solución de controversias en que intervienen particulares. Estos mecanismos se originaron y han logrado su mayor auge en los Estados Unidos de América y en Europa, y autores como Hunter, Paulsson, Rawding y Redfern atribuyen su popularidad y su creciente aceptación en diversos países, al hecho de que son un reflejo del alto grado de frustración que resulta del costo y demoras propios de los medios tradicionales de solución de controversias.

Estos mecanismos son ya crecientemente conocidos en México y se les identifica genéricamente como medios o mecanismos alternativos de solución de controversias, mientras que en otros países de habla hispana, como Argentina, se les denomina "resolución alternativa de conflictos" ("RAC") o "resolución alternativa de disputas" ("RAD"), que es una traducción literal del término "Alternative Dispute Resolution", de donde provienen las siglas "ADR" con que se les identifica en los países de habla inglesa.

Una variación reciente al concepto ya tradicional y generalmente aceptado de "ADR", la constituye el "Reglamento ADR de la CCI" ("ICC ADR Rules" en su versión original en inglés) de la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce, o "ICC"), que visualiza estos mecanismos de solución de controversias como medios "amigables" de solución de controversias, enfatizando así su naturaleza no adversarial. Así, en el ámbito de la CCI, las siglas "ADR" llevan implícito el concepto de "amicable dispute resolution" más que el de "alternative dispute resolution", independientemente de que la propia CCI, después de debatir sobre el tema, decidió adoptar el acrónimo "ADR" para su nuevo reglamento de mecanismos alternativos de solución de controversias por considerar que se ha vuelto universalmente indicativo del tema a que se refiere dicho acrónimo, y así lo conservó en las traducciones de dicho reglamento a diversos idiomas. A continuación, por brevedad se refieren los medios o mecanismos alternativos de solución de controversias como "MASC".

Brown, Marriott, Hunter, Paulsson, Rawding y Redfern, entre otros autores, atribuyen ventajas a los MASC desde los puntos de vista de flexibilidad, concentración en los conceptos relevantes de la controversia prescindiendo de cuestiones secundarias, celeridad, menor costo, probabilidad de evitar un litigio, confidencialidad, y posibilidad de preservar la relación entre las partes.

A la par de las innegables ventajas que tienen esos mecanismos, los diversos autores también les atribuyen ciertas desventajas, igualmente innegables, como la falta de exigibilidad de los acuerdos que obligan a las partes a negociar o a agotar un mecanismo alternativo antes de demandar en la vía arbitral o en la judicial, la circunstancia de que salvo en circunstancias excepcionales (no aplicables aún a México), la iniciación de un MASC no suspende el plazo de la prescripción, así como las dificultades que eventualmente se podrían enfrentar para ejecutar la resolución del diferendo lograda con el MASC, y el riesgo de que en caso de no prosperar el MASC, la contraparte llegue a utilizar en un litigio ulterior la información, personas o documentos a que hubiere tenido acceso durante el procedimiento del MASC.

Independientemente de las bondades que eventualmente pudieran atribuirse a los MASC, es desde luego evidente que éstos no necesariamente son idóneos en todos los casos, como aquéllos en que alguna de las partes no tiene la voluntad de someterse de buena fe al MASC con el propósito honesto de intentar una resolución de su controversia, aquéllos en que ambas partes han adoptado posturas adversariales de manera irreductible, o los casos en que están en juego cuestiones no negociables, y cualesquier otros en circunstancias similares o equivalentes.

En el caso de los grandes proyectos de construcción, sus características demandan instrumentos especializados para una pronta y eficaz solución de los diferendos surgidos, en forma tal que no sufra interferencias la continuidad de los trabajos de las propias partes involucradas, ni los de otras partes que puedan depender de los trabajos de aquéllas; y además de ello, ante la realidad comprobada de que la solución de las controversias en ese tipo de proyectos suele demorar varios años y el costo del litigio puede llegar a representar un porcentaje sensible del valor del proyecto, las grandes empresas dedicadas a la construcción y sus propios clientes, que con frecuencia son gobiernos, han diseñado mecanismos privados que les permitan resolver sus controversias, o bien son usuarios convencidos de los mecanismos ya existentes.

En el caso de esos grandes usuarios, que con pleno conocimiento de causa y por convicción adoptan este tipo de mecanismos con absoluta determinación de acogerse al desenlace que tenga el mecanismo elegido, independientemente de que les sea favorable o adverso, la eficacia del MASC llega a ser impresionante y tiene como regla general el cumplimiento voluntario de lo resuelto mediante el MASC, sin que las partes lleguen a la vía adversarial.

A diferencia del escenario descrito, cuando alguna de las partes no celebró el acuerdo de sometimiento al MASC por convicción propia, sino que lo aceptó como un medio o requisito para que le fuera adjudicado el contrato deseado, llegada la controversia el empleo del MASC será totalmente imposible o estéril en caso de intentarse, ya que esa parte se rehusará desde el primer día a participar, o en caso de hacerlo su voluntad de llegar a una solución no adversarial será inexistente, como lo será la de cumplir con cualquier resolución o acuerdo resultante del MASC, en todo aquello que pueda ser contrario a sus intereses.

## II. Concepto

Según Brown y Marriott, la "resolución alternativa de controversias" ("alternative dispute resolution" o "ADR"), "... puede ser definida como una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución".

En contraste con el litigio judicial y con el arbitraje, que constituyen medios heterocompositivos, adversariales, adjudicatorios y obligatorios de solución de las controversias, los MASC constituyen medios autocompositivos, no adversariales, no adjudicatorios y voluntarios de solución de las controversias, que para su plena eficacia presuponen necesariamente la buena fe de las partes que los emplean, así como su voluntad de llevar a la práctica la solución propuesta o encontrada en virtud del MASC.

En esencia, los MASC proponen una solución no adversarial de la controversia dentro de una fórmula ganar/ganar, en la que cada una de las partes pueda encontrar algo que ganar con la solución, a diferencia de los medios adversariales de solución de las controversias, en los que la controversia se resuelve con la fórmula ganador/perdedor o, en muchos casos, con una fórmula perdedor/perdedor.

Algunos de los MASC que más adelante se describen sucintamente pueden verdaderamente ser alternativos al grado de que eventualmente, en algunos casos, pueden llegar a sustituir a ciertos medios tradicionales de solución de controversias, particularmente cuando el MASC tiene un resultado exitoso, resuelve la controversia y lo resuelto o acordado mediante el MASC se cumple voluntariamente. Otros MASC, en cambio, podrían ser considerados como complementarios de medios tradicionales de solución de controversias, cuando constituyen un instrumento de apoyo, respecto de cierta cuestión, dentro de un procedimiento principal.

En cualquier caso, por regla general y contrariamente a lo que sucede tratándose de la jurisdicción ordinaria y del arbitraje, el agotamiento de un MASC no conlleva automáticamente su obligatoriedad y, mucho menos, la posibilidad de ejecutarlo. Entre los autores que tratan el tema de los MASC, parece existir consenso en cuanto a que éstos no deben ser entendidos en el sentido de pretender constituir una alternativa sustitutiva del procedimiento "adjudicatorio", sea éste arbitral o judicial; por lo cual, en aquellos casos en que el empleo de un MASC ha sido estipulado en un contrato, éste debe contener las disposiciones pertinentes que permitan referir ulteriormente la controversia al arbitraje o bien a un procedimiento judicial, en caso de fracasar el medio alternativo de solución de la controversia.

Así mismo, en la doctrina internacional sobre el tema generalmente se advierte cierto escepticismo en cuanto a la posibilidad de que un tribunal judicial niegue la entrada a una demanda por no haberse agotado previamente el mecanismo alternativo de solución de controversias estipulado contractualmente; y a la fecha podría decirse que en la práctica arbitral se advierte un criterio similar, particularmente tratándose de mecanismos alternativos de naturaleza meramente conciliatoria.

En este punto, los MASC tienen una diferencia importantísima respecto del arbitraje, ya que por disposición expresa del artículo 1424 del Código de Comercio, cuando existe un acuerdo de arbitraje debe prevalecer la jurisdicción arbitral, excluyendo la intervención judicial para resolver la controversia. En el procedimiento mercantil mexicano, a diferencia del caso del arbitraje un juez carecería de facultades para desechar una demanda bajo el argumento de que está pendiente la realización o conclusión de un procedimiento alternativo de solución de controversias convenido por las partes.

Ante la problemática referida, esta situación podría cambiar de manera sensible respecto de los MASC, en virtud de que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida como "CNUDMI" por sus siglas en español y aun más como "UNCITRAL" por sus siglas en inglés) aprobó en junio de 2002 durante su 35º período de sesiones la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional", presentada a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su quincuagésimo séptimo período de sesiones.

Como es sabido, las "leyes modelo" de la CNUDMI (UNCITRAL) no son propiamente leyes modelo, sino modelos de leyes que dicha institución elabora y propone para su incorporación al derecho positivo de aquellos estados que deseen adoptarlas. Así como en su momento la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional" de 1985, ha dado lugar a la transformación del arbitraje comercial moderno en aquellos países que como en el caso de México (D.O. 22 de julio de 1993) la han incorporado mutatis mutandis a su derecho positivo, la nueva "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional" podría igualmente contribuir a resolver, en aquellos países que la adopten, los problemas comunes que hoy enfrentan los MASC en prácticamente todo el mundo.

Entre otras cuestiones sobresalientes, la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional" contempla, en cuanto al ámbito de su aplicación, su aplicabilidad a la conciliación comercial internacional, sin perjuicio de que los estados que deseen incorporar la Ley Modelo a su derecho interno la hagan aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales; y además, conforme a dicha Ley Modelo, "se entenderá por "conciliación" todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros ... que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas."

Tratándose de otra cuestión muy trascendente, que es la prescripción –que los MASC por lo general no son capaces de interrumpir- la Ley Modelo señala que los estados que deseen adoptar una disposición relativa a la prescripción, podrán incorporar en su derecho interno una disposición en el sentido de que cuando se inicie el procedimiento de

conciliación dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de conciliación y, cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación.

En materia de confidencialidad, la Ley Modelo señala que, a menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por la ley o que sea necesaria a efecto de cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Tratándose de otra cuestión que ha sido motivo de preocupación generalizada, la Ley Modelo señala que las partes en el procedimiento conciliatorio, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en el procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar, en relación con (i) la invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en él; (ii) las opiniones o sugerencias de una de las partes, respecto de un posible arreglo de la controversia; (iii) las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio; (iv) las propuestas presentadas por el conciliador; (v) el hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador; (vi) cualquier documento preparado únicamente para fines del procedimiento conciliatorio.

Asimismo, conforme a la Ley Modelo, ningún tribunal arbitral, tribunal de justicia ni cualquier otra autoridad pública competente podrá revelar la información anterior; y si se presentase como prueba en contravención a las disposiciones referidas, dicha prueba no se considerará admisible, sino en la medida que la ley lo prescriba o sea necesario para el cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Conforme a la Ley Modelo, salvo acuerdo en contrario de las partes el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos. Asimismo, cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo estipulado en él, salvo en la medida necesaria para la salvaguarda de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan; y el inicio del procedimiento arbitral o judicial, no constituirá en sí mismo una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.

Finalmente, en relación con la ejecutoriedad del acuerdo de transacción, la Ley Modelo señala que si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución; y señala además al respecto que los estados que la incorporen a su derecho positivo podrán incorporar una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad.

Si bien la Ley Modelo que aquí se comenta no es per se aplicable en México, cabe la posibilidad de que en un futuro no lejano recoja sus disposiciones nuestro derecho positivo, como en su momento sucedió con la Ley Modelo en Materia de Arbitraje.

### III. Algunas especies de MASC

En su gran flexibilidad y versatilidad, los MASC toman a la fecha diversas formas y de hecho en algunos casos podría incluso decirse que en alguna medida un nuevo mecanismo se ha inspirado en otro anterior, adaptándolo a las circunstancias que demanda el caso concreto. Asimismo debe también decirse que los diversos MASC no necesariamente son excluyentes entre sí, y por tanto se les puede emplear en combinación o sucesivamente no sólo

en un mismo contrato sino en una misma controversia, a condición de que sean idóneos para el tipo de controversia de que se trate y por tanto permitan alcanzar el objetivo buscado.

A continuación se mencionan algunos de esos mecanismos, en la medida en que puedan ser aplicables a proyectos relacionados con la construcción. Dependiendo del MASC seleccionado, puede ser aplicable al procedimiento el reglamento específico relativo a ese tipo de mecanismo, como sería el Reglamento de Peritaje de la CCI o el Reglamento de Dispute Boards de la CCI, en el caso de los mecanismos respectivos; o bien puede ser aplicable el Reglamento de ADR de la CCI, que pretende ser idóneo para diversos tipos de mecanismos, o la partes pueden acordar las reglas y procedimiento a seguir.

## 1. Negociación (negotiation).

Podría decirse que en el campo de los MASC la negociación constituye el gran género del que derivan diversas especies, ya que otros mecanismos, como la mediación, son considerados como una negociación asistida. En el mecanismo de negociación, se tiene una relación meramente bilateral de interlocución directa entre las dos partes interesadas, sin que exista la intervención de un tercero que coordine o administre las negociaciones entre las partes, que acuerdan directamente el procedimiento a seguir en sus discusiones.

En ocasiones existe la obligación contractual de emprender negociaciones de buena fe en caso de discrepancia, antes de intentar una vía contenciosa, estipulando un período de "enfriamiento" antes de intentar el litigio. Dado que a la fecha ésto no es susceptible de interrumpir la prescripción, y tampoco es óbice para el ejercicio de la acción en la vía arbitral o judicial, el período de negociación debe ser breve y debe preverse el recurso automático al arbitraje o a la jurisdicción ordinaria después de cierto plazo –breve- para el caso de que la negociación no se realice o no culmine en un acuerdo.

Por otra parte, en aquellos casos en que las partes no son capaces de lograr un acuerdo mediante negociación directa entre ellas, mas coinciden en el propósito de intentar una solución no adversarial, pueden considerar el recurso a la mediación, considerada como una negociación asistida, o a algún otro tipo de MASC.

Igualmente, la negociación se puede utilizar no solamente como un instrumento para intentar la resolución de la controversia original, sino también una vez concluido el procedimiento de otro mecanismo alternativo (vgr. un peritaje o un dispute board), ya no para negociar cuestiones relativas al fondo de la controversia misma, sino sobre la resolución u opinión emitida en el procedimiento previo, con miras a modificar determinadas condiciones de precio, monto, alcance, plazo u otra.

El epílogo típico de una negociación exitosa, sería una transacción entre las partes, que más adelante se comentará.

## 2. Conciliación (conciliation) y Mediación (mediation).

### Conciliación

La conciliación es una figura muy antigua en nuestro derecho, sin embargo, el tipo de conciliación que originalmente contempló en México el derecho positivo, es distinto del concepto moderno de conciliación que se practica como MASC en materia comercial, que involucra un procedimiento específico frecuentemente administrado por una institución privada y conducido por un tercero neutral.

Gramaticalmente, el vocablo conciliación significa la "acción y efecto de conciliar"; lo cual, a su vez, significa "componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí", "conformar dos o más proposiciones o

doctrinas al parecer contrarias" y "granjear o ganar los ánimos o la benevolencia". En la Enciclopedia Jurídica Mexicana se define a la conciliación en primer término como "el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso", independientemente de que la conciliación puede tener lugar como un acto preprocesal y no necesariamente endoprocésal.

Si bien para llegar a un acuerdo en relación con una situación controvertida, la intervención de un tercero no es indispensable para conciliar la diferencia –y de hecho así ha sucedido desde tiempo inmemorial y así se lleva a cabo la negociación- en el concepto moderno de la conciliación, como parte de los MASC, encontramos invariablemente la intervención del tercero neutral que funge como conciliador, con lo cual, a diferencia de la negociación, que como se dijo entraña una relación estrictamente bilateral, en la conciliación moderna esa relación es eminentemente trilateral e involucra a las dos partes y al conciliador.

En el campo de los MASC, en la práctica estadounidense algunos postulantes sostienen que la conciliación consiste en que un tercero reúna a las partes contendientes para que inicien discusiones y resuelvan su controversia y, contrariamente a lo que [supuestamente] sucede en el caso de la mediación, el conciliador no toma partido en el procedimiento o en las negociaciones, ya que su papel principal es el de reducir el antagonismo entre las partes, abrir líneas de comunicación entre ellas, y hacer arreglos para negociaciones formales; sin embargo, debe señalarse que no existe consenso en cuanto al papel que debe desempeñar el conciliador y por tanto ese criterio no basta para distinguirla de la mediación.

## Mediación

La mediación, en su acepción más moderna, constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias -que algunos autores clasifican, y no sin razón, como una forma de negociación asistida- que representa un medio autocompositivo que consiste en un procedimiento privado, informal, voluntario, no adversarial y no adjudicatorio, en virtud del cual las partes someten una cierta controversia susceptible de una solución convencional, a un tercero independiente, imparcial y neutral, que actúa como un facilitador que busca una avenencia entre las partes para lograr que éstas, de común acuerdo, resuelvan su desavenencia.

Tal y como en el caso de la conciliación, la mediación hasta ahora conocida en México ha sido ajena al concepto moderno de medios alternativos de solución de controversias. Aunque gramaticalmente el vocablo mediación significa "acción y efecto de mediar", lo cual, entre otras acepciones, significa "interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad", desde el punto de vista jurídico el Diccionario Jurídico Mexicano, en sus diversas ediciones sólo llegó a definir la mediación desde el enfoque de mediación en derecho internacional público, hasta que en el año 2001 incorporó la voz "mediación" desde el punto de vista de los MASC, y acto seguido lo hizo la Enciclopedia Jurídica Mexicana en el año 2002. Antes del surgimiento del tema de los MASC, De Pina y De Pina Vara definieron la mediación en primer término como "contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a abonar a la otra -que ha procurado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil- una remuneración por tal servicio", mientras el Código de Comercio, en la fracción XIII de su artículo 75, hasta la fecha alude implícitamente a la mediación en el sentido de la definición de De Pina, al señalar simplemente que La Ley reputa actos de comercio... Las operaciones de mediación en negocios mercantiles.

En derecho estadounidense, en cambio, se enfoca la mediación precisamente como medio de solución de controversias, al explicarla el Black's Law Dictionary como "Un método no obligatorio de solución de controversias que involucra a un tercero neutral, que trata de ayudar a las partes en disputa para alcanzar una solución mutuamente aceptable.- También llamada evaluación del caso; negociación facilitada". Contrariamente a lo que sucede en el caso de México, en que la conciliación es ampliamente conocida, aunque tenga otro perfil, mientras la

mediación hasta hace muy poco tiempo era prácticamente desconocida como medio de solución de controversias, en los Estados Unidos de América la mediación es más conocida y utilizada que la conciliación.

Por lo que respecta al método, algunos postulantes estadounidenses afirman que la mediación es un proceso en el cual las partes contendientes son asistidas por un tercero neutral para intentar resolver su controversia; y lo resuelto en la mediación, contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, no es obligatorio, aunque las partes pueden convenir en celebrar un convenio de transacción y en darle curso como si se tratase de un laudo arbitral o de sentencia ejecutoriada.

Otros postulantes estadounidenses, presentan la mediación como un proceso mediante el cual un tercero neutral asiste a las partes en una controversia, para que resuelvan ésta. En este enfoque, en el que parecen coincidir quienes analizan la mediación, está implícita la importancia de que el tercero, para conservar su neutralidad y confiabilidad frente a las partes, se abstenga de proponer soluciones.

En otros países y particularmente en los Estados Unidos de América, el auge de la mediación y de aquellas instituciones que la promueven y practican, ha sido enorme, como lo ha sido el número de instituciones que se han creado -y se siguen creando- para la práctica de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, tanto domésticos como de derecho internacional privado. Asimismo, instituciones domésticas e internacionales, dedicadas tradicionalmente al arbitraje, han expandido el ámbito de su actividad a la mediación.

### ¿Distinción entre Conciliación y Mediación?

La realidad es que no existen prácticas consistentes, a nivel internacional, que permitan distinguir las facultades del conciliador de las del mediador, o la práctica o usos que ambos siguen.

Desde el punto de vista terminológico, tampoco se advierte preferencia por el término conciliación o el término mediación, si bien en los países que practican el common law se usa el término mediación, mientras que en los de tradición de derecho civil se emplea el término conciliación, y un buen ejemplo de ello es Canadá, que cuenta con ambas tradiciones jurídicas, lo que ha dado como resultado que, dentro de un mismo país, se emplee el término conciliación en las provincias de tradición francesa y se utilice el término mediación en las de tradición inglesa.

Desde el punto de vista estrictamente gramatical puede decirse que en el caso de la conciliación, por definición, no resulta necesaria la intervención de un tercero para que las partes opuestas puedan llegar a una avenencia, ya que en forma independiente y voluntaria pueden conciliar por sí mismas sus intereses y llegar a una transacción, allanamiento o desistimiento, mientras que en el caso de la mediación, también por definición, aparece como esencial la presencia de un tercero, que intervenga ante las partes, interponiéndose entre ellas para lograr su avenencia.

Si bien esto último permitiría afirmar que en el ámbito de los MASC sería más idóneo el término mediación que el término conciliación, la realidad es que esto, en el plano internacional, no se ha reflejado así en la práctica y ambos términos se aplican de manera indistinta.

En México, el empleo de los términos conciliación y mediación despertó inicialmente cierto cuestionamiento desde el punto de vista formal, aunque desde el punto de vista material, considerando conceptualmente ambas figuras en función de su contenido, cabe concluir que no existe diferencia de fondo entre ambas. Mientras que una corriente ha argumentado que en México el término mediación es desconocido como medio de solución de controversias, ya que nuestra legislación sólo lo contempla como forma de intermediación comercial, mientras que el término conciliación cuenta con larga tradición como medio de solución de controversias, otra corriente, más apegada a la línea actual de los MASC utilizados en América y en el resto del mundo, parece favorecer hoy en día el empleo del término

mediación, ya que si bien en México la figura de la conciliación cuenta con una larga tradición y práctica como medio de solución de controversias, la realidad es que actualmente no se le utiliza en forma privada y sólo se le aplica con la intervención gubernamental, particularmente en controversias laborales y de protección al consumidor, entre otras, empezando a extenderse con mayor amplitud a otras materias, que incluyen servicios financieros, obras públicas y adquisiciones gubernamentales.

Lo cierto es que la discusión terminológica al respecto se considera a la fecha una cuestión irrelevante a nivel internacional, como lo demuestra la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional", que adoptando en su rubro la voz conciliación considera sinónimos ambos términos, mientras que la Cámara de Comercio Internacional, que contaba con un Reglamento de Conciliación Facultativa, al sustituirlo con el Reglamento de ADR adoptó el término mediación; y por lo que respecta a América del Norte, en el Comité Consultivo de Solución de Controversias Internacionales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que amalgama los sistemas de common law y de derecho civil, se ha acuñado el término "conciliación/mediación".

### 3. Representante Autorizado (authorized representative).

La figura del Representante Autorizado, de utilización frecuente en proyectos de construcción, más que constituir en sí un mecanismo alternativo de solución de controversias constituye principalmente un mecanismo preventivo de las mismas.

El Representante Autorizado, quien depende del titular o propietario del proyecto, es la persona designada por éste para estar involucrada de tiempo completo en el proyecto y normalmente en el lugar de los trabajos, para tomar con carácter inmediato decisiones o determinaciones, fundamentalmente de índole operativa, respecto a las cuestiones que cotidianamente puedan plantear los diversos participantes en el proyecto, que tratándose de obras de gran envergadura pueden ser numerosas empresas. La función del Representante Autorizado, pues, es más la de tomar decisiones como las antes esbozadas, que propiamente la de resolver controversias, aunque su intervención bien puede contribuir grandemente a prevenirlas y evitarlas.

En caso de inconformidad de las partes involucradas, con la decisión o determinación del Representante Autorizado, procede el empleo del MASC específico acordado por las partes, o bien la vía adversarial en caso de no haber convenido en el sometimiento a un MASC.

### 4. Determinación por Experto Neutral (neutral expert fact-finding).

Este mecanismo, si bien no es específico para proyectos de construcción sino que es potencialmente útil para diversos tipos de contratos, puede desde luego ser utilizado en controversias directa o indirectamente relacionadas con proyectos de construcción.

En casos en que las partes tienen discrepancias sobre cuestiones de índole técnica, pueden acordar la intervención de un experto con el objeto de que éste emita un dictamen que pueda o no ser obligatorio para las partes. Este sistema es útil en conflictos sobre secretos industriales o comerciales, problemas de propiedad intelectual y cuestiones técnicas muy especializadas. De igual manera, este mecanismo puede ser útil para la valuación de ciertos bienes, o para determinar el apego de ciertos productos a las especificaciones técnicas convenidas.

El papel del experto se limita al análisis de los hechos desde un punto de vista estrictamente técnico, hasta emitir un dictamen u opinión que, desde luego, no es obligatorio para las partes, salvo que éstas así lo hubieren acordado.

Si se considera que en numerosas controversias el problema subyacente es de índole técnica, y la cuestión controvertida necesariamente tendrá que ser analizada y posteriormente dirimida con el auxilio de expertos en la

materia mediante las pruebas periciales que usualmente se ofrecen en los procedimientos arbitrales o judiciales, como parte de una extensa y a menudo compleja instrucción de la causa, salta a la vista la ventaja que puede ofrecer la solución de la cuestión controvertida por un experto neutral, a cuyo dictamen se acojan las partes, prescindiendo así de todo el procedimiento que de otra manera se habría requerido.

En el caso de México, el sistema de recurso a un perito independiente previsto en los contratos de servicios múltiples de PEMEX Exploración y Producción, se puede considerar directa o indirectamente inspirado en este MASC, sin que ello necesariamente signifique que ese mecanismo sea el más idóneo para ese tipo de proyectos, para los que sería más idóneo el mecanismo de Dispute Boards que adelante se comenta.

### 5. Perito Independiente (independent expert).

En ciertos contratos, tales como los ya mencionados contratos de servicios múltiples de PEMEX Exploración y Producción, eventualmente se estipula que las controversias de índole técnica deberán ser sometidas a la resolución de un Perito Independiente que deberá ser nombrado de común acuerdo para tal efecto, y este MASC deberá ser agotado previamente a la presentación de la demanda respectiva en la vía que haya sido pactada, que en ese caso es el arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Conforme a este mecanismo, la solución de la controversia técnica se sustancia esencialmente mediante el planteamiento del problema al Perito Independiente por la parte afectada, y de lo que en su descargo pueda argumentar la parte contraria, seguido de la aportación de los elementos de convicción o prueba que sean pertinentes al Perito Independiente, que podrán incluir documentos, fotografías, videos, declaraciones de terceros y muestras de materiales, así como inspección de lugares u obras.

Para hacer posible la conducción del procedimiento, las partes están obligadas a aportar los elementos necesarios, tanto materiales como financieros, así como a conservar los bienes y lugares que en su caso se deban inspeccionar, así como a permitir a su contraparte y al perito el acceso necesario a los bienes y sitios relacionados con la controversia.

En cláusulas de este tipo, el primer problema que a menudo se presenta es el de una ausente o insuficiente definición de lo que deba entenderse como controversia de carácter técnico, y en consecuencia ello también suscita controversia respecto a la competencia del árbitro para resolver la controversia planteada, particularmente cuando la parte demandada alega que no se llevó a cabo previamente el procedimiento del MASC, mientras que la demandante no lo considera aplicable al tipo de controversia bajo el argumento de que no se origina en cuestiones de naturaleza técnica.

Otro problema que puede afectar la eficacia de este mecanismo en proyectos o problemas demasiado complejos o de gran envergadura, es el riesgo de que la magnitud o la complejidad de las cuestiones técnicas controvertidas rebase la capacidad física o técnica del individuo comisionado para actuar como Perito Independiente.

### 6. Peritaje (expertise).

Una variación del mecanismo anterior, lo constituye el peritaje de tipo institucional, como el previsto por el Reglamento de Peritaje de la CCI, que mediante su Centro Internacional de Peritaje ofrece tres rubros diferentes de servicios, que según acuerden las partes pueden ser la mera propuesta de peritos, el nombramiento de peritos, o la administración de los procedimientos de peritaje; y los servicios de peritaje ofrecidos por dicho Centro incluyen una amplia gama de materias, que van desde asuntos relacionados con aspectos de contabilidad y materia contractual, hasta la evaluación de procesos y materiales industriales mediante el concurso de peritos con conocimientos especializados en materias técnicas, legales, financieras o de otros tipos.

En contratos relacionados con la construcción, se puede pactar el sometimiento de la controversia a este mecanismo, y evidentemente es muy importante que se defina con precisión el tipo de controversias para cuya solución sería aplicable este mecanismo alternativo.

Usualmente, salvo que las partes hayan pactado lo contrario los dictámenes u opiniones del perito podrían ser exhibidos en un procedimiento arbitral o judicial ulterior, ya sea porque la litis objeto del mismo fuera la misma cuestión técnica previamente controvertida y se pretendiera controvertir el dictamen mismo, o bien como prueba en una controversia relativa a o relacionada con la misma cuestión técnica objeto del dictamen.

## 7. Dispute Boards.

En la industria de la construcción y particularmente en Europa, así como en los Estados Unidos de América, tratándose de grandes proyectos se acude con creciente frecuencia al empleo de los llamados “Dispute Boards”, cuya traducción al español sería “consejos de solución de controversias” “comités de solución de controversias” u otra expresión equivalente, aun cuando este mecanismo es generalmente conocido internacionalmente bajo su denominación inglesa de “dispute boards”.

El mecanismo de “dispute boards” ha sido desarrollado por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, conocida como “FIDIC”) con sede en Lausana, Suiza.

En su diseño original, los “dispute boards” fueron concebidos bajo dos modalidades principales, en función del alcance de sus facultades ante la controversia planteada, así como del alcance y finalidad de su intervención: (i) los “Dispute Review Boards” o “DRB’s” (Comités de Revisión de Controversias), y (ii) los “Dispute Adjudication Boards” o “DAB’s” (Comités de Adjudicación de Controversias), que es la modalidad que actualmente contemplan los contratos tipo de FIDIC.

En ambas modalidades, la mecánica de los “dispute boards” conlleva la inclusión en el contrato principal de una cláusula de solución de controversias conforme a esta modalidad, y la constitución o integración del “dispute board” simultáneamente con la celebración del contrato principal (generalmente mediante la designación de un miembro del dispute board por cada una de las partes y la designación de su presidente por estos dos miembros o por alguna institución), y la celebración de contratos idénticos de prestación de servicios con cada uno de los tres miembros del dispute board.

Acto seguido, mediante informes periódicos (generalmente mensuales) de las partes al dispute board, y reuniones periódicas (generalmente trimestrales o cuatrimestrales) del dispute board con las partes, usualmente en el lugar de los trabajos, el dispute board se mantiene al corriente en el avance del proyecto y en el surgimiento y desenvolvimiento de las situaciones potencialmente conflictivas inherentes al mismo, con el fin de tener un conocimiento profundo y de primera mano de los hechos, para el caso de que surja una controversia entre las partes.

En caso de surgir la controversia, y dependiendo de lo convenido previamente por las partes en el contrato principal, el dispute board actuará como “Dispute Review Board” o “DRB” (Comité de Revisión de Controversias), o bien como “Dispute Adjudication Board” o “DAB”, según se haya estipulado en el contrato.

En el primer caso, con sus facultades de DRB y como su nombre lo indica, el dispute board emitiría una recomendación u opinión no obligatoria, como en el caso del proyecto vial de Boston que se comenta en este documento; y en el segundo caso, con sus facultades de DAB y como su nombre lo indica, el dispute board dictaría una resolución de tipo adjudicatorio –e inmediatamente obligatoria para las partes- como en el caso del Eurotúnel

que también se comenta, mas con la salvedad de que bajo esta modalidad del DAB, si bien la resolución sería inmediatamente obligatoria para las partes y éstas la ejecutarían en consecuencia, se trata de una resolución que es sólo contractualmente obligatoria y potencialmente transitoria, ya que queda sujeta a ulterior modificación, revocación o confirmación mediante el arbitraje convenido por las partes o, a falta de acuerdo de arbitraje, por la autoridad competente.

En el caso del "DAB", la inmediata obligatoriedad de la resolución del dispute board, no obstante ser potencialmente transitoria, tiene la finalidad de que el procedimiento de solución de la controversia no sea obstáculo para la ejecución ininterrumpida del proyecto, lo que es de particular importancia en el caso de proyectos complejos y de gran envergadura, en los que existe una gran interdependencia entre los diversos contratistas que participan en actividades coexistentes de las que depende la factibilidad de la ejecución del proyecto.

No obstante la naturaleza convencional de este tipo de mecanismos, gracias a la magnitud de los proyectos en que se les emplea y a la calidad de las partes que de manera consciente e informada convienen con convicción en su utilización, su nivel de eficacia es sobresaliente y permite sustraer la solución de las controversias del campo de las agencias procesales, para mantenerlo en el nivel sustantivo y teleológico que corresponde.

El nuevo Reglamento Relativo a los Dispute Boards de la CCI, vigente a partir del mes de septiembre de 2004, además de aportar un útil dispositivo normativo para este mecanismo alternativo de solución de controversias, contribuye con una interesante y novedosa modalidad de dispute board, que es el "Combined Dispute Board" o "CDB". Este nuevo tipo de dispute board es en esencia igual a sus predecesores "DRB" y "DAB", con la peculiaridad de que el nuevo "CDB" propuesto por la CCI está de origen destinado a actuar bajo la modalidad de "DRB" que arriba se describió, para emitir únicamente una opinión o recomendación no obligatoria, salvo que por acuerdo de ambas partes el dispute board deba actuar como "DAB" y dictar una resolución obligatoria, o bien alguna de las partes le solicite que actúe como "DAB" y dicte una resolución obligatoria para las partes, en cuyo caso, el dispute board (después de escuchar la opinión de la otra parte y atendiendo a la naturaleza de la controversia planteada) decidirá si procede que actúe como "DAB", o bien deberá actuar únicamente como "DRB".

Este último tipo de dispute board, es el que propone la CCI en su "Model Major Project Turnkey Contract", ya inspirado en el nuevo Reglamento Relativo a los Dispute Boards de la CCI.

## 8. Pequeño juicio (mini trial).

Este procedimiento, justificadamente clasificado por algunos autores como una mediación evaluatoria ("evaluative mediation"), se lleva al cabo mediante la integración de un panel o tribunal simulado, constituido por un ejecutivo del más alto nivel posible de cada una de las partes en disputa, que preferentemente sea ajeno a los hechos en que se origine la controversia, y presidido por un tercero neutral idóneo, que preside las reuniones, generalmente organizadas por los abogados de las propias partes.

Esas reuniones, constituyen materialmente audiencias informales en las que se simula en forma abreviada una especie de juicio, con un fuerte y quizá predominante componente oral aunque sin perjuicio del complemento documental que sea necesario (constituido por documentos de antecedentes, memoranda, memoriales o similares), en el que se exponen y debaten los hechos en que se origine la controversia y los argumentos de cada una de las partes, e incluso se analizan las pruebas de las pretensiones y defensas de las partes, con el objeto de que éstas puedan evaluar objetivamente los hechos y sus respectivas posiciones en la controversia, antes de emprender formalmente una acción judicial o un procedimiento arbitral.

Al concluirse la presentación del caso mediante este procedimiento simulado, y una vez celebrada una reunión equivalente a una audiencia final o de cierre y presentados los alegatos finales, en su caso, las partes pueden o no

pedir al tercero neutral que emita una opinión –que desde luego no es obligatoria- que permita a las partes evaluar sus respectivas posiciones.

Eventualmente, después de concluido el procedimiento y simplemente con base en sus respectivas conclusiones, o bien con base en la opinión del tercero neutral, de habersele solicitado, las partes hacen suya la opinión del tercero, en su caso, o negocian directamente una transacción, o bien se someten a una mediación exclusivamente para converger en algún punto de entendimiento mutuamente aceptable dentro de la filosofía ganar/ganar propia de los MASC.

En ocasiones, este MASC –como ha sucedido en casos exitosos- puede dar como resultado una rápida y económica solución de la controversia en forma amistosa, que incluso permita a las partes continuar con su relación de negocios.

Si bien este mecanismo es hoy poco conocido en México y probablemente no haya sido utilizado en el país, nada impediría emplearlo como cualquier otra herramienta de negociación asistida, e incluso podría ser utilizado ventajosamente en ciertas controversias propias de la industria de la construcción.

#### **9. Transacción (settlement).**

Sobra decir que la transacción no es en sí un mecanismo alternativo de solución de controversias, sino el final de una conciliación exitosa como resultado del empleo de algún tipo de MASC.

En virtud de que contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, la resolución obtenida mediante un MASC no es ejecutable, al concluir exitosamente un MASC es imperativo asegurar la ejecución del acuerdo alcanzado por las partes o de la resolución dictada por el tercero que condujo el MASC, en caso de que las partes hayan acordado que dicha resolución sea obligatoria.

Cuando el MASC ha sido implementado paralelamente con la existencia de un procedimiento de arbitraje y las partes llegan a un acuerdo, es aconsejable elevar la resolución obtenida mediante el MASC a la categoría de laudo transaccional o laudo por acuerdo de las partes, para hacerla ejecutable al amparo del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y de las diversas convenciones internacionales aplicables.

Cuando se ha implementado un MASC de manera independiente y se ha resuelto la controversia en virtud de éste, es aconsejable la celebración de un convenio de transacción, mediante escritura pública, para darle fuerza de instrumento ejecutivo en los términos del Código Civil Federal, que da al convenio de transacción el carácter de cosa juzgada, y de la jurisprudencia existente al respecto.

#### **IV. Solución Intermedia de Controversias (Intermediate Dispute Resolution); Cláusulas sobrepuestas (Multi tiered clauses); Sistema de “Filtros”**

La doctrina ha venido dedicando una atención especial a estos mecanismos, de popularidad creciente en proyectos de especial envergadura o complejidad y de largo plazo, y particularmente en el campo de la industria de la construcción, que consisten en la implementación de procedimientos simultáneos o sucesivos (tales como algunos de los mecanismos antes enunciados u otros) para la solución de ciertas controversias incidentales que surjan durante el desarrollo del proyecto y que, por su naturaleza, podrían ser resueltas o convendría resolver por separado, sin interrumpir el curso del proyecto y sin necesidad de acudir al mecanismo principal de solución de controversias convenido por las partes o procedente conforme a la ley a falta de tal acuerdo (v.gr. arbitraje o tribunales ordinarios). En estos casos, lejos de tratarse de un mecanismo o técnica diferente, simplemente se trata de una combinación –simultánea o sucesiva- de MASC, para culminar en una solución arbitral de las controversias.

En tiempos recientes, este tipo complejo de mecanismos de solución de controversias ha sido utilizado en proyectos magños tales como los abajo comentados.

### 1. El Eurotúnel Francia/Inglaterra (Channel Tunnel)

En este proyecto se utilizó un sistema de solución de controversias dividido en dos etapas principales:

(i) designación de paneles permanentes de cinco expertos (dos designados por cada parte y un presidente neutral), que como se podrá advertir constituyeron una modalidad de los dispute boards que aquí se comentan, con la función de mantenerse informados permanentemente de la marcha del contrato para ulteriormente resolver en un plazo de noventa días las eventuales controversias mediante un panel transitorio ad hoc, integrado por el presidente del panel permanente original, y por uno de los dos expertos designados por cada una de las partes; y

(ii) de no resolverse la controversia en la primera etapa con la intervención del panel ad hoc instituido para resolverla, recurso a arbitraje institucional conforme al Reglamento de Arbitraje de la ICC, teniendo a Bruselas como sede del arbitraje, con la obligación de las partes de continuar simultáneamente los trabajos objeto del contrato, así como de realizar los pagos respetivos y de dar cumplimiento a sus respectivas obligaciones contractuales, mientras lo resuelto por el panel no fuese modificado o dejado sin efectos por el tribunal arbitral.

Según refieren algunos autores, conforme a este sistema sólo cuatro controversias llegaron al arbitraje y dos de ellas fueron transigidas antes de dictarse el laudo arbitral.

### 2. El Proyecto de Arteria Central/Túnel de Boston (Central Artery/Tunnel Project)

Para este proyecto se diseñó un sistema de solución de controversias mediante cuatro procedimientos "filtro":

(i) un instrumento meramente preventivo, conocido como "partnering", que consiste en una inducción al proyecto, para "educar" a los contratistas a fin de familiarizarlos sobre el alcance de su participación individual y de su interacción con otros contratistas y con el propietario del proyecto, de cara a la ejecución del proyecto principal, concebido éste como un todo;

(ii) sometimiento de la reclamación a un representante autorizado, experto en la materia, encargado de investigar y resolver sobre la reclamación de manera expedita e informal, como sucede en los proyectos a que están dirigidos los formatos de contratos para diseño y construcción, o para construcción, de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC);

(iii) de no estar de acuerdo las partes con la solución propuesta por el representante autorizado, pueden referir la cuestión a un Comité de Revisión de Controversias (Dispute Review Board o "DRB"), designado desde la celebración del contrato y usualmente familiarizado con el desarrollo de éste durante su vigencia; y

(iv) mediación u otro mecanismo equivalente en cualquier tiempo, incluso durante el procedimiento ante el Comité de Revisión de Controversias, antes de que éste emita su recomendación.

Según la información existente, más del 90% de las controversias surgidas en este proyecto habían sido resueltas con este sistema.

### 3. El Programa Central del Aeropuerto de Hong Kong, (Hong Kong Central Airport Core Programme)

Para este proyecto se diseñó un sistema mixto de solución de controversias en cuatro etapas:

- (i) sometimiento de la controversia para resolución por un Ingeniero;
- (ii) mediación, administrada por el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, como requisito previo a la adjudicación;
- (iii) procedimiento sumario de adjudicación, con una verdadera instrucción de causa ante un adjudicador, facultado para dictar una resolución; y
- (iv) de no aceptar las partes la resolución del adjudicador, solución de la controversia mediante arbitraje ad hoc, teniendo al Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong como autoridad nominadora del árbitro.

Como salta a la vista después de lo comentado hasta este punto, la flexibilidad y posibilidades de estos instrumentos son inmensas, prácticamente no existen más limitaciones que las de las reglas de la lógica en cuanto al tipo de mecanismo a emplear, y las posibilidades de eficacia y éxito que ofrecen son directamente proporcionales a la calidad de las partes que en ellos intervienen, ya que se trata de instrumentos que para su eficacia no requieren de más que voluntad y convicción de las partes para convenir su utilización, buena fe y voluntad para la conducción del procedimiento una vez surgida la controversia, y una conducta ética y de buena fe para aceptar el resultado del MASC, desde luego sin perjuicio del derecho a recurrir a la instancia arbitral ulterior, de estar ella justificada como un legítimo medio de defensa cuando ése es el caso, mas no como un subterfugio o una argucia para dejar de honrar un acuerdo o para dejar de cumplir con una resolución o dictamen legítimamente emitido.

### V. Forma de someterse a un MASC específico, combinación de MASC, cláusulas sobrepuestas o equivalente.

Como regla o recomendación general, normalmente la forma más recomendable sería la de seguir, a la letra o como fuente de inspiración, las cláusulas de solución de controversias existentes en contratos tipo como los que ofrecen FIDIC, la CCI o instituciones especializadas de solvencia comparable, que han sido redactadas por expertos y, lo que es más importante, han sido ya probadas y depuradas como resultado de la experiencia en litigios que han tenido lugar como consecuencia de contratos de construcción.

Independientemente de lo anterior, ya sea al redactar o al adaptar la cláusula respectiva, se debe cuidar que el o los mecanismos alternativos que se adopten, sean idóneos y proporcionales al tipo de contrato o proyecto a que se desea aplicarlos, ya que sería tan inoperante como absurdo establecer una simple negociación o unos buenos oficios como el único MASC aplicable a la solución de controversias que surjan de un proyecto de gran complejidad y envergadura, como sería establecer un dispute board en un contrato que involucrase la construcción de una casa habitación, cualquiera que fuese su envergadura.

Asimismo, una vez elegido el tipo de MASC o combinación de MASC a emplear, se debe estipular con tanta precisión como sea posible el ámbito de aplicación del MASC, es decir, el tipo de controversia que deberá ser sometida a ese mecanismo específico, ya que cualesquiera otras controversias quedarían excluidas del alcance del acuerdo de las partes para someterlas al MASC.

Igualmente, independientemente del tipo de MASC o combinación de MASC a emplear, se debe precisar el procedimiento a seguir para llevarlo a la práctica una vez surgida la controversia, lo que va desde la notificación a la contraparte, la designación del tercero neutral, y la substanciación del procedimiento mismo. Aquí, nuevamente conviene incorporar por referencia el reglamento respectivo de una institución especializada y ampliamente

reconocida, o al menos inspirarse en uno de esos reglamentos en el supuesto, generalmente no recomendable, de que se desee prescindir de la intervención de una institución administradora del procedimiento de solución de la controversia y se desee incluir los aspectos procesales en el contrato.

También, independientemente del tipo de MASC o combinación de MASC a emplear, se debe tener en cuenta que este tipo de mecanismos está concebido como un instrumento destinado a dar resultados en un corto plazo, o darse por concluido en caso contrario para dejar a las partes en libertad de resolver su controversia en la vía adversarial; por tanto, es importante fijar el plazo en que deberá concluir el MASC, que sin pretender señalarlo como regla y dependiendo de las circunstancias del caso concreto, podría ser de 30 días para una negociación, 45 ó 60 para una mediación o un peritaje no administrado por una institución, ó 90 para un dispute board, sin perjuicio de que en caso de marchar satisfactoriamente el procedimiento las partes puedan prorrogarlo de común acuerdo.

Finalmente, es también importante tener en cuenta que un sistema integral de solución de controversias, sea en materia de construcción o cualquiera otra, no puede limitarse a la provisión de las disposiciones necesarias en materia de mecanismos alternativos, cualesquiera que éstos sean, sino que debe culminar en el señalamiento preciso de la jurisdicción competente para resolver la controversia, en caso de que la misma no haya sido resuelta mediante el MASC, ya sea porque éste no fue llevado a la práctica, porque el mismo no fue capaz de culminar en una transacción entre las partes, o porque la parte obligada no hubiere cumplido con lo resuelto o convenido mediante el MASC.

En este punto, y particularmente tratándose de controversias relacionadas con proyectos de construcción, es especialmente recomendable el sometimiento a arbitraje institucional para la solución definitiva de la controversia, y para tal efecto es asimismo recomendable que para redactar el acuerdo de arbitraje se utilice la cláusula tipo propuesta por la institución elegida, y generalmente es también recomendable que en tal caso la solución de la controversia se encomiende a tres árbitros y no a un árbitro único, y que los árbitros sean designados conforme al reglamento de arbitraje de la institución convenida por las partes, que evidentemente deberá ser una que cuente con reconocida solvencia, experiencia, estabilidad y capacidad, como para garantizar que estará en posibilidad de administrar con calidad, eficiencia y eficacia el procedimiento arbitral, en el momento –quizá lejano en el tiempo- en que surja la controversia.

En cuanto al procedimiento arbitral, independientemente de que éste es ajeno al alcance de este trabajo es importante dejar dicho que en el acuerdo de arbitraje se debe sujetar el procedimiento única y exclusivamente al reglamento de arbitraje de la institución elegida, prescindiendo absolutamente del señalamiento de cualquier código de procedimientos como supletorio, dado que esto únicamente causaría numerosos problemas indeseables como seguramente habrán de comentarlo quienes cubran estos temas en este Seminario.

## VI. Bibliografía.

- Alvarez Gladys S., Elena I. Highton y Elías Jassan, *Mediación y Justicia*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.
- Azar Mansur Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*. Breviarios Jurídicos, Porrúa, México, 2003.
- Barajas Montes de Oca Santiago y Ricardo Méndez Silva, "Conciliación", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 2002, t. II.
- Black's Law Dictionary. 8a. ed., Thomson/West, St. Paul, Minn., 2004.
- Brown, Henry J. y Arthur L. Marriott, *ADR Principles and Practice*. 2a. ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999.
- Büiring-Uhle Christian, *Arbitration and Mediation in International Business*. Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996.
- Campbell Dennis (General Editor), "Dispute Resolution Methods", en *The Comparative Law Yearbook of International Business*, Special Issue, 1994, Center for International Legal Studies. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, 1994.
- Connerty Anthony, "The Role of ADR in the Resolution of International Disputes", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 1996, vol. 12, No. 1.
- Cruz Barney Oscar, "Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias", en *Ars Iuris*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, 2000, No. 23.
- De Boisseson Matthieu, "Thoughts on the Future of ADR in Europe: A Critical Approach", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 1999, vol. 15, No. 4.
- Díaz Luis Miguel y Nancy A. Oretskin (editores), *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*. JurisNet, Yonkers, N.Y., 1999.
- Estavillo C. Fernando, "Medios Alternativos de Solución de Controversias", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, D.F., 1996, No. 26.
- Estavillo C. Fernando, "Mediación", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 2002, t. V.; y en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 2006, t. VII.
- Estavillo C. Fernando, "Medios Alternativos de Solución de Controversias", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 2002, t. V, y en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 2006, t. VII.
- Folberg Jay y Alison Taylor, *Mediación, Resolución de Conflictos Sin Litigio*. Trad. de Beatriz E. Blanca Mendoza, rev. por Manuel Chávez Ascencio, 1a. ed., Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1992.
- Goldberg Stephen B., Frank E. A. Sander y Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*. Little, Brown and Company, Boston, 1992.
- González Calvillo Enrique, "La Mediación en México", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1999, No. 29.
- Gozáini Osvaldo Alfredo, "Instituciones No Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, No. 176.
- Gozáini Osvaldo Alfredo, *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995; Graham Tapia Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*. 1a. ed., Editorial Themis, México, 2000.
- Herrera Trejo Sergio, *La Mediación en México*. 1ª. ed., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. (FUNDAp), México, 2001.
- Hunter Martin, "International Commercial Dispute Resolution: The Challenge of the Twenty-first Century", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 2000, vol. 16, No. 4.
- Lovenheim Peter, *How To Mediate Your Dispute*. Nolo Press, Berkeley, 1996.
- Marriott Arthur, "Tell it to the judge ... but only if you feel you must: The 1995 Freshfields Lecture", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration. 1996, v. 12, No. 1.
- Monroy Cabra Marco Gerardo, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. Oxford University Press-Harla de Colombia, Santafé de Bogotá, 1997.
- Paulsson Jan, Nigel Rawding, Lucy Reed y Eric Schwartz, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. 2a. ed. revisada, Kluwer Law International, La Haya, Londres, Boston, 1999.
- Pina Rafael de y Rafael de Pina Vara, "Conciliación y Mediación", en *Diccionario de Derecho*. 21a. ed., Porrúa, México, 1995.
- Valdés Sánchez Roberto, *La Transacción. Solución Alternativa de Conflictos*, 2ª. ed. Legis, Bogotá, 1998.
- Wilde Zulema D. y Luis M. Gaibrois, *Qué es la Mediación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- Wilde Zulema D., "Mediación", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill, Buenos Aires, 1996, Apéndice VII.

(c) Derechos Reservados. (c) Rights Reserved

Fernando Estavillo C.

Miranda & Estavillo, S.C.

Paseo de la Reforma No. 2654, Piso 9, Lomas Altas, 11950 México, D.F.

Tel: (5255) 2167-2554, Fax: (5255) 2167-6796

email: festavillo@mirest.com

**Reporte Final sobre Arbitrajes en la Industria de Construcción**  
**Comisión de Arbitraje Internacional CCI**  
**Dr. Herfried Wöss\***

**Fuente:**

ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 12/No.2, Fall 2001

**Objetivo:**

Arbitrajes eficientes para minimizar gastos

**Alcance:**

Arbitrajes relacionados a proyectos de construcción, en particular a la ejecución de servicios y la obra necesaria para la implementación de un proyecto

**Composición del Tribunal Arbitral**

- Familiaridad de los árbitros con contratos de construcción y disputas relacionadas, así como con aspectos de organización y manejo del procedimiento arbitral
- Promotor del procedimiento arbitral
- Capacidad de decisión (evitar la delegación de decisiones a expertos o peritos)
- Capacidad de manejar computadoras y equipo de comunicación avanzado (cuarto electrónico de documentos)
- Capacidad de redactar un laudo arbitral ejecutable (de acuerdo con estándares internacionales)

**Composición del Tribunal Arbitral**

- Se recomienda un solo árbitro para proyectos por un valor de hasta 20 millones de Dólares de los Estados Unidos
- En caso de proyectos que excedan este valor, o que sean sumamente complejos (p.ej. varias partes), se recomienda un tribunal de tres árbitros

**General**

- Las cuestiones del procedimiento deberán comentarse y decidirse por correspondencia o teléfono
- Los escritos de las partes deben seguir la secuencia pre-establecida de puntos de litigio y pretensiones
- Todas las solicitudes antes de una audiencia deben ser por escrito
- Todos los escritos deben ser exhaustivos y presentarse lo antes posible
- Escritos
- Los escritos deben organizarse de manera tal que puedan relacionarse los puntos litigiosos y las pruebas
- Resúmenes sobre
- Variaciones de la obra (cada una)

---

\* Socio ICC México y Socio Director de Wöss & Partners, S.C.

- Valor de la obra
- Incumplimiento:
- Retraso o trabajo no realizado
- Vicios ocultos
- Pasos antes del Acta de Misión

Descripción cronológica de acontecimientos, en caso de retrasos o interrupción de la obra, por cada una de las partes; el tribunal arbitral deberá preparar una cronología compuesta y actualizarla durante el procedimiento. El tribunal debería pedir información para crear tablas de organización, de definiciones y resúmenes para determinar las pretensiones y puntos litigiosos.

#### **Pasos antes del Acta de Misión**

- Ampliación de demanda o contestación, en caso necesario, o por hechos nuevos relacionados a:
- Competencia del tribunal arbitral
- Nuevas partes
- Notificaciones necesarias bajo el contrato
- Procedencia de acciones y prescripción
- Procedimientos anteriores (manifestación de inconformidad en caso de "Dispute Boards")
- Monto en disputa
- El tribunal arbitral no tiene la obligación de pedir aclaraciones para la preparación del Acta de Misión
- Acta de Misión
- Se debería preparar la lista de puntos litigiosos para poder planear el procedimiento arbitral
- Los puntos litigiosos deben estar definidos con claridad por el tribunal arbitral desde el inicio del arbitraje y basarse en listas preparadas por las partes
- Tales listas se revisarán después de la firma del Acta de Misión en la primera junta procedimental

#### **Acta de Misión**

- No se debería establecer el procedimiento salvo en términos generales; los detalles se reservan para la junta procedimental

#### **Audiencia y Calendario Procesal**

- El tribunal arbitral debería informar a las partes de la fecha propuesta para la audiencia de pruebas o la primera de la serie de audiencias de pruebas
- La audiencia principal debería tener lugar en el primer momento adecuado para las partes
- Se debe tomar en cuenta el plazo máximo para desarrollar el arbitraje

#### **Audiencia y Calendario Procesal**

- Se recomienda tomar en cuenta la capacidad financiera de las partes
- El tribunal arbitral deberá dejar espacio para negociaciones entre las partes
- El tribunal arbitral deberá considerar el tiempo necesario para estudiar el material antes de la audiencia o de cualquier junta

#### **Dividir el caso en rebanadas**

- Solamente es justificable bajo el aspecto de reducción de gastos
- Antes de hacerlo, es necesario tener claridad sobre la causación y la cuantificación de daños y perjuicios
- Solamente se debe separar un asunto si esto tiene consecuencias financieras de importancia
- En tal situación, un laudo parcial podría propiciar una transacción
- La separación debe ejecutarse de manera consecuyente

**Procedimiento después del Acta de Misión**

- La junta preliminar de procedimiento deberá seguir relativamente pronto después de la firma del Acta de Misión
- Puede haber varias juntas sobre cuestiones de procedimiento
- En caso de que ya ha habido intercambio de información, el tribunal arbitral ordenará la presentación de escritos y pruebas en forma consecutiva (salvo en arbitrajes “fast track”) y establecerá el calendario a seguir

**Procedimiento después del Acta de Misión**

- Una vez que haya recibido el tribunal una muestra de pruebas importantes, procederá con la lista de asuntos a tratar
- Se recomienda la preparación de tablas para identificar puntos no controvertidos o irrelevantes y otros que requieran de decisión
- Pruebas mecánicas
- En caso de pruebas en plantas, equipos u obras, el tribunal arbitral debe determinar si las pruebas realizadas son necesarias y suficientes
- Las pruebas deben ser no destructivas y acordarse con suficiente anticipación a la audiencia
- Cualquier prueba realizada por peritos nombrados por una parte deberían realizarse en presencia de cualquier otro perito y bajo las direcciones del tribunal arbitral, preferentemente en combinación con una inspección ocular
- Visitas al Sitio – Inspección ocular
- Las visitas al Sitio deben justificarse bajo el principio costo-beneficio

**Programas y Análisis de Camino Crítico**

- En caso de reclamos por demora e interrupción de la obra, es importante determinar las causas a través de un análisis de camino crítico
- Programas del “camino crítico” y simulacros electrónicos
- Costo
- Riesgo de manipulación

**Computación y cuantificación de pretensiones**

- La parte demandante debería constatar y justificar el monto de su reclamo
- El tribunal arbitral debe averiguar sobre las diferencias entre las partes respecto al valor de ciertas prestaciones (p.ej. una parte de la construcción no realizada)

**Documentos y control de documentos**

- Documentos deben ser relevantes: utilización de tablas en las cuales se debe justificar la relevancia de cada uno de los documentos y su objeto de prueba
- Los documentos deben ser de fácil acceso
- Se debe prever el derecho de una parte de solicitar documentos específicos de la otra
- El tribunal arbitral debe establecer un tiempo límite para la presentación de documentos y sus excepciones

**Manejo de documentos**

- Se recomienda el uso de medios electrónicos (incluyendo servicios Intranet)
- Debe haber un registro único de documentos para evitar duplicación y facilitar su acceso
- Se recomienda el uso de resúmenes de documentos para facilitar su búsqueda
- Testigos
- Es muy común que las partes presenten declaraciones de testigos en sus propias palabras y, en su caso, traducidas
- Contestaciones y réplicas sobre las declaraciones de testigos con suficiente anticipación a la audiencia de pruebas

**Expertos**

- Examen de necesidad y aprobación de las partes (costos)
- Cotejo con otras pruebas
- En su caso, nombramiento por el tribunal podría ser preferido
- Acta de misión de los expertos
- Contemplarlo en el calendario procesal
- Diferencia: Consultores de las partes
- Efecto si los consultores coinciden

**Audiencia de pruebas**

- Alocación del tiempo requerido en consulta con las partes
- Determinación de documentos debidamente relacionados que sean necesarios en la audiencia
- Argumento inicial lo más breve posible
- Se recomienda oír a los testigos antes que los expertos, ya que la prueba pericial puede influir la testimonial
- El tribunal arbitral deberá fijar el plazo para los alegatos antes de la audiencia, mismos que se presentarán después de la audiencia de pruebas y advertirá que no se permitirán nuevas pruebas después

**Laudos(s)**

- Es común que haya varios laudos parciales definitivos sobre diferentes aspectos de la litis (daños y perjuicios de fondo, cuantía de daños y perjuicios, etc.)

**Commission on International Arbitration  
Meeting of 25 April 2001  
Item 9 of the Provisional Agenda  
Final Report on Construction Industry Arbitrations**

**Preliminary**

1. This is the final report of the Construction Arbitration Section which is part of the Forum on "Arbitration and New Fields". Its members are:  
Dr Nael G Bunni (joint leader)  
Judge Humphrey Lloyd QC (joint leader)  
Mr Michael E Schneider, Leader of the Forum  
Mr William Laurence Craig  
Dr Aktham El Kholy  
Dr jur Joachim E Goedel  
Mme Vera van Houtte  
Mr Sigvard Jarvin  
Dr Igor Leto.

2. The terms of reference of the Section were:  
"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 treated "Construction Arbitrations" as arbitrations which concern all kinds of disputes that arise out of projects for construction work, but which are mainly about the execution of the services (such as engineering services) and work necessary for the implementation of the project.

3. Views were sought throughout the world from nearly 40 arbitrators with established experience of construction arbitrations (and from other practitioners). The names of those who responded positively are to be found at the end of this report (excluding members of this Section). We are most grateful for the time and trouble given by so many (especially a specialist team from Masons, London, led by Martin Harman, which submitted a substantial and thorough critique which we found particularly helpful). 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'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 dispute, especially where there are complex issues. In November 2000 we presented a revised version of our first Report. As a result we received some further comments (including comments from the National Committees for New Zealand and Switzerland). They generally supported the Report but they also contained useful and constructive criticism which has led us to amplify and to clarify certain parts. However its conclusions and recommendations are essentially the same.
5. The responses showed that, whilst the ICC Rules of Arbitration provide a good framework for such 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 appeared before them. This could be due to the use by parties of arbitrators or legal representatives who are not familiar 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 this Forum would monitor and report on developments that could help all those concerned with construction arbitrations. We hope therefore that it will be published and will form a solid base for further consultation. 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.
7. A Summary of our Main Recommendations and Suggestions is to be found at the end of the Report, together with cross-references to the main paragraphs of the Report. Some of our suggestions necessarily go beyond management techniques since, for example we thought it desirable to outline the particular qualities now required of an arbitrator in an international construction arbitration and 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 emphasise 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 that 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 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 are 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 specialise in construction arbitrations come from common law backgrounds (and indeed in contrast to the make-up of the Section the preponderance of those who replied came from common law jurisdictions) 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 had much in common, (whatever the background of the respondent) nevertheless indicates that harmonisation is achievable provided that attention is directed to the 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 on 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 they 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 similar degrees of precision in fact finding and of confidence in the result and that they can do so at lower cost and in a shorter time. We firmly believe that arbitrators under the ICC Rules should themselves decide on the procedures appropriate to the dispute in question which will enable to discharge their duties (e.g. to ascertain the facts as required by Article 20.1 of the ICC Rules) without unnecessary delay or expense.
  - 8.6 Although the report is directed to construction arbitrations we think that it may also help arbitrators in other complex commercial cases.
9. Some rules for construction arbitrations already exist, 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 do so) as they are essentially for domestic use, although to the extent that they converge they evidence a degree of harmonisation. Equally we have not used the UNCITRAL Notes on Organising Arbitral Proceedings or the International Bar Association's latest Rules of Evidence although our conclusions in many respects are very comparable (see also the excellent Commentary published in Business Law International [2000] BLI 14).

### **The 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 traditionally 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 (including engineers and other professionals where the contractor is responsible for design). With the advent of computerisation many can be highly technical and are not about relatively traditional (but still complex and intriguing) problems. That is not to say that the traditional arrangements have died out. They continue throughout the world, as do the habitual disputes bred of strained relationships and mutual suspicion.

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 that arise 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 which contain developed mechanisms for dispute resolution which are aimed at the prevention of disputes and averting arbitration. The role of the Engineer in the majority of contracts is no longer what it was. Even the latest editions of the forms of contract published by the Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) acknowledge that state of affairs. They now provide that even where an Engineer is appointed to oversee the implementation of the design it will now not always be appropriate that the Engineer should decide disputes which 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. Whilst the actual underlying disputes which are referred to arbitration may nevertheless be characterised in familiar ways (e.g. claims for changes and for the consequences of the unforeseen and perhaps also the unforeseeable, claims for defaults by the other contracting party), three principal trends may be discerned from the introduction of such dispute resolution entities (as well as mediators). First, one of the reasons why parties are willing to pay for a DAB or DRB to act during the performance of a contract (by investigating and perhaps by recommendation or provisional decision to resolve a dispute or disputes) is that the cost is much cheaper than having an arbitration. The costs of any arbitration are, with reason, perceived to be high (even although they are likely to be no higher than any other form of binding dispute resolution that results in a readily enforceable decision). Obviously this not a true comparison since a DRB or DAB is not comparable to an arbitration and performs a different function. Secondly, the disputes that escape the filter of a DAB or DRB (and any unsuccessful attempt to achieve a settlement) are likely to be relatively intractable, such as those which arise out of the termination of a contract. However there may be other reasons why a DRB or DAB does not achieve a settlement of the dispute. For example, the Board may have been unable to deal with the dispute as it would have wished and to make a satisfactory recommendation or decision; or 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 happens, a party may simply be unable to meet its obligations or be unreasonable and resort to dilatory tactics Thirdly, the disputes will have been refined by that filtering process so that the points at issue should be clearer than they have been. With the introduction of pre-arbitral methods of dispute resolution, such as the use of a DAB or DRB, we believe that arbitrations will in future deal largely with disputes which 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. These features mean that today's arbitrators have 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. Before we discuss the techniques that might now be employed we must first express some views about 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 intriguing; they can generate difficult points of law relating to specialised forms of contract that are not known to those who are not involved in construction; and they still seem to need the examination of many more documents than other types of dispute. Many of the disputes that cannot be resolved by pre-arbitral methods will be those that encompass a multitude of issues of fact and opinion (leaving aside any 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. Thus the judgment of the tribunal 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. There can of course be advantages in having a tribunal one of whose members has only general knowledge of international commercial arbitration, but from the responses received we consider that it is now highly desirable that the tribunal should be usually comprised of 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 the one of the original features which differentiated arbitration from litigation, namely that the disputes should be referred to people who came 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). Furthermore, where the issues are technical, it is essential that the tribunal should be able to understand them as it has the duty to decide them. This may mean, for example, having to decide which of two experts is right. This does not mean that an arbitrator needs to be a technical specialist. Indeed the wide range of technical issues would make it difficult if not impossible to find suitable polymaths. The arbitrator must have the intellectual curiosity and ability to get to grasp technical issues (if a lawyer) and legal issues (if not a lawyer). However it must be recognised that a party may wish to select an otherwise competent lawyer who would not satisfy this ideal. Arbitration under the ICC Rules does not require such a fetter on a party's choice of arbitrator. Similarly a party who wished to nominate an engineer or architect should not feel at a disadvantage because that person was not as knowledgeable about the applicable law as a lawyer versed in it. An arbitrator in a complex arbitration (as most construction arbitrations are or turn out to be) should also be proactive and must have the ability to manage an arbitration and to devise an effective management framework. However if the tribunal were, for example, to comprise one or more members who do not have between them all the ideal attributes, then the chairman should possess them. Certainly a sole arbitrator should do so. The tribunal should not have to appoint its own expert effectively to make a decision because it is not capable of arriving at it itself, as opposed to appointing an expert to advise it how best to assess conflicts between the technical opinions that it may receive.
16. Whatever other qualities an arbitrator may or may not possess, some familiarity with computers will almost certainly now be required. Basic word-processing skills are probably now indispensable since submissions, documents and other evidence in the form of witness statements and expert reports (as well as transcripts) are now regularly sent by e-mail and stored on floppy disk or CD-ROM. Such means of transmission both cuts down the need to handle paper and also enables the parties and the tribunal to have immediate access to documents that might otherwise be too bulky to copy for a hearing. Furthermore, the use of computers will be essential in specific technical issues that frequently arise. On the other hand it must also be recognised that practice in the most developed countries cannot be emulated everywhere. The tribunal must adopt the means of communication that ~~are~~ 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, one of the features of construction industry arbitrations has been that most are resolved by agreement before final award. In the past it was not uncommon for arbitrators of apparent standing to admit, when pressed, that they had never made an award in an ICC arbitration. We consider that in the future it is vital that the sole arbitrator or the chairman of the tribunal should know how to write awards which will be acceptable to the international construction industry. We do not suggest that there must be prior experience of writing a final award in an ICC case. One of the great advantages of the ICC system is the need to obtain the approval of the ICC Court as to the form of the award. The assistance available from the Secretariat helps a tribunal to draw up an award which, at least as regards form and style, should be enforceable internationally. However familiarity with national practice is not necessarily sufficient, nor is experience that is limited to being a member of a tribunal who did not actively participate in the drafting of the award.
18. We recommend, therefore, that the tribunal should be comprised of people with proven experience in seeing how an international arbitration about a 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. We recognise such recommendations could lead to the same arbitrators, particularly lawyers, being appointed again and again, as there is or there is thought to be a shortage of people who meet these criteria. Steps may therefore need to be taken to ensure that the names of experienced arbitrators are known and that there are enough of them.
19. There was also support for the view that costs are saved if there is only one arbitrator and not three. Although this is perhaps strictly outside our area of study we agree with this proposition, especially where the amount in dispute is or is not likely to be large. For example, a visit to the site by one arbitrator is easier and cheaper than a visit by a tribunal of three (although obviously, were the parties to agree, it would be permissible for the chairman or another member to carry out an inspection). Accordingly we recommend that at the tender stage of projects whose value is not more than, say, US\$20 million, 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 to nominate an arbitrator gives parties confidence in the arbitral process. The parties should nevertheless also consider following the practice of the ICC court in endeavouring not to appoint three arbitrators where the claim is not large. However even where the dispute has already been through a contractual process of dispute resolution and is sizeable we believe that informed parties are now more ready to agree on a sole arbitrator. Many contracts (such as those incorporating the various FIDIC conditions) now require a "cooling off period" for amicable settlement before the arbitration can start. (Even if not contractually required it is frequently beneficial.) This period could well be used at least to agree on the number and composition of the tribunal members. Accordingly we recommend that even if the arbitration agreement permits three or more arbitrators parties should consider carefully, before the Request for Arbitration is submitted, 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. We consider that this suggestion is sensible although we have reservations about whether the tribunal could validly reach such a decision under Article 31.3 of the ICC Rules. Since such a course affects the selection of a tribunal it would be safer if it were expressly mentioned in the arbitration agreement.

### The Initial Stages

In this section we look at the steps that can and should be taken prior to and for the preparation of Terms of Reference and the ensuing procedural directions since the two interact. We deal only with matters of practical relevance to construction arbitrations. Excellent general guidance is to be found in the ICC's Guide (see the ICC Bulletin Vol. 3, No. 1, May 1992).

Once the file is 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. A common example is obtaining a chronology of events from the parties, especially if there are claims for delay or disruption. Ideally in such cases a chronology should form part of the claimant's case in its request for arbitration and in the defendant's 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 scrutinise any chronology with care. When each party submits a chronology the tribunal itself should prepare a composite chronology from the material provided by the parties. It should then send it to the parties and it should take up any discrepancies with them. The tribunal should thereafter maintain the chronology, amending it as the case develops, circulating the revisions, and asking the parties to resolve 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 or necessary for the implementation of the requirement.

Some submissions made by parties are not comprehensible even though it is the duty of parties to be clear. (Many misunderstandings are explicable either because the writer is translating concepts into another language or because of an imperfect knowledge of the contract.) The tribunal should not hesitate to seek information to enable it to create organisational charts, layouts and glossaries or to obtain other clarification where it is needed for the purposes of 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 to the party or the authorised legal representative deciding to use another and better qualified representative. Such a decision is frequently conducive to the arbitration running smoothly (but the tribunal should be very careful indeed not to do anything which is intended to influence a party's choice of representative). Amplification may be needed where, for example, a party has not anticipated a point that has been taken by the other party or which the tribunal sees as likely to arise, e.g.

- 22.1. a point which might affect the jurisdiction of the tribunal, e.g. the identification of a contracting party;
- 22.2. where it is unclear whether notice of intention to claim has been given when it was required by the contract;
- 22.3. where a claim or defence is or may be barred in law, e.g. by prescription or limitation;
- 22.4. where it is not clear whether a claim has been referred to, considered or decided by the Engineer, DAB or DRB, or whether notice of dissatisfaction was given (e.g. under the FIDIC conditions);
- 22.5. where the amount of the claim is unclear.

These are matters which, if not resolved satisfactorily, could lead the tribunal not to examine the whole of the claim but instead to decide 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 their contents of the terms of reference. (Article 18 of the ICC Rules expressly envisages further submissions.)

23. However a tribunal is not obliged to seek clarification for the purposes of drawing up the Terms of Reference. In some cases a party or the tribunal might consider that points of the kind mentioned above should be left until

later. In particular a tribunal should be careful before it asks a party to clarify the legal basis of a claim or defence. The party may consider either that it is for the tribunal to determine such a matter or that it is for the other party to submit that there is no such basis.

### **The Terms of Reference**

24. The tribunal should produce the first draft of the Terms of Reference, primarily since the task requires the tribunal 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 that has been 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. The following parts require special attention in construction arbitrations.

### **Summary of the Claims**

25. Paragraph (c) of Article 18.1 requires a summary of the parties' claims and of 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 better than its predecessor (in giving the tribunal a greater discretion) it nevertheless still uses the "limits of the Terms of Reference" as the basic criteria. Thus a balance must be struck and a summary must be devised which accurately sets out the claims without too much precision. For example, it should not be possible for a party to shift from a claim that there had been changes in the work which were required to be valued in accordance with the contract to a claim that the changes were brought about by unforeseeable conditions or ought to be seen as consequences of defaults or breaches of contract by the owner. Thus a summary which enabled that to be done without authorisation from the tribunal would be unfair to the defendant party, as such new claims would almost certainly require inquiries and evidence of a very different nature. In contrast the summary should not necessarily tie a party to a particular legal basis of a claim or defence as the true basis may not be apparent. However one means of achieving a suitable summary is 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 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 wish to be satisfied that there are good reasons why it is not possible to establish the value of a particular claim.

### **The Issues**

26. Paragraph (d) calls for a list of the issues, unless the tribunal considers it inappropriate. We consider that the tribunal would be wise to require a list in all but the simplest case, 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. Under ICC practice the definition of the issues provide a means of enabling the ICC Court to check whether an award has dealt with all the issues before it approves it. Establishing a list thus also helps the tribunal (and the Court) to make certain that all the issues have been decided in the award. Furthermore in construction arbitrations, to define the issues in broad terms may not help the parties (or the tribunal) where clear guidance is needed as to 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. 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 workmanlike summary in the Terms of Reference. This would then be refined at the procedural or organisational 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 and (in particular the timetable) can impede the settlement of the Terms of Reference.

#### **Procedural Rules**

28. Paragraph (g) provides for particulars of applicable procedural rules. Unless the parties have already agreed on specific rules (e.g. the Rules of Evidence of the International Bar Association) 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 which must follow.

#### **Procedural Meeting**

29. The ICC Rules give valuable guidance (and authority) in Article 18.4. It is clear that the establishment of a “provisional timetable” may be severed from drawing up the Terms of Reference. As we have stated, unless there is or is really likely to be agreement between the parties and the tribunal as to the procedure and the timetable to be followed we recommend that in construction arbitrations the Terms of Reference should first be signed by or on behalf of the parties (or at least initialled) by those with authority to sign before the procedural meeting begins. The importance of the initial procedural meeting cannot be over-emphasised. It is vital to the creation of a sound working relationship, founded in constructive discussions between the tribunal and the parties. That relationship may be furthered if additional procedural meetings are held to monitor progress, to achieve greater precision about the issues to be decided, and to deal with matters that cannot be resolved by correspondence (see paragraph 46 below). The time and cost of such subsequent meetings can be worthwhile, but naturally they should only be held if needed.

#### **Hearing Date**

30. We are strongly of the view that the tribunal should inform the parties of the likely hearing date and duration, or at least the probable period for the hearing (assuming a single hearing or the first of a series of hearings), at the time when the draft Terms of Reference are circulated. Such an early indication, if feasible, of the possible period or date meets the psychological need of a party who 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 time table and procedural meeting which will follow. For example, it may affect a decision about the desirability of having a partial award or whether there could or should be more than one hearing. The actual date will of course depend on the parties' reaction to the tribunal's proposal and on the framework of directions given at or following the procedural meeting and after consultation with the parties. If procedural directions are agreed (which should be the aim of the tribunal) then the hearing date that will emerge 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. (We include here the parties' agents such as its 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 which a party asserts is the earliest practicable that it can manage if, for example, it is satisfied that with the deployment of reasonable resources an earlier date is feasible which is also acceptable to the other party and to the tribunal. Similarly a tribunal should be sure about the validity of an assertion that a proposed date or period is not acceptable to a party. To give two common instances: 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; 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 will meet the six months contemplated by Article 24.1 of the ICC Rules that period is that contracted for 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 will be confined to those which will have to be resolved by an award. The six-month period cannot of course be attained if the dispute is of above-average complexity or requires more than one award. That date and any hearing date must not of course be materially postponed by the non-availability of any member of the tribunal (for if it were the relevant member would be obliged to resign, although this should only occur if the process of finding a replacement would result in an acceptable date). In practice, few parties will question the tribunal's suggested date and, provided that it has been chosen sensibly, it establishes the framework for discussion of the procedure. As we have already mentioned, in arriving at a date (and also the procedure), the tribunal must of course take into account the financial position of each party (or those supporting a party) so far as it is known or to be inferred and the resources likely to be available to it. Many construction arbitrations require considerable resources to be harnessed if certain dates are to be achieved. The tribunal must be sure that they are not beyond the means of a party. Equally, 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. the employer who says that its knowledge is that of the engineer (now estranged) or the contractor advancing a claim or defence that is said to be a sub-contractor's responsibility. In arriving at the date or any part of the provisional timetable the tribunal should ensure that the parties have opportunities to take stock and to negotiate and some latitude must be allowed for human frailty.

### **Procedures**

32. We considered a number of suggestions as to the procedures that should be adopted in construction arbitrations. There is still an appreciable divergence between those who are used to the common law or "adversarial" approach and those who are used to other approaches. This is typically represented by differing views as to 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. The nature of international commercial arbitration is that an arbitration is likely to bring together people with differing business and legal backgrounds and cultures in order to deal with a series of events which will rarely be so similar to the experience of all that everybody will 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, and they must be seen to be, cost-effective. Furthermore a procedure which is efficient in one country will not be as effective in hands that are not familiar with it. It is the duty of the tribunal at every stage to maintain a dialogue with the parties so that if at all possible the steps to be taken by the parties or by the tribunal are agreed.

**Points at Issue**

33. We have already said that if true issues have not been precisely determined the first objective should be to establish them. The tribunal should draw up issues in the sense of points requiring decision at the conclusion of the first procedural meeting. Thereafter as the case proceeds the tribunal should revise and reissue the list in consultation with the parties for the purposes, for example, of guiding the parties as to the topics that must be covered in their written submissions and at any hearing, as well as 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 the disputes emanate from a contractual dispute resolution procedure or if the parties are apparently represented by competent lawyers who are familiar with construction disputes or if the amounts in dispute are not large there is a strong case for proceeding directly to proof in the sense of requiring the parties 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 defendant 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 volition or to meet requests or directions of the tribunal. (All evidence is of course to be furnished to the tribunal and to the other party at the same time.) As a general point any further submissions should be numbered or arranged to match the submissions 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 now required.

**Further Working Documents and Schedules**

36. Some specialists favour the creation of a working document by exchange between the parties which records quite briefly the essential elements of each party's case. This is best exemplified by the schedule used in English practice for typical claims for changes, for disputes about the value of work and for claims for work done improperly or not at all. Today such a schedule can be created and can travel on 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. There is no point in incurring costs in duplicating what is already available, even if it is not ideal. Parties do not always present their cases neatly on a plate 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 defendant 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 they are not accepted);
  - (c) which allegations cannot be admitted or denied (together with a brief explanation of the reason) and which the claimant is required to prove.
 In addition there must be a constructive approach, so if a defendant were to deny an allegation the reasons for doing so have to be given and if it is intended that there is a different version of events from that given by the claimant, that version must be stated. Otherwise the claimant and the tribunal will not know the real nature of the defendant's case. The essential elements of this approach may be seen from a sample extract of a schedule annexed to this report.
  
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 defendant is liable, and how the amount claimed for each item (and for the consequent delay etc.) is arrived at. The defendant will have to provide an answer which will say, in relation to each item and to each head, whether it is admitted or not, and, if it is not accepted, the reasons must be given, including any different version of events. Such a schedule is of particular value where the claim is "global", i.e. where the claimant claims a period of time of delay or disruption and a sum which is said to be attributable to the effect of a series of events but where it is said that it is not practicable to say how much time or money is due to each event or group of events. It is, ultimately, a question of the substantive law whether and in what circumstances such a "global" claim is tenable. However, even if the principle of such a claim is correct, a schedule may be of some help in the examination of the question whether, in the circumstances of the case, "global" delay or disruption did indeed occur and whether the causes for it can clearly be allocated 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 effect where that can be established. Global claims are easy to assert but difficult to examine, to test and to counter. Equally where a claimant can provide such details there will be less reason for a defendant to say that it does not understand the basis of the claim. A defendant sometimes professes ignorance although it knows as much as the claimant.

38. A similar technique is commonly used with complaints about faulty work when the schedule lists each item complained of, with the precise legal basis for 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 defendant has then to state its case in answer to every section. An example of part of such a schedule is also annexed. (Such schedules are of course of value in non-construction disputes such as those about computer hardware or software where logs have been kept of faults or crashes.) Such schedules, if fully and properly completed, do identify points that are not in dispute or which are irrelevant and thus expose the points 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. If the tribunal requires or sanctions the preparation of any such schedule it must always establish its status: e.g. is it just an aide-memoire or does it replace or supplement any existing pleading or submission and if the latter what effect has it 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 investigation and decision. 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 defendant is not liable.

#### Tests

40. Where the complaint is about the unsuitability or mal-functioning of plant, equipment or work, the tribunal will need to ascertain what tests have already been carried out and whether the results are agreed or are sufficient for the purposes of the arbitration. It may be necessary to direct that new tests should be undertaken in conditions which are either agreed to be or which are possibly representative of the conditions of use: see Article 23.1. Sometimes the parties will recognise the necessity for such tests and will already have made arrangements. In other cases the parties will be looking to the tribunal to sanction such tests (so that for example a party's wishes can be endorsed by the tribunal or so that the basis for apportioning the costs can be fixed pending some further or final determination of liability for them). (The tribunal should be sure of the time required for such tests before requiring or authorising them.) 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 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 (if still practicable and likely to be of real value even if carried out off site), either as part of the tribunal's obligation to ascertain the facts (Article 20.1) 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 (although once the 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 inspections of the site.

41. In some instances it can be very helpful to combine joint tests of plant with a visit by the tribunal, provided that there have been no material alterations since completion and 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 (who should be represented on them) and their advisers, especially if the tribunal comprises three people. Visits are however valuable both in enabling the tribunal to be better informed and in gathering evidence, particularly if arranged to observe tests or to receive 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 of 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 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. Nevertheless all visits must be justifiable both in terms of their utility and by reference to any saving in cost either in arbitrators' fees or parties' costs.

#### Programmes and Critical Path Networks

42. Claims for delay and disruption which are prevalent in construction disputes involve large sums of money and require careful handling. It is important that the causative events or such delay and disruption are clearly identified and that events which had occurred, but did not cause delay or disruption, are isolated. There are only a few methods which can be used to identify such events and their effect. The most important and well known of these is the Critical Path Network technique (CPN). CPN is a graphic presentation of the planned sequence of activities in the construction of a project showing their relationship to and their dependency on each other. It is used as a tool in project-management that enables the decision-maker by the use of computer power to modify the sequence of work in order to achieve completion of the project effectively and efficiently. The CPN can incorporate in it all the resources required (human, material and equipment), to carry out the works as planned. A by-product of the CPN technique is the ability to identify the effect of events that occur during construction on the progress of the work and to 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, the CPN provides an excellent tool for establishing the causes and effect of delay. This is generally done by comparing the contractual planned programme with the as-constructed programme. An as-planned CPN is of very limited value, or of no value at all, unless it is compared with an as-constructed CPN. Thus a claimant who claims an extension of time beyond the actual date of completion should be asked at an early stage of the proceedings as to what method he would adopt in establishing such delays and disruption events.
44. Whilst the parties have to determine the method that they will use to present their cases, a tribunal would now expect that parties who had used the CPN techniques during construction would also use them to establish or to deny claims of delay and disruption. Indeed, there would have to be a good reason not to use them. However,

CPN analyses can be very expensive and their use must be confined to situations where the results would be useful and of value. They also involve the use of computer operating software and require data to be incorporated in the analysis. Various software packages exist, each with its own characteristics and peculiarities. It is therefore necessary to understand the problems that may arise from using such a CPN method retrospectively and in hindsight in projects where these techniques have not actually been used during the construction process. One of the principal difficulties and risks of such a retrospective construction of a CPN results from the assumptions that must be made in such a construction, in particular the logic of the network. The logic as well as all other data entered into the CPN software must, of course, be fully disclosed and be subject 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 defendant, 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 defendant 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. The irrelevant must be detected as early as possible, otherwise too much time, cost and energy are spent 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. Where the evidentiary justification 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 verify the amounts claimed, cross-referenced to the statement of case, and in a form that will readily enable the defendant to know where the amounts come from and why they were incurred. The defendant will then have no excuse for not stating the reasons why liability does not exist or if liability exists, why the amounts claimed are nevertheless not due, e.g. because they were not caused by the events, because they were not incurred, because they 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 in them to reduce the areas of inquiry to those that really matter. At this point it is convenient to say that whenever appropriate all applications about procedural matters and which do not involve 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 timetable (see Article 18.4 of the Rules) until the steps required have been settled. Many respondents emphasised the need for establishing and maintaining a strict timetable so the tribunal should not give directions unless it is satisfied that they are practicable in terms of time. In cases of complexity it will be sensible to hold at least one further procedural meeting at which the timetable will be reviewed and difficulties discussed. It may sometimes be desirable not to do more than to establish a framework timetable where future steps are dependent on progress, e.g. on the report of a tribunal-appointed expert, obtaining documents from a third party, or the result of an award.
48. The tribunal must also not be deceived into thinking that a step can be carried out within a certain time provided that 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. It 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 what material has to be read, what material should preferably be read and what material need not be read beforehand. In construction arbitrations time spent by the tribunal in pre-hearing 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 other members of the tribunal. Finally any timetable that is agreed by the parties and by the tribunal is always to be preferred to one imposed on the parties, not least because a party which 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. Similarly unless the parties agree or unless it is obvious for legal reasons, we think that 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. The 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 and based on a sound appreciation of the case and must also 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 adverse to the claimant will inevitably dispose of a substantial part of the case. It is not so attractive if the claim resurfaces under an alternative head if on analysis the claimant's losses are not attributable to the claims that are barred. Similarly to divide 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 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 sure then the tribunal 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 fall-back case.
50. These factors do not of course apply with the same force to the handling of purely legal issues if they present no special problems. Furthermore we do not overlook the desirability for the tribunal to discuss with the parties from the earliest stage the possibility of resolving non-essential issues in a relatively informal manner. Indeed, provided that the parties agree, 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. (When in this report we refer to the agreement of the parties, it is of course essential that it should be in writing and signed by the parties or duly authorised representatives.)

### 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 print outs or whether it would be better if the material is 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. (This problem is of course not confined to construction arbitrations.)

52. We were struck by the number of respondents who considered that excessive documentation remains the curse of construction arbitrations, since we had thought that by now experienced arbitrators and practitioners knew of the techniques to prevent arbitration proceedings being swamped by the mass of documents that are inevitably generated by a construction project. Few are now 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, that process in the form that it is practised in domestic fora has to be justified if it is to apply to an international arbitration. It does not otherwise have a 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 are referable to such principal documents in order to make them comprehensible. To this end we consider that the tribunal should consider directing the parties to state at the time of its production (and if not then certainly in any pre-hearing submissions) what each principal document is intended to prove, as there was general agreement that the parties should first be required to ensure that they have produced all the documents which are needed for the proof of 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 the document provides that proof so that if necessary alternative means of proof can be found.) Such a course does preclude 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. the use of IT for document management which would allow direct access to quantities of documents which would ordinarily be too voluminous to handle. We doubt if such arrangements would avoid the vice of many construction arbitrations, namely not deciding which documents are really relevant and necessary (as opposed to those which might possibly be needed). However the costs of 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 as well as 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 over (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 right from the start direct the parties in any event to organise the documents so as to avoid duplication and to enable them to be accessed easily, such as by 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 recognised. 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. (A full set of contractual documents should have been produced before the Terms of Reference were signed.)
54. The tribunal may obviously 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 deal with them. 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 or of the refusal will be decided. Most parties comply with an order if it is made clear that the sanction for failure to comply with the tribunal's order is the risk of an adverse inference being drawn. (The tribunal is thus not committed to that step.) The tribunal should however be aware that its requests for documents may sometimes convey the impression that the tribunal is inclined to the party which may benefit from the tribunal seeing the documents, especially where the tribunal's order supports (directly or indirectly) a prior request by that party. (The same sensitivity can also arise in relation to tests, inspections, visits and other procedures whereby the evidence is gathered.) 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.

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, exceptionally, permitted by it following a reasoned justification for the late introduction of the documents, such as where a party withholds a material document but it is subsequently discovered by the other party.

#### **Witnesses**

56. First, the law governing the proceedings or the wishes of the parties may govern the reception of oral evidence. For example, the laws of many Arab countries require oral testimony not to be assisted by recourse to documents. Subject therefore to these important factors, evidence that is not contained in a document and which is necessary in order to prove or disprove a point in issue must be presented by means of a written statement from the witness, in that witness's own words (unless the witness is not able to do so), verified and signed by that witness. Where the evidence is not in the language of the arbitration an accredited translation must be provided. (Where the text of the statement deals with technical or legal matters the tribunal should ensure that the translator is not just qualified but familiar with the subject-matter for otherwise the translation may not only be misleading but quite useless.) 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 provide for supplementary or additional statements of evidence of fact necessitated by the intended evidence of the other party (including expert evidence) to be submitted within a short time of 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 only be heard if required by a party or by the tribunal to attend for questioning. The tribunal may however require a party to state why a witness is required and upon what matters questioning is to be directed so as to ensure that the questions are relevant and necessary. The tribunal may impose reasonable limits on the time available to a party for the questioning of witnesses.

#### **Experts**

58. The tribunal may decide to appoint its own expert to assess the technical points and to guide the tribunal in its own investigations. Article 20.4 of the ICC Rules 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. But construction disputes often raise a wide variety of technical issues (and some technical issues in reality turn on a specialist

area not within the competence of an ordinary expert or are found to require a decision between two different schools of thought to one of which the tribunal member is favourably disposed, perhaps unconsciously as a result of training or experience). It is therefore important that, before the tribunal appoints its own expert, the other members of the tribunal are satisfied not only that any expert member is truly independent and free from any apparent or unconscious bias but that the issues are likely to be within his or her competence (just as the tribunal should not rely on a member who was a lawyer unless it was satisfied that the lawyer was competent in the field in question). Obviously the tribunal must avoid the possibility that an arbitrator with a special qualification is not unduly influential in discussions within the tribunal. (Such an arbitrator is still likely to be of considerable value in helping the tribunal to understand the points at issue and to communicate with the parties and experts.) Such situations would entitle the tribunal to appoint another expert to advise it, especially if the parties themselves (in their written submissions or through reports from their own experts) have not provided adequate technical information. On the other hand the appointment of an expert by the tribunal may be justified where the assessment of part of the case might take a considerable time, e.g. the examination of a complex network analysis. A decision of this kind 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 was truly independent as required by the declaration required of all nominated arbitrators. He would then be able to assist his fellow arbitrators 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. In construction arbitrations there can be confusion about whether or not expertise is required so it is always prudent to clarify the position. It is sometimes assumed that expert evidence will be required to deal with a matter which another party would regard as requiring proof from documents or a witness (e.g. the quantification of actual loss or expenditure). It is also sometimes assumed that the tribunal will appoint an expert and that a party may only be required to consider producing an expert 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 as to whether they both are intent on tendering evidence from experts and why such expertise is required (for in reality it may be that the proof should be provided in another way and the experts are being used as advocates). In a case where the opinions of experts are important and where 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 are clearly identified. In such circumstances the tribunal should only appoint its expert if it is necessary since the costs of the tribunal's expert have to be borne by the parties. On the other hand in many cases we consider that it may actually save the parties considerable time and expense if the tribunal were to appoint its own expert. The opinion of that expert might render unnecessary any further expertise or it may identify the points upon which evidence or reports from witnesses or experts may be required. It may therefore be cost-effective for the tribunal to appoint its expert and to obtain a report first. (It would not or would not necessarily be cost-effective in the cases where the parties are likely to need an expert to assess the report of the tribunal's expert or where they are determined to exercise their right to present their own expert evidence.) 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 that expert. If the tribunal is unable to reach that decision at that stage it will no doubt inform the parties at the procedural meeting and before arriving at the provisional timetable so that they can take account of the possibility that an expert may yet be appointed by the tribunal.
60. It is now common in international construction arbitrations to find that a party has from a very early stage used a consultant in the preparation of claims (quantity surveyors, claims consultants etc.). Often such consultants

provide expert knowledge in certain aspects of the dispute, such as programming, quantification or engineering. Sometimes these consultants also appear as the parties' experts, providing reports and giving evidence at the hearing. These consultants must be distinguished from experts unconnected with the parties such as specialists, with a reputation for their expertise in a specific area. However the dividing line is not always clearly to be seen. The tribunal may have to bear these limits in mind when assessing the weight of the opinions presented to it. For example the tribunal will wish to be sure that any information which a consultant expert in the former category obtained from a party and which has been used in the formation of his evidence and opinions has been fully communicated to and known by any other party and the tribunal. The proximity of such an expert to a party may be significant. If the parties wish to present evidence from experts, then after discussion with the parties, the tribunal must also control the ambit of the evidence to see that it is confined to the issues and that it does not deal with matters that are or are capable of being proved in other ways. It ought either to draw up the terms of reference of the experts (on the basis of the issues known to it) or to require the parties to agree a statement of the issues and of the 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 draw up the experts' terms of reference the experts should provide the tribunal with their terms of reference or instructions as received from their clients (subject to privilege) so as to ensure the expert is properly directed and motivated and that the opinions of that expert are reliable. The experts, if independent of the parties, acting either as expert witnesses or as technical consultants, should discuss their views with each other preferably before preparing their reports, e.g. at a meeting (possibly chaired by the tribunal or, if the parties agree, a designated member) since experts, if truly independent, should eventually agree about most things. Even if there is no such discussion before the reports are presented, one should be held thereafter. Again the tribunal may perform a valuable role in seeing how much convergence may be found. It may not always be necessary for the parties to be represented at such a meeting (although they are of course entitled to be represented at any meeting with the tribunal), and there is normally no reason why any discussion between the experts themselves need be attended by any one 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 the discussion it may 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 may be needed.

### Hearing

61. There were interesting divergences between responses. There was general agreement that the tribunal should as early as possible decide in which order the main issues should be heard and whether certain issues should be decided in a partial award before other issues were heard. Some suggested that the tribunal should persuade the parties to agree to some issues being decided only on the basis of written submissions and evidence but we think that whilst the tribunal may suggest such a course the parties should be entirely free to decline. The tribunal is not always best placed to see that some issues have to be the subject of a hearing. However the tribunal should always 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 which questioning will be directed. (Here "questioning" covers questioning by a party directly or through the tribunal.)
62. 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, secondly, that either only a nominal time should be allowed at the hearing for opening statements or that there should be no opening statements. The latter course should however only be taken if the parties agree as many clients wish to hear a presentation of their case. If little or no time is given to opening statements at the outset then, unless the parties

agree, sufficient time must be found before the hearing closes for some statements since otherwise the tribunal might not afford the parties the hearing to which they are entitled under Article 20.2 of the Rules. In common with general practice in international arbitration, written submissions should be full but concise, and ~~that~~ they should be delivered at the earliest possible occasion. Submissions should be numbered or arranged to match the submissions of the other party. There was much antipathy to the common law practice of not presenting the best case in the best possible way and to rely 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.

63. Equally there was 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 agreement) 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 that this is necessarily appropriate in construction disputes. For example, if the claim is solely about whether a contractor was delayed, then the preponderance of time is likely to be required for an investigation of the evidence in support of that case rather than the employer's evidence which may well be quite limited.
64. Prior to the hearing the parties should be required to agree which documents will be needed at the hearing, which (if not already conveniently available) should be put on CD-ROM or assembled in the form of files (see above). Pre-hearing submissions, witness statements and any reports from experts should be cross-referenced to the documents.
65. Many supported 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 minimised if the experts get in touch with each other well before the hearing to resolve such points. As regards witnesses of fact it may be expected, as part of the continuing dialogue with the parties, that the tribunal will study the statements as they are filed and will take up discrepancies with the parties so that they may be cleared 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 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 displaced. The tribunal must obviously ensure that the decisions that it takes are its own and not those of any expert appointed by it.
66. 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 time for it to raise questions and, unless otherwise agreed by the parties, to give the parties an opportunity to address the tribunal on points which need then to be emphasised. (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 period which within closing written submissions are to be delivered 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 after that period. The tribunal should also make it clear when declaring the

proceedings closed, as required by Article 22 of the Rules, 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 and to fasten on some pretext that the action was “authorised” by the tribunal (as provided by Article 22). If this occurs the tribunal should immediately send such submissions back to the parties.

Judge Humphrey LLOYD QC  
Dr Nael G Bunni

March 2001

### ACKNOWLEDGEMENT OF CONTRIBUTORS

The Section acknowledges with thanks all the contributions that they received but particularly from the following. (They apologise 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 together with Tanya Melnyk, Julian  
Cohen, Steven Carey, Gordon Bell, and Mark Roe  
(Masons, London)  
G Beresford Hartwell  
Martin Hunter  
William Huyse  
Gordon Jaynes  
Neil Kaplan

Pierre Karrer  
Helen Kenyon (and others at CMS Cameron McKenna,  
London)  
Tómas Kennedy Grant

Helge Jakob Kolrud  
Donald L. Marston  
James J Myers  
Professor Fritz Nicklisch  
Alan Redfern  
Colin Reese  
J Rozemond  
Samir A Saleh  
Professor Pieter Sanders  
Christopher R Seppala  
Audley Sheppard

The Swiss National Committee  
Esam Al Tamimi  
John B Tieder  
John Uff  
†Christian Wiegand.

## SUMMARY OF MAIN RECOMMENDATIONS AND SUGGESTIONS

(Cross-references are given to the principal paragraphs of the Report.)

### Composition of Tribunal

1. The tribunal should be comprised of people with proven experience in seeing how an international arbitration about a construction dispute is carried through from start to finish. [Para 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. [Paras 17-18]
3. Some familiarity with computers is a distinct advantage, if not a necessity, and basic word-processing skills are now virtually indispensable. [Paras 15-16]
4. At the tender stage of projects whose value is not more than, say, US\$20 million, the parties should consider whether their interests would be best served if a sole arbitrator were appointed. They should also consider appointing a sole arbitrator if the value of the claim is not large. [Para 19]

### The 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. It should itself prepare a composite chronology from the material provided by the parties which it should then send to the parties and take up any discrepancies with them. The tribunal should thereafter maintain the chronology, amending it as the case develops, circulating the revisions, and asking the parties to resolve any gaps in it. [Para 21]
6. The tribunal should not hesitate to seek information to enable it to create organisational charts, layouts, and glossaries or to obtain other clarification where it is needed for the purposes of defining a claim or an issue. [Para 22]
7. Amplification of submissions may be needed where, for example, a party has not anticipated a point that has been taken by the other party or which the tribunal sees as likely to arise, e.g.
  - 7.1 a point which might affect the jurisdiction of the tribunal, e.g. the identification of a contracting party;
  - 7.2 where it is unclear whether notice of intention to claim has been given when it was required by the contract;
  - 7.3 where a claim or defence is or may be barred in law, e.g. by prescription or limitation;
  - 7.4 where it is not clear whether a claim has been referred to, considered or decided by the Engineer, DAB or DRB, or whether notice of dissatisfaction was given (e.g. under the FIDIC conditions);
  - 7.5 where the amount of the claim is unclear;
 However a tribunal is not obliged to seek clarification for the purposes of drawing up the Terms of Reference as in some cases such points should be left until later. In particular a tribunal should be careful before it asks a party to clarify the legal basis of a claim or defence as it may be for the tribunal to determine such a matter or for the other party to submit that there is no such basis. [Paras 22-23]

### The Terms of Reference

8. A list of issues will be needed in all but the simplest case, not least because without such a list it will not be possible to decide on the future course of the arbitration. [Para 26]
9. In construction arbitrations, to define the issues in broad terms may not help the parties (or the tribunal) where clear guidance is needed as to 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. However a list that is very long would not serve a useful purpose, in which case a working summary should be set out in the terms of reference but refined at the procedural or organisational meeting which must follow. That list should be revised and reissued by the tribunal as the case proceeds in consultation with the parties, e.g. at any further procedural meeting. [Paras 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, and to leave them to be worked out at the procedural meeting. [Paras 28 and 32]

### **Hearing Date and Timetable**

11. The tribunal should inform the parties of the likely hearing date (assuming a single hearing or the first of a series of hearings) at the time when the draft Terms of Reference are circulated so as to facilitate agreement on the date. [Para 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 will meet the six months contemplated by Article 24.1 of the ICC Rules, that period 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 when the points at issue may have been refined and which will now only be resolved by an award (unless the dispute is of above-average complexity or requires more than one award). In arriving at a date (and also the procedure), the tribunal must of course take into account the financial position of each party (or those supporting a party) so far as it is known or to be inferred and the resources likely to be available to it. [Paras 30-31]
13. In arriving at any date for a hearing or any part of the provisional timetable the tribunal should ensure that the parties have opportunities to take stock and to negotiate and some latitude must be allowed in case there is slippage. [Paras 31, 46, 47]
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). [Para 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. [Para 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 sure then the tribunal 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 fall-back case. [Paras 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 settlement of the Terms of Reference, although the first procedural meeting should take place on the same occasion and should follow on immediately afterwards. [Paras 28-29]

18. In cases of complexity 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. [Paras 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), 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 defendant can reply to it. The timetable will therefore need to be fixed by the tribunal. The tribunal may then permit the parties to submit further submissions or evidence either of their volition or to meet requests or directions of the tribunal. 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 now required. [Paras 34 and 35]

#### **Further Working Documents and Schedules**

20. Some specialists favour the creation of a working document by exchange between the parties which records quite briefly the essential elements of each party's case. 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. Such schedules can be created and can travel on disk or via e-mail so they need not be cumbersome to handle. If fully and properly completed, schedules identify points that are not in dispute or which are irrelevant and thus expose the points 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. Such schedule is of particular value where the claim is “global”. [Paras 37-39]
21. Even if 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 submission of evidence or before the hearing takes place so as to find out what then needs investigation and decision. [Para 39]

#### **Tests**

22. Where the complaint is about the unsuitability or mal-functioning of 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. [Para 40]
23. The tribunal should sanction tests that have not already been carried out (but it must be sure of the time needed for them). Although in the majority of 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 (if still practicable and likely to be of real value even if carried out off site), either as part of the tribunal's obligation to ascertain the facts (Article 20.1) 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 (although once the 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 inspections of the site. [Para 40]

#### **Visits**

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

25. Visits can be expensive and difficult to arrange at a time convenient to the parties (who should be represented on it), especially if the tribunal comprises three people. All visits (and tests) must therefore be justifiable in terms of the real benefits and costs saved. [Para 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 events which occurred but 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 that they have already been used in the management of the project. Were CPN techniques not to have been used during the construction period of the project, the retrospective preparation of a CPN is almost always expensive and can produce misleading or unhelpful results. The processes used in preparing a retrospective CPN must be fully transparent. The parties and the tribunal must be informed about the logic at the basis of the CPN, the assumptions made and the data entered. This also requires that they all have access to the software used for the preparation of the CPN and its application. [Paras 42-44]

#### **Computation and Quantification of Claims**

27. Where the evidentiary justification 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 verify the amounts claimed, cross-referenced to the statement of case, and in a form that will readily enable the defendant to know where the amounts come from and why they were incurred. The defendant will then have no excuse for not stating the reasons why liability does not exist or if liability exists, why the amounts claimed are nevertheless not due, e.g. because they were not caused by the events, because they were not incurred or because they were not reasonably incurred. In each case the reasons should be given. [Para 45]

#### **Documents and Document Control**

28. The common law process of discovery (whether the English version or the United States version) in the form that it is practised in domestic fora has to be justified if it is to apply to an international arbitration. It does not otherwise have a place in ICC arbitrations. [Para 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 to dispose of the case of the other party) or which are referable to such principal documents in order to make them comprehensible. [Para 52]
30. The tribunal should direct the parties to state at the time of its production (and if not then certainly in any pre-hearing submissions) what each document is intended to prove, as there was general agreement that the parties should first be required to ensure that they have produced all the documents which are needed for the proof of the points at issue. [Para 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 not provided, to seek an order from the tribunal, at which stage the legitimacy or reasonableness of the request or of the refusal will be decided. [Para 54]
32. 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, exceptionally, permitted by it following a reasoned justification for the late introduction of the documents. [Para 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. [Paras 16, 53-55, 64]
34. The tribunal should require the parties in any event to organise the documents so as to avoid duplication and to enable them to be accessed easily. Such a procedural direction will need to be clear and precise since this useful practice is not yet widely recognised. 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. [Paras 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 in issue must be presented by means of a written statement from the witness, in that witness's own words (unless the witness is not able to do so), verified and signed by that witness. Where the evidence is not in the language of the arbitration an accredited translation must be provided. [Para 56]
36. It is usually sensible to provide for supplementary or additional statements of evidence of fact necessitated by the intended evidence of the other party (including expert evidence) to be exchanged within a short time of the principal statements so that all the evidence is in writing. [Para 56]
37. All witness statements should be exchanged in good time before the preparation of any pre-hearing submissions. [Para 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. A decision of this kind has or may have important implications so it should normally be discussed with the parties. [Paras 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. [Para 59]
40. The tribunal should only appoint its expert if it is necessary since the costs of the tribunal's expert have to be borne by the parties. On the other hand in many cases it will be cost-effective to do so for the opinion of that expert might render unnecessary any further expertise or it may identify the points upon which evidence or reports from witnesses or experts may be required. [Para 59]
41. The tribunal ought 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 that expert. [Para 59]
42. The tribunal may need to differentiate between truly independent experts and consultants retained by the parties to assist in the preparation of the claim who may produce reports and give evidence in the arbitration and, for example, to be sure that any information obtained by such a consultant expert from a party and used in the formation of his evidence and opinions has been communicated to the other party and to the tribunal. [Para 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 to require the parties to agree a statement of the issues and of the 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 draw up the experts' terms of reference the experts should provide the tribunal with their terms of reference or instructions as received from their clients (subject to privilege) so as to ensure the expert is properly directed and motivated and that the opinions are reliable. [Para 60]
44. The experts, if independent of the parties, should discuss their views with each other preferably before preparing their reports, e.g. at a meeting (possibly chaired by the tribunal or, if the parties agree, a designated member) since most independent experts eventually agree about most things. [Para 60]
45. The tribunal must ensure that it is clear whether or not agreements between the experts bind the parties. If the tribunal were to chair the discussion it may be difficult for a party to question such an agreement. Reports must be confined to questions or issues where no agreement can be reached. [Para 60]

#### **General**

46. Whenever appropriate all applications about procedural matters and which do not involve questions of substance should be made and decided by correspondence or telephone without a hearing. [Para 46]
47. Submissions should be numbered or arranged to match the submissions of the other party. [Paras 34, 62]
48. All submissions prior to a hearing should be in writing. [Paras 61-62]
49. All submissions should be full but concise and they should be delivered at the earliest possible occasion. [Para 62]

#### **Hearing**

50. The tribunal should either 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 agreement) or the tribunal should itself decide and adhere to a strict timetable, unless it is not just to do so. 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. [Para 63]
51. Prior to the hearing the parties should be required to agree which documents will be needed at the hearing, which (if not already conveniently available) should be put on CD-ROM or assembled in the form of files (see above). Pre-hearing submissions, witness statements and any reports from experts and should be cross-referenced to the documents. [Para 64]
52. Either only a nominal time should be allowed at the hearing for oral opening statements or there should be no opening statements. [Para 62]
53. Factual witnesses should be heard before the consideration of experts' reports since the questioning of a factual witness may require an expert to modify or withdraw an opinion or provisional conclusion. [Para 65]
54. 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. The period within which closing written 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 after that period. [Para 66]

55. The tribunal should make it clear that no new facts or opinions will be admitted once the hearing has taken place, unless specifically requested by it. [Para 66]

### Extracts from typical schedules i: schedule for additional work and disputed valuation

| 1<br>No of Item | 2<br>The items of extra work claimed   | 3<br>Claimant's case: by whom ordered and when   | 4<br>Claimant's valuation   | 5<br>Defendant's Case   | 6<br>Price, if any, admitted by defendant.  | 7<br>For use by Arbitral Tribunal |
|-----------------|--|--|---|---|---|-----------------------------------|
| 1               | On excavating the foundation trenches it was necessary to go below the depth on the drawings by .75 m over a length of 400 m between marker posts 4 and 5. | No specific order, except that the claimant was directed on several occasions on _ and on _ to "go deeper" by the Engineer's Representative. The claimant is entitled to have the work measured and valued. However the measurement 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. | 0.75 x 400 @ \$50 (contractual rate at item 5/A/7 of Bill of Quantities) = \$1500 | The item is not an extra; the claimant was obliged to include in its rates for excavation to any depth and was merely instructed as what it had to do. The measurements were made for record purposes only; the statements were interim; neither the Engineer nor the defendant is bound to certify or to pay for the work which is in any event wrongly claimed. | Nil. (In any event the length was 300 m and the rate should \$30 - see item 5/A/8 of the Bill.) |                                   |

### li: counterclaim for defective work

| Ref No | Item of work   | Defendant's case  |   |   | Claimant's case  |   |   | Arbitral Tribunal |
|--------|--|---|---|---|--|---|---|-------------------|
|        |  | Alleged defect  | Remedial work   | Amount claimed  | Liability  | Remedial Work   | Amount  |                   |
| (1)    | (2)  | (3)   | (4)   | (5)   | (6)  | (7)   | (8)   | (8)               |
| 1.     | The joints between the pipes from marker 5.5 km to marker 6.5 km leak. | The welds of the joints do not conform to DIN 00000 as required by clause XXX of the specification. | The pipes will have to be removed and replaced with new materials as repairs cannot be carried out on site. | \$112,500. Each 20 m length costs \$500; costs of labour and plant is estimated at 200% plus on costs of 50% for supervision etc. | Denied. The pipes were installed 5 years ago. It is admitted that the pipes leak because they have fractured when the defendant relaid them 2 years ago. The of The pipes in this length were 1 m _ so DIN 00000 did not apply; the pipes conformed to DIN 010101. The Engineer in an instruction of ___ authorised the supply of such pipes, and thereby approved of welds to DIN 010101. | Denied. It is not necessary to replace the pipes. If necessary the pipes can be remade on the spot. | Denied. Remaking would cost approx \$250 per weld: \$12500.<br><br>Apart from the cost of the pipes the claimant does not accepts that the cost of the work proposed by the defendant is reasonable, and requires proof that the percentages of 200% and 50% represent the actual cost to the defendant: it should be reduced by 50% as the defendant will be getting new pipes to replace old pipes. |                   |

**Técnicas para controlar el tiempo y los costos  
en los procedimientos arbitrales  
Lic. Katherine González Arrocha\***

**Origen del Reporte**

La rápida evolución del arbitraje ha llevado a ciertas críticas relativas a la lentitud y a los altos costos de algunos procedimientos arbitrales.

Las causas son varias: universalidad del arbitraje, complejidad de los procesos, falta de experiencia de abogados o árbitros...

Surge iniciativa en la Comisión de Arbitraje de la CCI de identificar estas causas y sugerir métodos para reducir el tiempo y los costos en los procedimientos arbitrales.

Creación de un grupo de trabajo en la Comisión de Arbitraje de la CCI presidido por Yves Derains y Chris Newmark.

Reporte aprobado en la reunión del 13 de diciembre de 2006 sujeto a ciertas modificaciones; fue finalizado en marzo de 2007.

Será publicado próximamente en forma de libreto.

**Primer análisis**

Estadísticas arbitrajes CCI en 2003 y 2004:

**Primeras conclusiones**

Generalmente los gastos de las partes son el producto de largas presentaciones y apariciones de las partes en el proceso arbitral, muchas veces innecesarias.

Mientras más largo sea el proceso, mayores serán los costos incurridos.

Si se desea reducir el tiempo y los costos conviene focalizarse en las presentaciones de las partes : sugerir técnicas para agilizarlas y reducir las.

Enfoque del Reporte

Técnicas para ayudar a los árbitros, a las partes y a sus abogados.

**2 principios esenciales:**

Las partes y los árbitros deben acordar o sugerir técnicas adaptables a su proceso lo antes posible, de preferencia en la primera etapa del proceso.

El Tribunal Arbitral debe actuar de manera activa a lo largo de todo el proceso.

---

\* Comisión de Arbitraje de ICC México, Katherine González Arrocha, Directora para América Latina, Servicios de Solución de Controversias de la CCI, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

## La Cláusula Arbitral

La mala redacción de una cláusula arbitral puede generar un sinnúmero de problemas y retrasos en la fase inicial del proceso.

### Cómo evitarlos?

Redactar cláusulas sencillas

Utilizar cláusula modelo sugerida por la CCI. Se aconseja especificar la sede del arbitraje, el derecho aplicable y el idioma, pero no incluir disposiciones relativas al procedimiento arbitral (salvo excepciones: arbitrajes con múltiples partes o contratos).

Selección y nombramiento de árbitros

Se aconseja otorgarle el poder a la CCI para escoger el número de árbitros y designar a todos los árbitros. Esto puede reducir el riesgo de recusaciones y agilizar el proceso de constitución del tribunal arbitral.

Una vez surgido el litigio se sugiere acordar un árbitro único cuando sea apropiado.

Evitar incluir en la cláusula arbitral o solicitar posteriormente requerimientos/calificaciones específicas para los árbitros.

Cuando las partes deben escoger a los árbitros, deben prestar atención particular a requerimientos de tiempo y habilidades/conocimientos de manejo de procedimientos arbitrales.

### Inicio del proceso

Aspectos/decisiones preliminares al procedimiento:

Acta de misión

Conferencia de procedimiento ("early case management conference")

Calendario de procedimiento

#### 1. El Acta de Misión

Analizar si conviene requerir a las partes resumen de sus pretensiones (limitar número de páginas) o si el Tribunal presenta un resumen.

Analizar si conviene o no realizar una reunión en presencia de las partes.

Las partes pueden otorgar poder al Presidente del Tribunal para decidir aspectos procesales solo.

Se sugiere al Tribunal Arbitral informar a las partes que en caso de retrasos injustificados/falta de cumplimiento de plazos/conducta no razonable, se les sancionará al momento de decidir sobre los costos del arbitraje.

#### 2. Conferencia de procedimiento ("Early case management conference")

Conferencia con las partes en la cual se acuerdan y/o se deciden aspectos relativos al procedimiento. Práctica usual en arbitrajes internacionales.

Identificar momento para realizarla:

Si las partes han presentado en detalle su caso en la demanda y la contestación, puede realizarse la conferencia tan pronto como se finalice el Acta de Misión.

Si el caso no ha sido presentado en detalle cuando se finalice el Acta de Misión, es preferible efectuar la reunión posteriormente.

Participación de clientes (no sólo abogados)

### **3. Calendario de procedimiento**

Artículo 18(4) del Reglamento de la CCI

El tribunal arbitral debe garantizar el respecto de dicho calendario: cambios sólo justificados.

Analizar la necesidad de realizar una audiencia de pruebas (art. 20.6 del Reglamento de la CCI).

Si tal audiencia es necesaria:

Fijar fecha lo antes posible

Organizar una conferencia telefónica previa en la cual se decidirán aspectos de organización (distribución del tiempo, orden de peritos, traducciones, etc.)

Utilizar tecnología (e-mails, video conferencias, ICC NetCase...) cuando sea apropiado.

### **...Calendario de procedimiento**

Analizar y decidir si se debe rendir uno o varios laudos parciales.

Informar a las partes que tienen la posibilidad de suspender el proceso en cualquier momento para intentar llegar a un acuerdo o iniciar un procedimiento amistoso.

Siguientes fases del proceso

- Escritos
- Pruebas documentales
- Testigos y Peritos
- Audiencias
- Deliberaciones y laudos

#### **1. Escritos**

- Tratar de identificar todas las pretensiones desde el inicio del proceso.
- Evitar repeticiones de argumentos en fases posteriores del proceso.
- Decidir si conviene presentar escritos simultáneos o secuenciales.
- Limitar el número de presentaciones.
- Limitar el largo de las presentaciones.

#### **2. Prueba documental**

- Desde el inicio del proceso utilizar sistema de numeración u otro que facilite la identificación de documentos.
- Referirse a art. 3 de las "IBA Rules on the Taking of Evidence".
- Minimizar solicitud de documentos originales (utilizar e-mails) y traducciones.
- Limitar el número y largo de las solicitudes de aportar pruebas.
- Utilizar la "Tabla de Presentación de Pruebas de Alan Redfern"
- Tabla de Redfern

### 3. Testigos y peritos

- Los árbitros deben limitar el número de testigos: favorecer aquellos que aportan testimonios sobre elementos esenciales del proceso. Las partes pueden facilitar este proceso llegando a un acuerdo sobre puntos no controvertidos que no requieran prueba testimonial.
- Presunción: no se requerirán peritos. Excepción: sólo en casos en los cuales el tribunal arbitral lo requiera para probar elementos esenciales.
- Preferir un solo perito designado por el Tribunal o por las partes; de no ser posible, no más de un perito por parte salvo raras excepciones.

### 4. Audiencias

- Reducir el número y duración de las audiencias.
- Privilegiar conferencias telefónicas y video conf.
- Escoger el mejor lugar (no necesariamente sede del arbitraje: art. 14(2) del Reglamento CCI).
- Fijar fecha límite para presentación de documentos y pruebas que prevea tiempo necesario para que árbitros puedan leerlos antes de la audiencia. Las partes pueden someter al Tribunal una lista de los documentos esenciales que deben leer.

#### ...Audiencias

- Definir una agenda y el tiempo que se acordará a cada parte/perito para presentar su caso.
- Determinar si es necesario que todos los peritos den testimonio oral.
- Interrogar a varios testigos a la vez (“witness conferencing”).
- Tratar de evitar la presentación de escritos posteriores a la audiencia (“post-hearing submissions”). Preferir conclusiones orales o escritas.

### 5. Deliberaciones y laudos

- Antes de declarar el cierre del proceso, el Tribunal debe cerciorarse de que los árbitros han fijado un calendario para las deliberaciones.
- Cumplir con art. 22(2) del Reglamento CCI: indicar a la Secretaría fecha en la cual someterán el proyecto de laudo a la Corte.

### Conclusiones

- Finalidad del documento: ideas/sugerencias a partes, árbitros y abogados.
- Puede presentarse este documento a las partes al inicio de un proceso arbitral para lograr acuerdos sobre ciertos aspectos.
- No es restrictivo: no es un código ni tampoco debe considerarse como una interpretación del Reglamento de Arbitraje de la CCI.
- Busca preservar la universalidad del arbitraje que persigue el sistema de la CCI, aprovechando las ventajas de cada sistema.

**Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje**  
**Un reporte de la Comisión de Arbitraje de la CCI**  
**Traducción: Cecilia Flores Rueda y Carlos J. McCadden M.**  
**Revisión final: Claus von Wobeser**

## Prefacio

Una de las características significativas del arbitraje, en cuanto mecanismo concebido para la resolución de controversias, es que los reglamentos de arbitraje dan un marco al procedimiento de arbitraje, pero escasas disposiciones detalladas en cuanto a la conducción del arbitraje. Así, los reglamentos de arbitraje no siempre precisan si deberá haber o no varios intercambios de memorias. No contienen disposiciones detalladas relativas a la presentación de documentos. Tampoco precisan cómo deben desarrollarse las audiencias, ni – en su caso – cómo serán escuchados los testigos.

Esta característica fundamental del arbitraje, permite pues adoptar disposiciones específicas, a la medida, adaptadas a cada controversia, así como a las tradiciones jurídicas de las partes y de los árbitros. En vistas a determinar los procedimientos más apropiados a un cierto arbitraje, es útil y eficaz para las partes y el tribunal arbitral el tomar, tan pronto como sea posible, decisiones reflexionadas sobre las medidas mejor adaptadas al diferendo en cuestión. Al momento de estas decisiones, les será entonces posible moldear el procedimiento arbitral con el fin de que su duración y su costo sean proporcionales a lo que está en juego en el asunto y apropiados a las pretensiones y puntos en litigio.

Es así como el Grupo de Trabajo sobre la Reducción de Tiempo y Costos del Arbitraje, creado por la Comisión de Arbitraje de la CCI y co-presidido de manera sobresaliente por Yves Derains y Christopher Newmark, ha elaborado el siguiente documento, presentando diversas técnicas que pueden ser utilizadas para organizar los procedimientos arbitrales y controlar su duración y su costo. Este documento puede ser de una gran ayuda para las partes y el tribunal al adaptar medidas apropiadas a su caso. Se propone animar a la creación de una nueva dinámica desde el inicio del arbitraje, permitiendo a las partes examinar las técnicas propuestas y ponerse de acuerdo sobre las medidas apropiadas, a falta del cual, el tribunal arbitral podrá decidir estas medidas. El tribunal arbitral puede, por ejemplo, enviar este documento a las partes, indicándoles que podrán, con su participación, buscar de ponerse de acuerdo al inicio del procedimiento sobre las medidas apropiadas que deben ser adoptadas. Así, todos pueden acordar recurrir a ciertas técnicas. Si una parte desea utilizar una técnica determinada mientras que la otra parte no está de acuerdo, el tribunal arbitral, después de haber obtenido los puntos de vista de cada una de las partes, puede decidir si es apropiado o no adoptar esa técnica. La utilización de tal perspectiva, asociada a una participación proactiva del tribunal arbitral dentro de la gestión del procedimiento, puede conducir a reducir de manera significativa desde el inicio del procedimiento el tiempo y los costos del arbitraje.

Las técnicas presentadas en este documento no pretenden ser exhaustivas. Ellas no son sino un punto de partida. Las partes y el tribunal arbitral están invitados a utilizar este documento como base de reflexión para definir el procedimiento a ser utilizado. La Comisión de Arbitraje de la CCI tiene en efecto la intención de revisar ulteriormente este documento y de volverlo a publicar, teniendo en cuenta, las nuevas sugerencias que resulten de su

utilización. En consecuencia parece evidente que las partes y los árbitros no están de ninguna manera obligados a seguir estas técnicas. Por otra parte, el documento ha sido producido por la Comisión de Arbitraje de la CCI y no por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, y por tanto no es parte del Reglamento de Arbitraje de la CCI, no contribuye a su interpretación y no compromete de ninguna manera a la Corte. Se trata más bien de un útil práctico que busca favorecer la elección consiente de procedimientos arbitrales en vistas a organizar un arbitraje eficiente y a la medida. En fin, si bien este documento fue elaborado teniendo dentro del espíritu del Reglamento de Arbitraje de la CCI, la gran mayoría de las técnicas que propone y la dinámica ha que da lugar pueden ser utilizados en todo arbitraje.

El Grupo de Trabajo desea sinceramente ver que este documento sirva y sea de utilidad para la elaboración de procedimientos arbitrales eficaces dentro de los cuales el tiempo y los costos se adecuarán con las necesidades del asunto.

## Introducción

Las estadísticas proporcionadas por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, con base en los casos de la CCI, en los que un laudo final se dictó en 2003 y 2004, indican que, dentro de los procedimientos de arbitraje CCI, los costos incurridos por las partes para presentar su caso constituyen la parte más importante dentro del conjunto de los gastos. En estos casos, los costos se repartieron generalmente de la siguiente manera:

- Costos incurridos por las partes para presentar su caso: : 82 %  
(esto comprende, según el caso, los honorarios y gastos de los abogados, los gastos relativos a las pruebas testimoniales y periciales, así como los otros costos incurridos por las partes en el arbitraje, a excepción de los que se enuncian a continuación)
- Honorarios y gastos de los árbitros : 16 %
- Gastos administrativos de la CCI : 2 %

En consecuencia si se desea reducir el conjunto de los costos relativos a los procedimientos arbitrales, es necesario prestar atención en particular a las soluciones que contemplen la reducción de los costos incurridos por las partes al presentar su caso. Estos costos se explican normalmente por procedimientos inútilmente largos y complicados, solicitudes imprecisas relativas a la presentación de documentos y pruebas testimoniales y periciales innecesarias. Los costos pueden asimismo aumentar cuando los abogados de tradiciones jurídicas diferentes utilizan procedimientos a los cuales están habituados de tal manera que se conduce a duplicidades.

La creciente complicación y a veces inútil de los procedimientos parece ser la causa principal de la duración y el costo elevado de muchos arbitrajes internacionales. Entre más largos sean los procedimientos, más costosos serán.

Las presentes técnicas para controlar el tiempo y los costos del arbitraje han sido elaboradas con el fin de asistir a los tribunales arbitrales, las partes y a los abogados a este respecto.

Según el artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, el procedimiento es regido en primer lugar por el Reglamento de la CCI y, en el caso de silencio de este último, por las reglas que las partes o en su ausencia, el tribunal arbitral determinen. Otros numerosos reglamentos de arbitraje ofrecen soluciones similares. Los árbitros pueden por tanto ser conducidos utilizando diferentes tradiciones procesales, según el origen de las partes, de sus abogados y de los árbitros.

Las presentes técnicas informan a las partes y a sus abogados ciertos procedimientos sobre los cuales pueden ponerse de acuerdo en vistas a una gestión eficaz del procedimiento. Las soluciones propuestas no son exhaustivas ni pretenden ser apropiadas para todos los tipos de arbitraje. El tribunal arbitral tiene la posibilidad de comunicar este documento a las partes desde el momento en que el expediente le haya sido transmitido, a fin de instaurar una discusión que busque llegar a un acuerdo sobre los procedimientos más apropiados para su caso. Si las partes no

llegan a un acuerdo, las técnicas pueden de todos modos ayudar al tribunal arbitral a adoptar las medidas que juzgue apropiadas, teniendo en cuenta su obligación, según el artículo 20(1) del Reglamento CCI de instruir la causa dentro del tiempo más breve posible, a la vez que se asegure de que cada una de las partes ha tenido la posibilidad de ser suficientemente escuchado.

Las técnicas no tienen ningún carácter obligatorio y no buscan ser un código de las mejores prácticas. Proponen soluciones susceptibles de contribuir a la eficacia de los procedimientos a la reducción de los costos y el tiempo. Ciertas soluciones pueden ser apropiadas en el marco de un arbitraje, pero revelarse inapropiadas para otro. Puede haber otras soluciones, no mencionadas en estas técnicas, susceptibles de ser más adecuada a un caso particular. En todos los casos corresponde a las partes y al tribunal la elección de las soluciones más adecuadas a su caso. El índice de materias del presente documento puede servir como lista de control para verificar los diferentes puntos a considerar.

Las técnicas se basan en dos principios fundamentales. En primer lugar, y en la medida en que eso es posible, se recomienda a las partes y al tribunal arbitral elegir, de manera consiente y reflexionada en etapas iniciales del procedimiento, las medidas precisas apropiadas a su caso. A continuación, desde el inicio del caso, el tribunal arbitral debe obrar de manera proactiva con las partes en la conducción del procedimiento.

Si bien el objetivo principal de las técnicas es el proporcionar recomendaciones sobre el procedimiento una vez que el arbitraje se encuentra en curso, las dos primeras secciones ofrecen sugerencias sobre la redacción del acuerdo de arbitraje y sobre el inicio del procedimiento.

## Acuerdo de arbitraje

### Mantener las cláusulas simples

1 Las cláusulas redactadas simple y claramente evitarán las incertidumbres y los debates en relación con su significado y sus efectos. Éstas minimizarán el riesgo de discusiones en relación a su contenido, como por ejemplo la competencia del tribunal o el proceso de designación de árbitros que vienen a aumentar los retrasos y los costos. En todos los casos, es necesario asegurarse de que la cláusula arbitral es conforme al derecho susceptible de ser aplicado.

2 Se recomienda el uso de la cláusula modelo de arbitraje de la CCI que figura dentro del folleto que contiene el Reglamento de Arbitraje de la CCI (Publicación CCI 838). Toda modificación a la cláusula de arbitraje puede tener consecuencias no queridas y poco deseables. Adicionalmente a la cláusula modelo, es recomendable estipular en frases separadas, el lugar del arbitraje, el idioma del arbitraje y el derecho que rija al contrato. Es conveniente ser precavido antes de añadir a esta cláusula otras disposiciones relativas al procedimiento. Sin embargo, en operaciones que impliquen una pluralidad de partes o de contratos, se pueden necesitar disposiciones complementarias específicas.

### Selección y nombramiento de árbitros

3 Los contratos complejos y que impliquen intereses económicos considerables pueden dar lugar a controversias menores, en cuyo caso, un tribunal arbitral de tres miembros puede resultar demasiado costoso. Incluso cuando las partes deseen tener en el acuerdo arbitral, la certeza de que un árbitro único o que tres árbitros serán designados, debe contemplarse la posibilidad de conservar la cláusula modelo de arbitraje de la CCI y prever uno o varios árbitros. Esto en vista de permitir a la CCI el nombrar o a las partes el designar de común acuerdo, un árbitro único, cuando la naturaleza específica de un eventual diferendo que surja ulteriormente no justifique la designación de tres árbitros (véase el artículo 8(2) del Reglamento de la CCI).

4 Si las partes desean que la CCI seleccione y designe a todos los miembros del tribunal arbitral (véase párrafo 13 más abajo), la frase siguiente puede ser utilizada: “todos los árbitros serán seleccionados y designados por la Corte de Arbitraje de la CCI.”

5 Añadir características específicas sobre la especialidad y las cualidades de los árbitros que deben ser designados reduce el conjunto de árbitros disponibles y puede incrementar el tiempo necesario para la composición del tribunal arbitral.

### Procedimientos de arbitraje acelerado

6 Se pueden prever procedimientos de arbitraje acelerado dentro del acuerdo arbitral. En efecto, el artículo 32(1) del Reglamento de la CCI faculta a las partes a reducir los plazos previstos en el Reglamento, mientras que el artículo 32(2) faculta a la Corte a extender esos plazos cuando sea necesario. Los procedimientos de arbitraje acelerado han sido concebidos para permitir un arbitraje rápido, teniendo en cuenta la naturaleza específica del contrato y de los diferendos que puedan surgir. Sin embargo, la experiencia muestra que en la práctica, es difícil, al momento de redactar la cláusula arbitral el prever con una certeza suficiente la naturaleza de los diferendos por venir y los procedimientos adecuados para resolverlos. Los desacuerdos pueden igualmente surgir más tarde en cuanto a la interpretación o la aplicación de las cláusulas de arbitraje acelerado. Es por tanto necesario ser precavido antes de incluir tales disposiciones dentro de una cláusula compromisoria. Una vez surgido el litigio, las partes podrán en ese momento ponerse de acuerdo en cuanto a un procedimiento acelerado, si ellas lo estiman apropiado.

### Plazos para rendir el laudo

7 Una disposición de uso frecuente, que consiste en exigir que un laudo sea dictado dentro de un plazo de algunas semanas o algunos meses contados a partir del inicio del arbitraje, puede generar dificultades importantes. Estos plazos específicos pueden dar lugar a problemas de competencia y de ejecución del laudo cuando se comprueba que el plazo establecido es irreal o no está claramente definido.

### Sumisión al arbitraje CCI

8 Si las partes acuerdan someter un diferendo al arbitraje CCI, una vez que surja éste ellas pueden precisar ciertos puntos del procedimiento de arbitraje teniendo en cuenta la naturaleza de dicho diferendo. Al hacer esto, ellas pueden incluir ciertas sugerencias aquí presentadas, con el fin de reducir tiempos y costos.

### Inicio del procedimiento

#### Selección de abogados

##### Abogados experimentados

9 Es necesario considerar el nombrar abogados que tengan las competencias necesarias para ocuparse del arbitraje en curso. Es probable que estos abogados sean más capaces de trabajar con el tribunal arbitral y los abogados de la otra parte para definir un procedimiento eficaz.

#### Abogados disponibles

10 Asegúrese de que los abogados elegidos tengan tiempo suficiente para dedicárselo al asunto.

#### Elección de árbitros

##### Selección de un árbitro único

11 Después de que la disputa ha surgido, considere acordar la designación de un árbitro único, si esta medida es apropiada. De manera general, un tribunal compuesto por un árbitro único podrá actuar más rápidamente que un tribunal de tres árbitros, puesto que evita discusiones entre los miembros del tribunal y el riesgo de incompatibilidad de fechas al momento de la programación de las audiencias será reducido. Un árbitro único será evidentemente menos costoso.

#### Árbitros disponibles

12 Sea que elija a un árbitro único o a un tribunal arbitral compuesto de tres miembros, es muy recomendable el asegurarse que dichas personas tienen suficiente tiempo para dedicarse al expediente. Cuando una velocidad particular sea requerida, es necesario precisársela a la CCI para que esta exigencia sea tomada en consideración al momento de las designaciones.

##### Selección y designación por la CCI

13 Es necesario considerar permitir a la CCI el seleccionar y designar al tribunal arbitral, ya sea que se trate de un solo árbitro o de un tribunal arbitral de tres miembros. Ésta es generalmente la vía más rápida para constituir el tribunal arbitral, en ausencia del acuerdo entre las partes sobre la identidad de cada uno de los árbitros. Esto permitirá igualmente reducir los riesgos de recusación, facilitará la integración de un tribunal arbitral compuesto de especialistas con competencias diversas y creará una dinámica diferente en el seno del tribunal arbitral. Si, en este momento procesal, las partes desean influir en la designación del tribunal arbitral por la CCI, ellas pueden solicitar a la CCI que les comunique los nombres de los árbitros susceptibles de ser seleccionados por las CCI, según un procedimiento por acordar entre ellas, y consultado con la CCI.

#### Evitar los riesgos de objeción

14 Las objeciones relativas a la designación de un árbitro, justificadas o no, retrasan la constitución del tribunal arbitral. Al seleccionar un árbitro, conviene considerar cuidadosamente si esa designación pudiera dar lugar a una objeción.

##### Selección de árbitros con una gran capacidad de manejo de litigios

15 Un tribunal arbitral proactivo con gran capacidad en el manejo de litigios podrá contribuir a la gestión del arbitraje haciéndolo lo más eficaz posible en términos de costos y tiempo, tomando en cuenta los puntos litigiosos y la naturaleza de las partes. Esto puede mostrar tener una utilidad particular cuando las partes deseen utilizar un procedimiento acelerado. Consideración cuidadosa debe entonces ponerse en la selección de los miembros del tribunal arbitral y en particular del árbitro único o el presidente.

## **Demanda de arbitraje y contestación a la demanda**

### Respecto del Reglamento CCI

16 Corresponde al demandante el asegurarse de que todos los elementos requeridos por el artículo 4 del Reglamento CCI sean incluidos en la demanda de arbitraje. La falta de ello puede dar lugar a que la Secretaría se encuentre obligada a volver sobre el demandante antes de poder enviar una copia de la demanda al demandado conforme al artículo 4(5), esto provocará retraso. Igualmente, el demandado, al momento de dar contestación, debe incluir todos los elementos requeridos por el artículo 5 del Reglamento.

17 El Reglamento CCI no exige que todas las precisiones relativas a las pretensiones o a los medios de defensa (o en caso necesario, una demanda reconventional) estén contenidos dentro de la demanda de arbitraje o dentro de la respuesta a la demanda. El hecho de incluir o no en la demanda de arbitraje precisiones detalladas sobre el objeto de la demanda puede tener un impacto significativo sobre la eficacia del manejo del arbitraje. Cuando la demanda de arbitraje contiene precisiones detalladas sobre el objeto y cuando el demandado sigue el mismo enfoque en su contestación, las partes y el tribunal arbitral estarán en posibilidad de sostener, muy pronto en el procedimiento, una conferencia sobre la gestión del procedimiento a fin de determinar el procedimiento a seguir (véase los párrafos 31 – 34 más adelante).

## **Cuestiones Preliminares relativas al procedimiento**

### **Idioma del arbitraje**

#### Determinación del idioma por parte del tribunal

18 A falta de acuerdo entre las partes, sobre el idioma del arbitraje, el tribunal arbitral deberá prever el fijar, por medio de una orden procesal, de conformidad con el artículo 16 del Reglamento de la CCI, antes de establecer el acta de misión y después de conocer las posiciones de las partes.

#### Procedimiento con varios idiomas

19 De manera general, el uso de más de un idioma sólo debe ser considerado si esta medida contribuye a reducir el costo y el tiempo del arbitraje y no lo contrario. Cuando las partes han convenido o el tribunal arbitral ha decidido que el arbitraje será conducido en varios idiomas, las partes y el tribunal arbitral deberán prever ponerse de acuerdo sobre las modalidades prácticas que permitan evitar duplicidades. Así, cuando los miembros del tribunal arbitral dominan todos los idiomas en cuestión, puede no ser necesario traducir los documentos. Igualmente, es recomendable evitar redactar el acta de misión, las órdenes procesales y los laudos en varios idiomas. Cuando se estime necesario preparar uno o varios de estos documentos en diversos idiomas, hay lugar a que las partes se pongan de acuerdo para que una sola versión sea obligatoria.

## **Relación entre el acta de misión, el calendario provisional y la conferencia preliminar sobre la gestión del procedimiento**

20 Conforme al artículo 18 del Reglamento de la CCI, el acta de misión debe ser establecida tan pronto como el tribunal arbitral recibe el expediente del Secretariado (véase más abajo los párrafos 24 – 30). A su vez, el artículo 18(4) requiere que el tribunal arbitral, al establecer el acta de misión o tan pronto como sea posible después de su establecimiento, fije un calendario provisional para la conducción del mismo.

21 No obstante que el Reglamento de la CCI no impone una conferencia preliminar sobre la gestión del procedimiento (a veces denominada “conferencia sobre el procedimiento”), frecuentemente se recurre a este tipo de conferencias en los arbitrajes CCI. Esta conferencia puede jugar un rol importante en la medida en que permite a las partes y al tribunal arbitral discutir y entenderse sobre un procedimiento adaptado al asunto en cuestión y resolver el diferendo de la manera más eficaz posible (véase más abajo los párrafos 31 – 34).

22 Puesto que las partes han presentado su caso de manera suficientemente detallada en la demanda de arbitraje y en la contestación, es conveniente que la conferencia preliminar sobre la gestión del procedimiento tenga lugar durante la reunión consagrada a la redacción definitiva del acta de misión, una vez firmada ésta. El calendario provisional requerido por el artículo 18(4) puede por tanto comprender disposiciones detalladas relativas al procedimiento para todo el arbitraje.

23 Cuando el caso no haya sido presentado de manera detallada al momento en el que el texto definitivo del acta de misión es concluido, puede ser necesario posponer la conferencia sobre la gestión del procedimiento hasta que las partes hayan presentado su caso con suficiente detalle. En tales circunstancias el calendario provisional requerido por el artículo 18(4) debe definir los pasos a seguir para que las partes presenten rápidamente su caso antes de la conferencia sobre la gestión del procedimiento. Al momento de la conferencia sobre la gestión del procedimiento un calendario provisional revisado podrá entonces ser establecido y comunicado a las partes y a la Corte Internacional de Arbitraje conforme al artículo 18(4) del Reglamento.

#### Acta de misión

Exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones

24 El tribunal arbitral deberá considerar si es apropiado que él mismo redacte la exposición sumaria de las pretensiones y/o de las peticiones solicitadas, o si sería más conveniente que cada una de las partes presente una exposición sumaria, a fin de incluir esta exposición en el acta de misión, conforme al artículo 18(1)(c) del Reglamento de la CCI. En este último caso, el tribunal arbitral deberá considerar solicitar a las partes que limiten su exposición al número preciso de páginas que estime apropiado. Para más indicaciones relativas a la preparación del acta de misión véanse las que se encuentran en el artículo de Serge Lazareff (“Terms of Reference” ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 17/No. 1 – 2006, p. 22-33).

Distribución discrecional de los costos del arbitraje

25 El tribunal arbitral debe considerar informar tempranamente a las partes que el no respetar los procedimientos convenidos o decididos durante el arbitraje o cualquier otra conducta procesal no razonable de las partes será tomada en cuenta al momento de determinar la distribución de los gastos del arbitraje, conforme al artículo 31 del Reglamento de la CCI (véase, a este respecto, el párrafo 85 bajo el título gastos).

Facultad del presidente para decidir sobre cuestiones del procedimiento

26 Si el tribunal arbitral está compuesto por tres miembros, no todas las cuestiones de procedimiento deberán ser decididas necesariamente por los tres árbitros. Las partes deben prever facultar al presidente para decidir sobre ciertas cuestiones de procedimiento. En todo caso, se debe considerar facultar al presidente para firmar él solo las órdenes procesales.

Secretario administrativo del tribunal arbitral

27 Es conveniente considerar si un secretario administrativo del tribunal arbitral puede contribuir o no a reducir el tiempo y los costos del arbitraje. Si se decide beneficiarse de la asistencia de un secretario administrativo, se

recomienda a las partes y al tribunal arbitral referirse a la nota del Secretariado de la Corte de la CCI relativa a la designación de secretarios administrativos para los tribunales arbitrales (publicado en ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 6/No. 2 – November 1995, pp. 77 – 78). Esta nota trata sobre las tareas de un secretario administrativo, su independencia, la responsabilidad asumida por el tribunal arbitral para las actividades del secretariado y la base para su remuneración.

Necesidad de una reunión

28 Conviene considerar si es apropiado determinar y firmar el texto del acta de misión sin una reunión, por ejemplo previendo una conferencia telefónica o una videoconferencia. Las ventajas de una reunión al inicio del procedimiento deben ser sopesadas contra el tiempo y los costos involucrados.

Ejemplares separados

29 Si no hay una reunión prevista para la firma del acta de misión, corresponde al tribunal arbitral prever la firma del acta de misión en ejemplares separados.

Respeto del artículo 18(3)

30 Si una parte rehúsa participar en la redacción del acta de misión o no la firma, corresponde al tribunal arbitral asegurarse que el acta de misión antes de ser sometida a la aprobación de la Corte Internacional de Arbitraje, conforme al artículo 18(3) de Reglamento de la CCI, no contenga disposiciones que exijan el acuerdo de las partes o de decisiones del tribunal arbitral.

### Conferencia preliminar sobre la gestión del procedimiento

Fecha de la conferencia sobre gestión del procedimiento

31 Conviene prever una conferencia sobre la gestión del procedimiento (a veces llamada “conferencia sobre procedimiento”) en el momento en que las partes hayan presentado de manera suficientemente detallada sus posiciones respectivas, para que el tribunal y las partes puedan identificar los puntos en litigio y las medidas procesales a ser tomadas para resolver el diferendo. Si la demanda de arbitraje y la contestación a la demanda no ofrecen suficientes precisiones sobre el fondo del asunto, habría que prever el tener la conferencia sobre la gestión del procedimiento únicamente cuando esto hubiera sucedido (véase el párrafo 23 más arriba).

Gestión proactiva del procedimiento

32 Las directivas sobre el procedimiento a seguir dentro del arbitraje deben ser convenidas o decididas al momento de la conferencia sobre la gestión del procedimiento. Entre más información disponga el tribunal arbitral sobre los puntos en litigio antes de esta conferencia, tendrá mayores posibilidades de ayudar a las partes a definir el procedimiento para tratar el diferendo de la manera más eficaz posible. Por ejemplo, un tribunal arbitral que esté familiarizado con los detalles del caso desde su inicio puede ser proactivo y hacer las sugerencias apropiadas en cuanto a las cuestiones que deben ser resueltas por pruebas documentales o testimoniales, las áreas en las cuales se hará asistir por peritos y la medida en que exigirá a las partes la revelación de documentos para resolver los puntos litigiosos. Las técnicas presentadas en este documento pueden ser utilizadas por el tribunal arbitral y las partes, al momento de la conferencia sobre la gestión del procedimiento, como un instrumento que permite definir los procedimientos más apropiados (véase más adelante procedimientos subsecuentes al arbitraje). Es conveniente fijar un calendario provisional previendo los plazos más cortos que sean realistas.

33 El tribunal arbitral deberá prever el informar a las partes de su voluntad de administrar el procedimiento de manera proactiva durante el arbitraje a fin de asistir a las partes en la resolución del litigio de la manera más eficaz posible.

#### Presencia del cliente

34 Las partes deben considerar tener a una persona de la organización del cliente para que asista a la conferencia sobre la gestión de procedimiento. Los representantes del cliente y los testigos, incluyendo a los peritos, deben ser informados de las contribuciones que les serán exigidas para respetar cada etapa del calendario provisional. El tribunal arbitral puede pedir explícitamente que los representantes del cliente asistan a dicha conferencia.

### Calendario del procedimiento

#### Cumplimiento del calendario provisional

35 Se recomienda a los árbitros y a las partes hacer todo lo posible por respetar el calendario provisional. Las prórrogas y las revisiones del calendario sólo deberán llevarse a cabo si son justificadas. Toda modificación debe ser comunicada rápidamente a la Corte y a las partes de conformidad con el artículo 18(4) del Reglamento de la CCI.

#### Necesidad de una audiencia

36 Es recomendable considerar si es necesario o no llevar a cabo una audiencia para permitir al tribunal resolver el diferendo. Si el tribunal arbitral puede resolver el diferendo en base solamente a los documentos, esto permitirá ahorrar de manera significativa costos y tiempo.

#### Determinación de la fecha de la audiencia

37 Si es necesaria una audiencia, considere fijar la fecha desde el inicio del procedimiento, de preferencia durante la conferencia preliminar de gestión de procedimiento. Esto permitirá reducir el riesgo de que el procedimiento arbitral se prolongue y permitirá ajustar el procedimiento al tiempo disponible, hasta la audiencia.

#### Conferencia previa a la audiencia

38 Es conveniente considerar llevar a cabo una audiencia con el tribunal arbitral, la cual puede ser mediante una conferencia telefónica, a fin de organizar, en caso necesario, la audiencia. En esta conferencia, que deberá llevarse a cabo con suficiente anticipación antes de la audiencia, las partes y el tribunal arbitral podrán examinar diferentes cuestiones tales como la distribución del tiempo, la utilización de transcripciones, las cuestiones de traducción, el orden en que se examinará a los testigos y toda otra disposición práctica que pueda contribuir al buen desarrollo de la audiencia. El llevar a cabo esta conferencia antes de la audiencia podría permitir al tribunal arbitral indicar a las partes los puntos litigios sobre los cuales éste desearía que aquéllas se concentren durante la audiencia.

#### Uso de nuevas tecnologías

39 Se recomienda al tribunal arbitral examinar con las partes la posibilidad de utilizar las nuevas tecnologías durante el arbitraje. Las partes pueden referirse a la publicación de la CCI La tecnología al servicio de la solución de controversias internacionales (2004 Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin) que contiene recomendaciones útiles relativas a la utilización de nuevas tecnologías en los procedimientos de arbitraje

internacional. Las partes pueden igualmente recibir servicio en línea NetCase de la ICC, que permite archivar e intercambiar la correspondencia y los documentos del arbitraje en un espacio en línea seguro, albergado en la CCI. De la misma manera se debe considerar tener videoconferencias y conferencias telefónicas para las audiencias de procedimiento y para cualquier otra audiencia para la cual la presencia física no sea esencial.

#### Plazos cortos y realistas

40 Cuando haya que determinar la duración de la audiencia final y el tiempo requerido para todas las etapas del procedimiento es recomendable elegir los plazos más cortos que sean realistas. Los plazos cortos fijados de manera poco realista, llevarán muy probablemente a que el procedimiento sea más largo y no más corto, si estos deben ser revisados.

#### Bifurcación y laudos parciales

41 El tribunal arbitral sólo habrá de considerar bifurcar el procedimiento o pronunciar laudos parciales, cuando al hacerlo verdaderamente pueda esperarse que esto resulte en una solución más eficiente del caso.

#### Informar a todos los involucrados en el caso

42 Desde el inicio del procedimiento se recomienda a las partes reflexionar sobre las intervenciones que serán necesarias para cumplir con cada etapa prevista en el calendario. Cuando el calendario haya sido fijado, las partes deberán examinar con precisión las intervenciones que les son exigidas a fin de que se sujeten al calendario. Es útil informar a todas las personas involucradas (a saber, los directivos de los clientes, los testigos, los abogados y los abogados internos, los peritos, etc.). Esta medida permitirá a cada uno reservar el tiempo necesario para hacer su contribución en tiempo y ayudará a las partes a ajustarse a las fechas límites previstas por el calendario.

### Transacción

#### Papel del tribunal arbitral para promover una transacción

43 El tribunal arbitral deberá contemplar el precisar a las partes que son libres de solucionar, toda o en parte, la controversia por una vía amigable, en todo momento a lo largo del arbitraje, ya sea por medio de negociaciones directas, o bien por el recurso a cualquier tipo de procedimiento ADR. Por ejemplo, el procedimiento ADR puede ser conducido en el marco del Reglamento de ADR de la CCI, para el cual se puede encontrar información en el artículo de Meter Wolrich intitulado El Reglamento ADR de la CCI: la última adición a los servicios de resolución de controversias de la CCI (en ADR – International Applications, 2001 Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin). Las partes también podrán solicitar al tribunal arbitral la suspensión del procedimiento de arbitraje durante un periodo determinado, en espera de que las discusiones en vista de un posible acuerdo hayan tenido lugar.

### Procedimiento subsecuente en el arbitraje

#### Introducción

44 Los siguientes párrafos ofrecen recomendaciones sobre los puntos que deben ser discutidos por las partes y el tribunal al momento de establecer las reglas procesales a seguir. Contienen sugerencias susceptibles de contribuir a la reducción de los costos y la duración del procedimiento.

## Escritos

45 Los escritos tienen formas variadas y se les denomina de diferente manera. Incluyen la solicitud de inicio de arbitraje y la contestación, la demanda y la contestación, los memoriales y otros argumentos escritos, así como los escritos de apertura y cierre de instrucción. Los señalamientos que siguen se aplican a los escritos en general.

Presentación completa del caso en una etapa temprana del procedimiento

46 El que las partes presenten la totalidad del caso en una etapa temprana del procedimiento permitirá a éstas y al tribunal comprender las cuestiones principales y adoptar las medidas adecuadas por medio de órdenes procesales (véanse párrafos 17, 22-23 y 31 más arriba). Esto contribuirá a garantizar que el procedimiento utilizado durante el asunto sea eficaz y que el tiempo y el dinero no sean desperdiciados en cuestiones que resulten no tener relevancia directa con los puntos en litigio a discernir.

Evitar repeticiones

47 Evitar las repeticiones inútiles de argumentos. Cuando una parte ha presentado integralmente su posición, no es necesario retoma la argumentación en una etapa posterior (por ejemplo en un escrito anterior a la audiencia, en los alegatos y en un escrito posterior a la audiencia). El tribunal arbitral puede ordenar que no haya tales repeticiones.

Escritos consecutivos o simultáneos

48 Considere si es más eficaz que los escritos sean consecutivos o simultáneos. Si bien los escritos simultáneos permiten a las dos partes informarse recíprocamente de sus pretensiones al mismo tiempo (lo cual podría hacer las cosas más rápidas) esta medida puede resultar ineficiente si las partes plantean puntos diferentes dentro de sus escritos, que den lugar que importantes réplicas resulten necesarias.

Precisiones sobre la forma y el contenido

49 Considere precisar la forma y el contenido de los escritos, por ejemplo, indicando si el primer intercambio de escritos debe estar acompañado o no de las declaraciones de los testigos y/o de los dictámenes de los peritos.

Limitar de la extensión de los escritos

50 Considere acordar el límite de la extensión de ciertos escritos. Esto podrá auxiliar a las partes a concentrarse sobre los puntos en litigio a ser abordados y contribuir igualmente, a reducir los retrasos y los costos.

Limitar el número de escritos

51 Considere limitar el número de intercambio de escritos. Esta medida puede ayudar a evitar las repeticiones e alentar a las partes a presentar todos sus puntos litigiosos dentro de su primer escrito.

## Prueba documental

Presentación de documentos

52 Es recomendable que desde el inicio del procedimiento las partes utilicen un método coherente de numeración o de algún otro tipo de identificación de los documentos presentados durante el arbitraje. Este proceso puede comenzar con la solicitud de inicio de arbitraje y su contestación. Al momento de la conferencia de gestión del

procedimiento, puede establecerse un método de presentación para el resto del procedimiento con la intervención del tribunal arbitral.

Presentación de documentos sobre los que las partes se apoyan

53 Las partes deben normalmente presentar documentos sobre los cuales tienen la intención de apoyarse. Las partes deben evitar la petición de presentación de documentos por la otra parte, a menos que esta presentación sea pertinente y determinante para la solución del asunto. Cuando las partes están de acuerdo sobre hechos no controvertidos, ninguna prueba documental deberá ser necesaria para probar esos hechos.

Establecimiento del procedimiento para la presentación de documentos

54 Cuando la petición de presentación de documentos es previsible, las partes y el tribunal arbitral deberán considerar establecer un procedimiento claro y eficaz de comunicación y de intercambio de documentos. En ese sentido se puede referir, a título indicativo al artículo 3 de las Reglas IBA (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration). Además se recomienda a las partes y al tribunal arbitral determinar un calendario para la presentación de documentos. En la mayoría de las veces esto será cuando las partes hayan presentado integralmente su posición por primera vez.

Manejo de solicitudes para la presentación eficiente de documentos

55 Los tiempos y los costos asociados a eventuales peticiones de presentación de documentos pueden aún reducirse acordando una o varias de las medidas siguientes:

- Limitación del número de peticiones;
- Limitación de peticiones para la presentación de documentos (en papel o electrónicos) pertinentes y determinantes para la solución del caso;
- Establecimiento de términos razonables para la presentación de documentos;
- Utilización del calendario para la presentación de documentos desarrollado por Alan Redfern (denominado Redfern Schedule), que toma la forma de una tabla con las siguientes cuatro columnas:

Primera Columna: Identificación de el o los documentos o categoría de documentos solicitados;

Segunda Columna: Breve descripción de los motivos de cada solicitud;

Tercera Columna: Resumen de las objeciones de la otra parte para la presentación de el o los documentos o de las categorías de los documentos solicitados; y

Cuarta Columna: Dejar en blanco para la decisión del tribunal relativa a cada solicitud.

Evitar duplicidades

56 Sucede frecuentemente que las partes anexan a sus memorias, a las declaraciones de los testigos, o a otros escritos, copias de los mismos documentos. El evitar las duplicidades en la medida de lo posible permitirá reducir los costos.

Selección de los documentos que deben ser presentados al tribunal arbitral

57 No es útil presentar a los árbitros documentos que no son determinantes para la toma de decisiones. En particular, rara vez es oportuno enviar al tribunal arbitral la totalidad de los documentos presentados conforme a una solicitud de presentación. No sólo genera esto gastos inútiles sino que hace menos eficaz la preparación por parte del tribunal.

#### Limitación de la presentación de copias en papel

58 Considere limitar el volumen de copias en papel que deben ser presentadas. El intercambio de documentos en versión electrónica puede reducir los costos (véase la publicación de la CCI Using Technology to Resolve Business Disputes) a la que hace referencia el párrafo 39 más arriba (2004 Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin).

#### Traducciones

59 Se debe buscar un acuerdo sobre la manera de tratar las traducciones de los documentos. Reducir la necesidad de traducciones certificadas disminuirá los costos. Tales traducciones pueden ser requeridas únicamente cuando las traducciones no oficiales causen dificultades.

#### Autenticidad de documentos

60 Se puede contemplar el considerar que los documentos presentados por las partes son auténticos mientras que la otra parte no objete su autenticidad.

### **Correspondencia**

#### Correspondencia entre abogados

61 Evite toda correspondencia inútil entre los abogados. El tribunal arbitral puede prever informar a las partes que el uso repetido de tal correspondencia puede ser considerado como poco razonable y ser un factor a considerar por el tribunal arbitral cuando decida, según su libre apreciación, la distribución de los costos del arbitraje (véase párrafo 85 más abajo).

#### Envío de correspondencia al tribunal arbitral

62 Evite enviar al tribunal arbitral la correspondencia entre los abogados, a menos que se requiera una decisión del tribunal. Un ejemplar de toda la correspondencia enviada al tribunal arbitral, debe ser proporcionada al Secretariado, conforme al artículo 3(1) del Reglamento CCI.

### **Declaraciones escritas de los testigos**

#### Limitación del número de testigos

63 Cada testigo representa un costo adicional, tanto al momento de la preparación y del estudio de una declaración escrita, como cuando el testigo comparece para hacer una declaración oral. Los costos pueden reducirse limitando el número de testigos a aquellos cuyo testimonio es requerido sobre los puntos clave del litigio. El tribunal arbitral puede asistir en la identificación de los puntos para los cuales los testimonios son requeridos y a enfocarse sobre estos puntos. Todo el proceso se facilitará si las partes pueden ponerse de acuerdo sobre los hechos no controvertidos para los cuales la prueba testimonial no es necesaria.

#### Limitación del número de intercambios de declaraciones escritas de los testigos

64 Si las declaraciones escritas de los testigos son previsible, se recomienda fijar fechas para el intercambio de estas declaraciones escritas de manera que se limite su número. Por ejemplo, conviene considerar si es preferible

intercambiar las declaraciones escritas de los testigos después de la presentación del conjunto de documentos sobre los que las partes desean apoyarse de tal manera que los testigos puedan comentar esos documentos en una sola declaración.

### Pruebas periciales

Presunción de la no necesidad de la prueba pericial

65 Es útil partir de la presunción de una prueba pericial no es necesaria y no separarse de esta presunción sino cuando la prueba pericial es necesaria para informar al tribunal sobre los principales puntos en litigio.

Centro Internacional de Peritaje de la CCI

66 Si las partes o el tribunal arbitral requieren ayuda para identificar a un perito, pueden recurrir al Centro Internacional de Peritaje de la CCI conforme al Reglamento de Peritaje de la CCI. Cuando un tribunal arbitral CCI pide una propuesta al Centro con el fin de poder nombrar un perito, los servicios del Centro son puestos a su disposición gratuitamente. Además amplia información relativa al funcionamiento del Reglamento de Peritaje de la CCI y los servicios del Centro figuran dentro de la "Guía de Peritaje de la CCI" elaborado por el Grupo de Trabajo sobre las Líneas Directrices en Materia de Procedimientos de Peritaje, bajo la dirección de Hilmar Raeschke-Kessler (publicado en e ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 16/No. 1 – Spring 2005, pp. 19 – 31).

Precisiones sobre el objeto y la extensión

67 Es esencial establecer claramente desde el inicio (de preferencia mediante acuerdo) el objeto y la extensión de la prueba pericial antes de presentarla. Esto asegurará que los peritos tengan las mismas competencias dentro de una determinada especialidad al ser nombrados por cada parte y que traten las mismas cuestiones.

Número de peritos

68 Excepto en circunstancias excepcionales, no debería ser necesario tener un experto por parte, para cada especialidad.

Número de dictámenes

69 Puede contemplarse un acuerdo sobre la limitación del número de intercambio de dictámenes y de examinar si es más eficaz recurrir a un intercambio de dictámenes simultáneo o consecutivo.

Reunión de peritos

70 Los peritos llegan a cernir los puntos en litigio cuando pueden reunirse y discutir sus puntos de vista después de haber tenido un intercambio de dictámenes. Por tanto habrá que prever que los peritos puedan ponerse de acuerdo sobre los puntos a discutir antes de toda audiencia en la que ellos deban comparecer. Si los peritos producen una lista recordando los puntos sobre los cuales están de acuerdo y sobre los que no lo están, se ganará tiempo y se reducirán costos.

Selección de un perito único

71 Considere si un perito único nombrado ya sea por el tribunal, ya sea conjuntamente por las partes, pudiera ser más eficaz que una pluralidad de peritos nombrados separadamente por las partes. Un perito nombrado por el

tribunal arbitral o nombrado conjuntamente por las partes debe recibir una misión bien definida y su dictamen debe ser exigido para una fecha precisa, compatible con el calendario del arbitraje.

### **Audiencias**

Limitación de la duración de las audiencias y de su número

72 Las audiencias son costosas y requieren mucho tiempo. Si la duración y el número de las audiencias que requiera la presencia física del tribunal arbitral y de las partes son limitadas, la duración y los costos del procedimiento serán reducidos considerablemente.

Selección del lugar más apropiado para llevar a cabo las audiencias

73 Conforme al artículo 14(2) del Reglamento de la CCI, no es necesario llevar a cabo las audiencias en el lugar del arbitraje. El tribunal arbitral y las partes pueden escoger el lugar que permita el máximo de eficiencia. En ciertos casos, puede ser más rentable tener una audiencia en un lugar que, por ejemplo, convenga a la mayoría de los testigos que deban comparecer durante esa audiencia.

Conferencias telefónicas y videoconferencias

74 Es recomendable, particularmente para las audiencias de procedimiento, prever el recurrir a conferencias telefónicas y a videoconferencias cuando esto sea apropiado. También, considerar si ciertos testigos pueden comparecer por videoconferencia con el fin de evitar desplazamientos.

Entrega de escritos a tiempo

75 Es recomendable presentar al tribunal todos los escritos necesarios (por ejemplo los escritos previos a la audiencia, en su caso) con suficiente anticipación a la audiencia, a fin de permitirle la lectura, de prepararse y de tener pleno conocimiento de los puntos antes de ser abordado.

Fecha límite para la presentación de pruebas

76 Considere fijar antes de toda audiencia, una fecha límite después de la cual ninguna prueba documental será admitida, salvo por motivos determinantes.

Identificación de documentos esenciales

77 Considere presentar al tribunal antes de toda audiencia, una lista de documentos que debe leer para prepararse. También, en el caso de que esto sea apropiado, un juego de documentos esenciales sobre los cuales las partes se apoyan puede ser preparado y sometido al tribunal.

Orden del día y calendario

78 Puede ser útil ponerse de acuerdo sobre el orden del día y el empleo del tiempo para todas las audiencias sobre la base de una distribución equitativa de tiempos entre las partes. Puede considerarse la utilización de un reloj de control para seguir la buena distribución del tiempo.

#### Evite las repeticiones

79 La necesidad o no de repetir, al momento de la exposición al inicio de la audiencia, el contenido de un escrito o una memoria sometida antes de la audiencia debe preverse. A veces se incurre en repeticiones por temor a que el tribunal arbitral no haya tenido conocimiento de los escritos que han sido sometidos o no los haya asimilado. Si los documentos que el tribunal debe conocer le han sido comunicados antes de la audiencia y si esta es debidamente preparada las repeticiones son inútiles.

#### Necesidad de la comparecencia de los testigos

80 Antes de toda audiencia, conviene considerar si todos los testigos deben comparecer. Es una cuestión sobre la cual los abogados de las partes pueden discutir para tratar de llegar a un acuerdo.

#### Utilización de declaraciones escritas como medio de prueba directa

81 Es común recurrir a declaraciones escritas de testigos como un medio de prueba directa al momento de la audiencia. En efecto, limitar o evitar el interrogatorio directo de los testigos puede permitir ganar en costos y tiempo.

#### Confrontación de testigos y peritos

82 La confrontación es una técnica que consiste, para el tribunal y eventualmente para los abogados, en interrogar al mismo tiempo a varios testigos o peritos presentados por una o varias partes. Es necesario preguntarse si esta técnica es apropiada para el arbitraje en cuestión.

#### Limitación del contra interrogatorio

83 Si un contra interrogatorio está previsto, el tribunal arbitral, después de haber escuchado a las partes, deberá prever un límite de tiempo asignado a cada una de ellas para dicho contra interrogatorio.

#### Alegatos finales

84 Considere la conveniencia de evitar los alegatos finales después de la audiencia con el fin de reducir tiempo y costos. Si son indispensables, es recomendable prever que los alegatos finales sean o bien por escrito u orales. Recurrir a ambos se traducirá en costos y tiempo suplementarios. Para precisar el contenido de los alegatos finales, el tribunal arbitral deberá prever proporcionar a los abogados una lista de cuestiones o puntos sobre los cuales las partes deben expresarse. Los alegatos escritos deben ser presentados en una fecha acordada, tan pronto como sea posible, después de la audiencia.

#### Costos

##### Utilización de la distribución de la carga de los costos para favorecer el desarrollo eficaz del procedimiento

85 La distribución de la carga de los costos puede ser un medio útil para incitar un comportamiento eficaz y desalentar una conducta procesal poco razonable. El tribunal arbitral es libre de asignar los costos de la manera que le parezca más apropiada. Puede ser útil precisar al inicio del procedimiento que el tribunal arbitral en el ejercicio de su libre apreciación en cuanto a la distribución de la carga de los gastos tomará en cuenta las actitudes poco razonables de las partes. Entre los ejemplos de conducta procesal poco razonable figuran las solicitudes excesivas de presentación de documentos, los argumentos jurídicos insostenibles, los contra interrogatorios excesivos, las tácticas dilatorias, las pretensiones desmedidas, el no respeto a las órdenes procesales, las medidas provisionales injustificadas y el no respeto al calendario procesal sin justa causa.

### Deliberaciones y laudos

86 Antes del cierre de la instrucción, el tribunal arbitral deberá asegurarse de que cada uno de sus miembros ha reservado dentro de su agenda una fecha de deliberación, que será lo más pronto posible después de la fecha de cierre. El tribunal arbitral deberá conformarse sin retraso al artículo 22(2) del Reglamento de la CCI e indicar al Secretariado la fecha aproximada en la que el proyecto de laudo será sometido a la Corte Internacional de Arbitraje. El tribunal arbitral deberá hacer todo lo posible para someter el proyecto de laudo lo más rápidamente posible. Recomendaciones complementarias relativas a la redacción de laudos se encuentran en el artículo "Drafting Awards in ICC Arbitrations" by Humphrey Lloyd, Marco Darmon, Jean-Pierre Ancel, Lord Dervaird, Christoph Liebscher and Herman Verbist (publicado en ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 16/No. 2 – 2005, pp. 19-40).

## **Casos y situaciones prácticas en arbitraje en materia de construcción (primera parte)**

**Ing. Victor M. Hardy Mondragón  
Ing. Ernest Hechenberger  
Lic. Marco Tulio Venegas\***

### **Introducción**

El tema se ha desarrollado pensando en un proyecto de infraestructura importante, considerando el modelo que se usa para la obra pública en México.

Partiendo de un programa de actividades sencillo (que se considera ha sido elaborado de acuerdo a los alcances, especificaciones, planos, estudios y toda la documentación que forma parte de las bases de licitación, los términos de referencia y las condiciones contractuales), se desarrollan los temas de trabajos adicionales, extraordinarios, aceleración de obra y demoras. Como nota al pie, en cada página se relacionan los artículos de la ley de obras públicas y servicios relacionados con la misma (IOPSRM) y su reglamento (reglamento).

En cada tema, se ha tratado de dar un panorama general de los efectos de los cambios y se dan algunas recomendaciones para prevenirlas y/o solucionarlas. Consideramos que en un proyecto de gran magnitud, es prácticamente imposible que no surjan diferencias entre el cliente y el contratista y, que el proyecto se desarrolle sin cambios que obliguen a la ejecución de trabajos adicionales y/o extraordinarios.

Se presentan al final dos: el primero, la forma en que fueron tratados los trabajos adicionales y extraordinarios, llevó al proyecto a una interrupción total del programa original de ejecución. En el segundo, se trata el tema de actividades concurrentes, destacándose la importancia de mantener una comunicación clara y a tiempo entre el contratista y el cliente en el cumplimiento cabal de las condiciones del contrato. Ambos casos fueron a arbitraje.

Cabe mencionar que el tema de la interrupción es una parte importante que debe ser tomada en cuenta en la preparación de la estrategia de un arbitraje. La forma de presentar los impactos en costo y tiempo causados por una cantidad anormal de órdenes de cambio (trabajos adicionales y extraordinarios), debe ser cuidadosa y suficientemente documentada, ordenada y claramente presentada (tanto técnica como legalmente), para poder recuperar los sobrecostos.

Siempre será recomendable la participación de un equipo de técnicos en la materia de construcción de que se trate, trabajando en equipo con los abogados, cuando se llegue a la etapa de arbitraje para lograr una presentación del caso al tribunal arbitral completa y ordenada, que refleje en la mejor forma posible los eventos que llevaron a la controversia y las acciones de mitigación llevadas a cabo por ambas partes para lograr los objetivos del proyecto.

### **Condiciones originales**

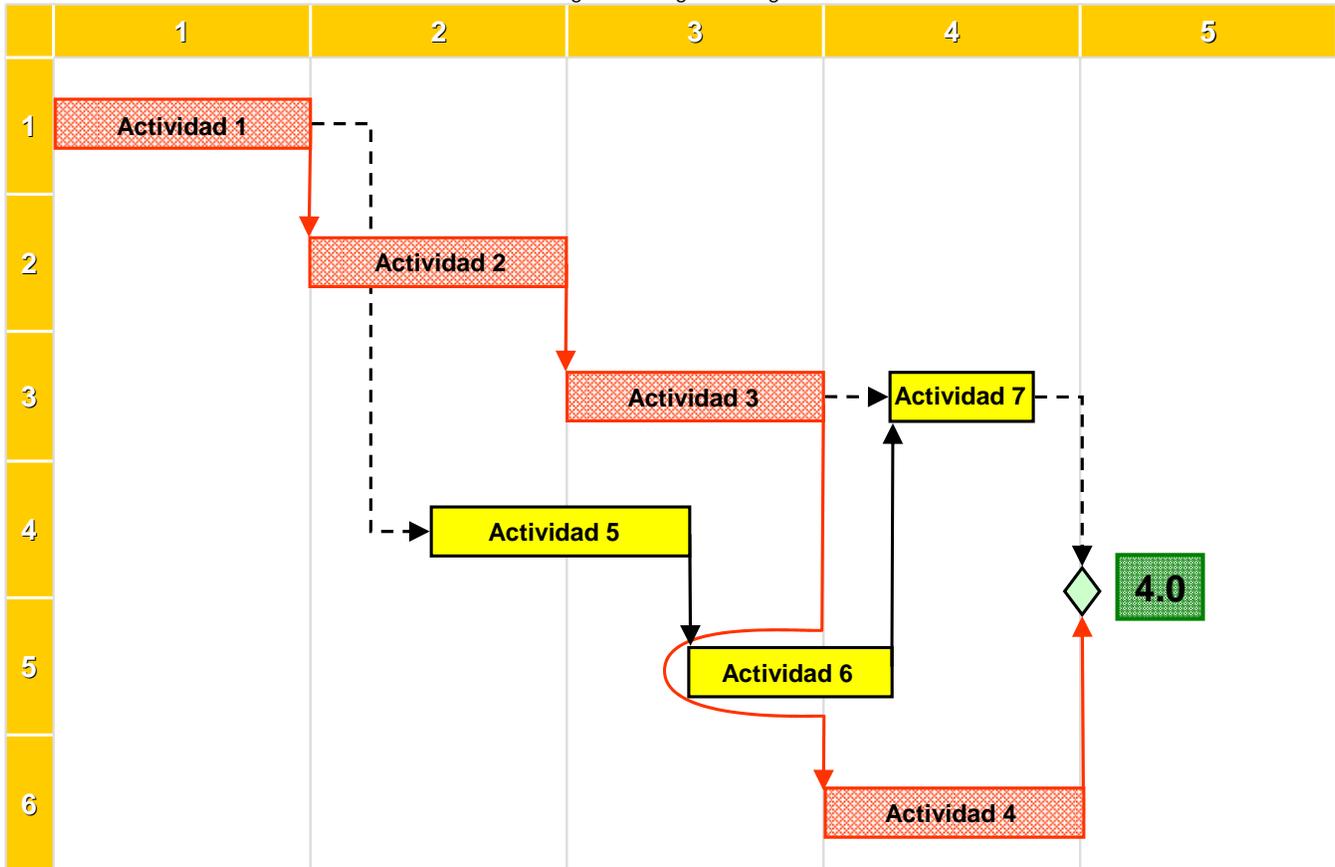
---

\* Socios de ICC México y miembros de la Comisión de Arbitraje

Las condiciones originales de refieren al programa de construcción de un proyecto, que es producto del estudio cuidadoso de los documentos que comprenden las bases de licitación, los términos de referencia y las condiciones contractuales.

Consideremos el programa original de un proyecto: se compone se 6 actividades, estando la 1, 2, 3 y 4 en la ruta crítica y las 5, 6 y 7 tienen holgura. El programa tiene una duración de 4 períodos de tiempo. Todo lo anterior, se muestra en la figura 1.

Figura 1. Programa original



Este programa<sup>1</sup> se ha desarrollado tomando en cuenta que:

Las actividades del programa tienen una secuencia lógica y se desarrollan de manera armónica y continua  
Se hace uso óptimo de los recursos y éstos están balanceados.

Los costos indirectos se distribuyen en forma uniforme en la duración del proyecto.

Los costos directos guardan estrecha relación con el programa y con los precios unitarios que integran cada actividad.

<sup>1</sup> Artículos 24, 38 y 81 de la LOPSRM; artículos 36, 156, 162, 163, 183 y 185 del Reglamento.

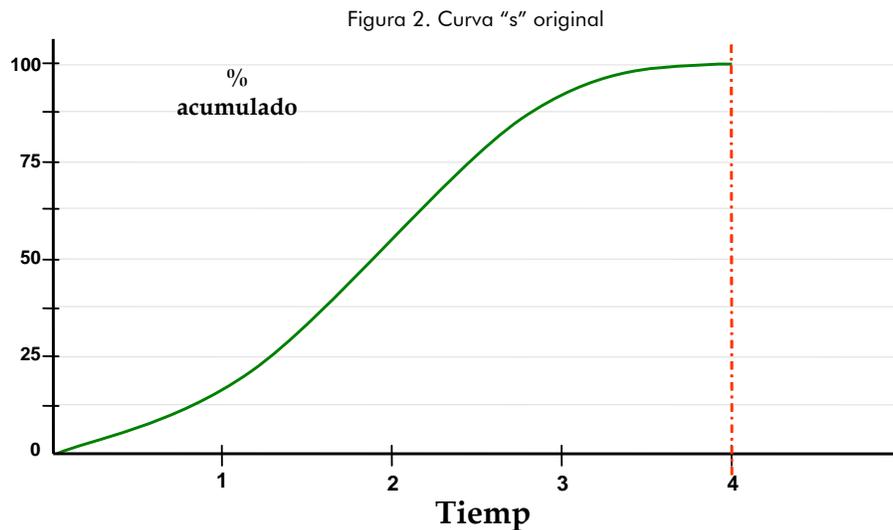
### Hay una sola ruta crítica

El programa ha sido elaborado cumpliendo con las bases de licitación.

Se cumplen los alcances y se cumplen las especificaciones.

La planeación del trabajo se ha traducido en procedimientos de construcción factibles y un programa de obra lógico.

La curva "s" que se muestra en la figura 2, representa la distribución acumulada del costo de recursos, (mano de obra, materiales, equipos, indirectos) -expresado en este caso en %- en el tiempo de duración del proyecto. En ella se reflejarán los impactos en tiempo y costo que causan los trabajos adicionales y extraordinarios incrementándose proporcionalmente el avance físico de las obras.



### Trabajos adicionales

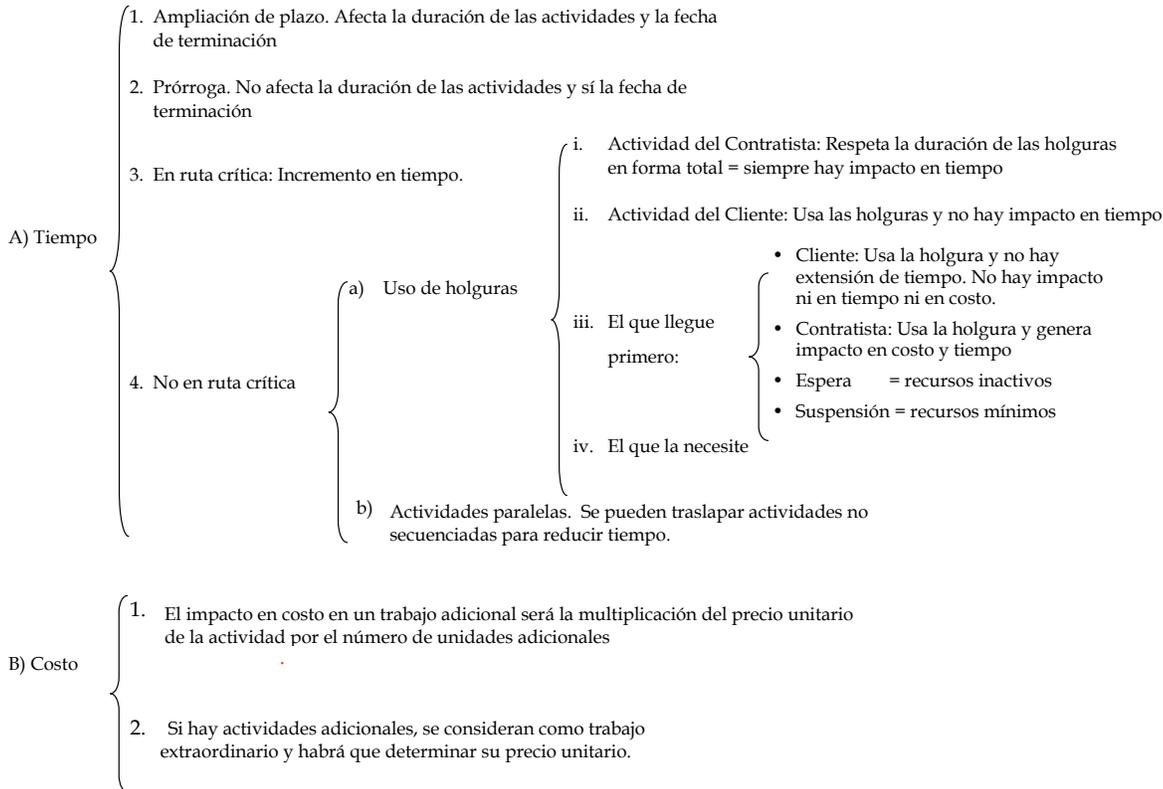
Son aquellos trabajos<sup>2</sup> requeridos por el cliente para alcanzar el objetivo del contrato pero que no están contemplados dentro de la descripción del alcance del contrato pero guardan cierta congruencia con los originalmente pactados. Estos trabajos deben ser solicitados y autorizados por escrito y registrados en los documentos que contractualmente se hayan establecido para la comunicación entre el cliente y el contratista y de esta forma sea estimado y cobrado el impacto en costo y concedido el tiempo solicitado<sup>3</sup>.

En el siguiente cuadro, se presentan de manera resumida los impactos en tiempo y costo de un trabajo adicional. Como regla general, se puede decir que el tiempo adicional que se concede para la ejecución de trabajos

<sup>2</sup> Artículo 59 de la LOPSRM; artículos 74, 75 y 76 del Reglamento de la LOPSRM.

<sup>3</sup> Artículo 69 del Reglamento y 79 y 80 del Reglamento.

adicionales, comparado con el volumen de los mismos, deben guardar la misma relación que la duración original de la actividad, comparado con el volumen original de los trabajos.



Mención especial requieren los contratos a precio alzado, en los cuales no puede haber variaciones ni en tiempo ni en costo<sup>4</sup>. Esto implica que en caso de existir modificaciones al contrato, éstas se deberán manejar como una prórroga (similar a la suspensión<sup>5</sup>) o en la parte de precios unitarios en los contratos que así lo prevean (mixtos).

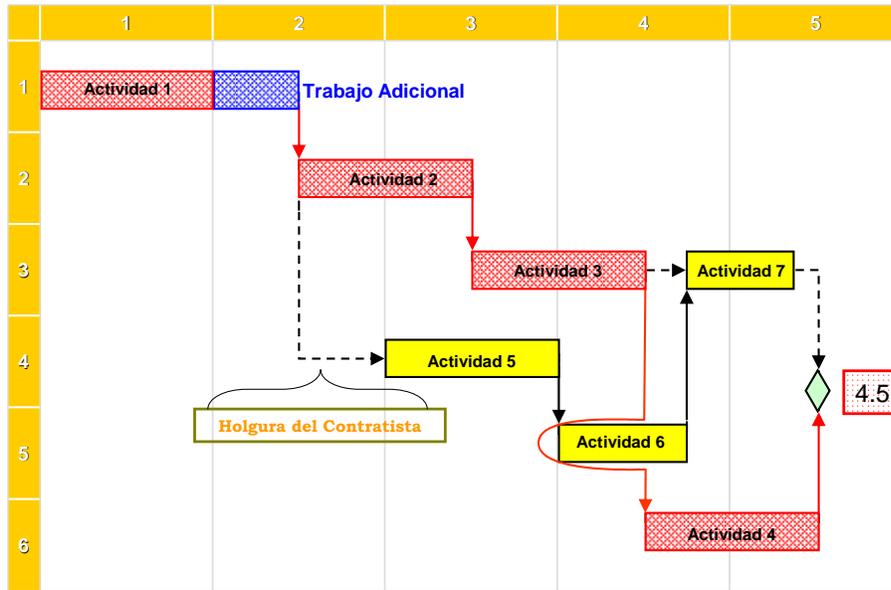
### A) holgura en actividades del contratista

En la figura 3, se ha añadido un trabajo adicional en la actividad 1, y el contratista mueve su programa respetando la holgura que tiene la actividad 5; el programa se alarga la misma cantidad de tiempo que toma el trabajo adicional; el contratista utiliza la holgura a favor y el programa tiene ahora una duración de 4.5 periodos.

<sup>4</sup> Salvo en los casos que prevé el Art. 59 de la LOPYSRM.

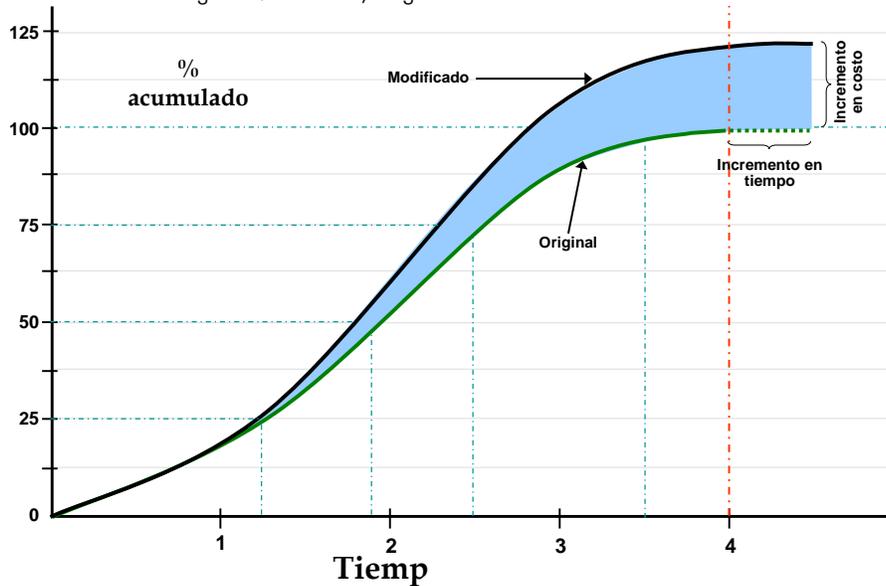
<sup>5</sup> Artículo 60 de la LOPSRM y 114 a 119 del Reglamento.

Figura 3. Programa con holgura en actividades del contratista



La curva "s", cambia según la figura 4, reflejando el incremento en costo y tiempo, de una manera casi paralela a la curva original.

Figura 4. Curva "s", holgura en actividades del contratista



B) holgura en actividades del cliente

En la figura 5, el cliente ha hecho uso de la holgura que precede a la actividad 5, resultando ahora dos rutas críticas. Para evitar esta situación, se ha optado por dividir la actividad 6 en dos nuevas actividades paralelas (7 y 8) y seguir con una holgura mínima.

Figura 5a. Programa con holgura en actividades del cliente

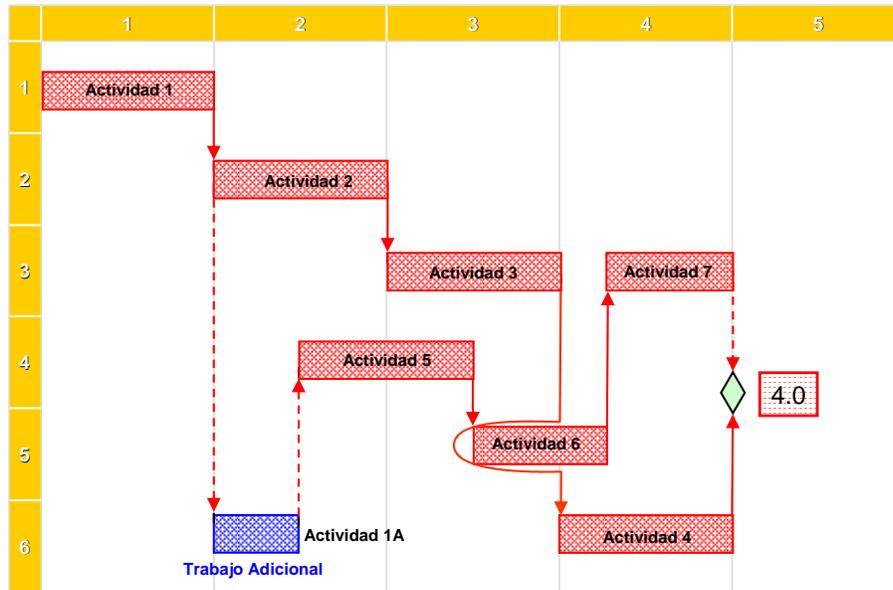
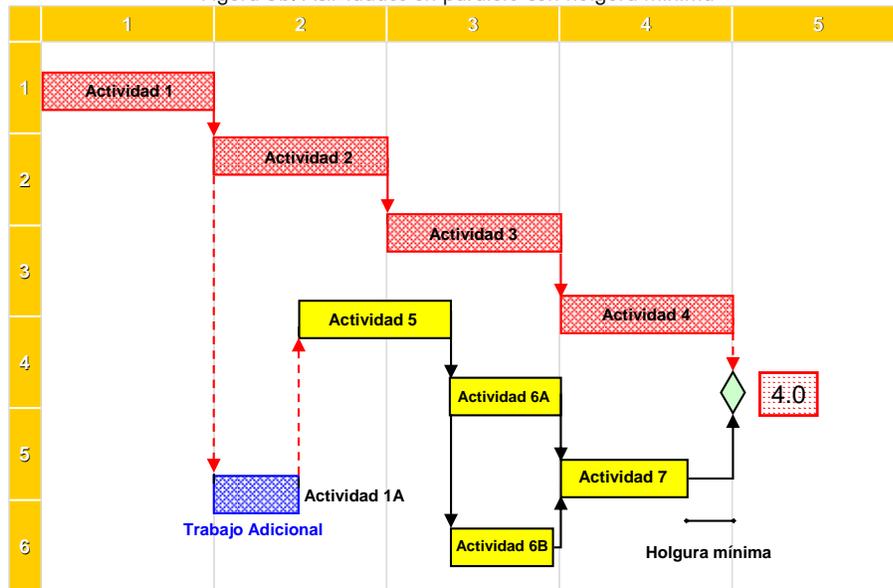


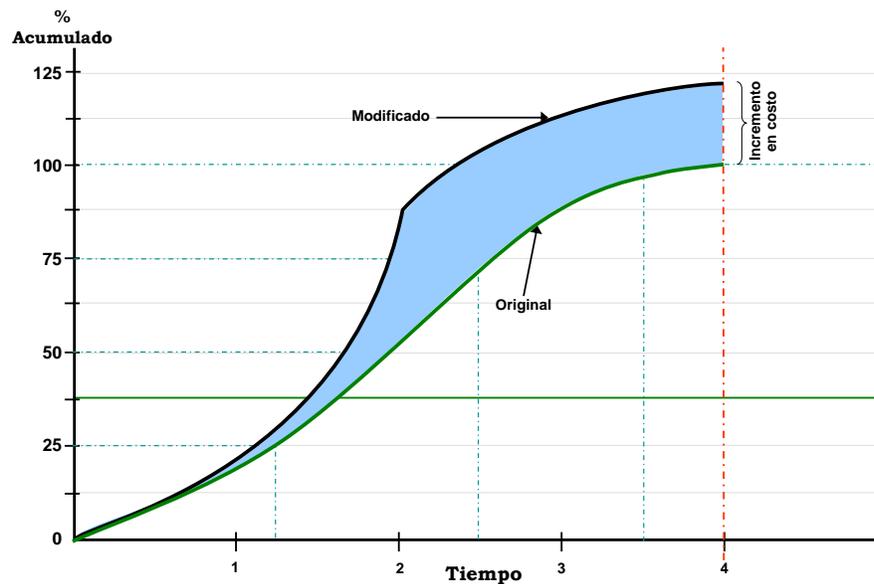
Figura 5b. Actividades en paralelo con holgura mínima



En la figura 6 se muestra el efecto en la curva "s"; al haber dos rutas críticas, hay un cambio brusco. El incremento en tiempo y costo es el mismo (las áreas bajo las curvas de las figuras 4 y 6 son iguales).

Sin embargo, el contratista ha perdido parte de la flexibilidad que le dan las holguras para manejar el programa.

Figura 6. Curva "s" con holgura en actividades del cliente



### C) efectos y recomendaciones

#### I) efectos:

- El tiempo de realización del trabajo adicional cambia el programa en la misma cantidad de tiempo -como derecho contractual- o se mitiga el impacto haciendo uso de las holguras.
- Utilización de los recursos por más tiempo del planeado originalmente en esa actividad, impidiendo su traslado a otra actividad.
- El impacto de un alto número de trabajos adicionales, puede cambiar totalmente las condiciones del contrato.
- Puede suceder que se traslade la ejecución de actividades a sitios diferentes a los originalmente planeados.
- Puede suceder que se mueva la ejecución de actividades a períodos de tiempo con condiciones climáticas diferentes a las consideradas originalmente, causando una disminución en la productividad de la mano de obra y del equipo.
- En contratos a precio alzado, se suscitan controversias entre cliente y contratista respecto a si el trabajo adicional forma parte o no del alcance del contrato original.
- Cuando no se regularizan expeditamente los trabajos adicionales, pueden causar un quebranto importante al flujo de efectivo del proyecto.

#### II) recomendaciones:

- Desde el inicio, establecer ligas del programa lógicas y no dejar actividades sin ligar. Es recomendable establecer una memoria de cálculo del programa inicial para evitar en lo posible pérdida de datos importantes que servirán para hacer las modificaciones y adecuaciones acertadas en el programa modificado.
- Cuidar el uso de las holguras al trasladar al programa los impactos en tiempo.
- Revisar cuidadosamente los alcances del trabajo adicional.
- Plasmear a la brevedad posible los impactos de los trabajos adicionales en tiempo y costo a documentos contractuales factibles de cobro.
- Registrar en la bitácora de obra o documento contractual de control de obra el trabajo adicional ordenado por escrito por el cliente o solicitado por el contratista.
- En contratos a precio alzado, tener claramente definidos los alcances cotizados incluidos para poder distinguir los trabajos adicionales. Es recomendable, como en el caso del programa, guardar una memoria de cálculo para aclaraciones posteriores.
- Llevar un registro de las ineficiencias que pudieran causar los trabajos adicionales para poder clasificar las demoras en causadas por el cliente o por el contratista.
- Prever cláusulas de solución de controversias y de arbitraje.

### **Trabajos extraordinarios**

Son trabajos que se requiere ejecutar y que no están contemplados en el catálogo original de conceptos de obra a ejecutar, pero que están dentro del alcance del contrato.

De las condiciones reales en que se realice el trabajo extraordinario, dependerá el elegir adecuadamente la forma en que se determinarán los nuevos precios<sup>7</sup>.

Resulta muchas veces que para un trabajo extraordinario, existen elementos suficientes del costo original para determinar los nuevos precios, sin embargo debe tenerse en cuenta que al ejecutarlo en condiciones reales:

En el programa original, el trabajo forma parte de una secuencia lógica y ordenada de actividades que hace uso óptimo de los recursos.

Los elementos que forman parte del costo original, están planeados para actuar en forma armónica para conseguir el resultado deseado.

En ejemplo se muestra en las figuras 7, 8 y 9:

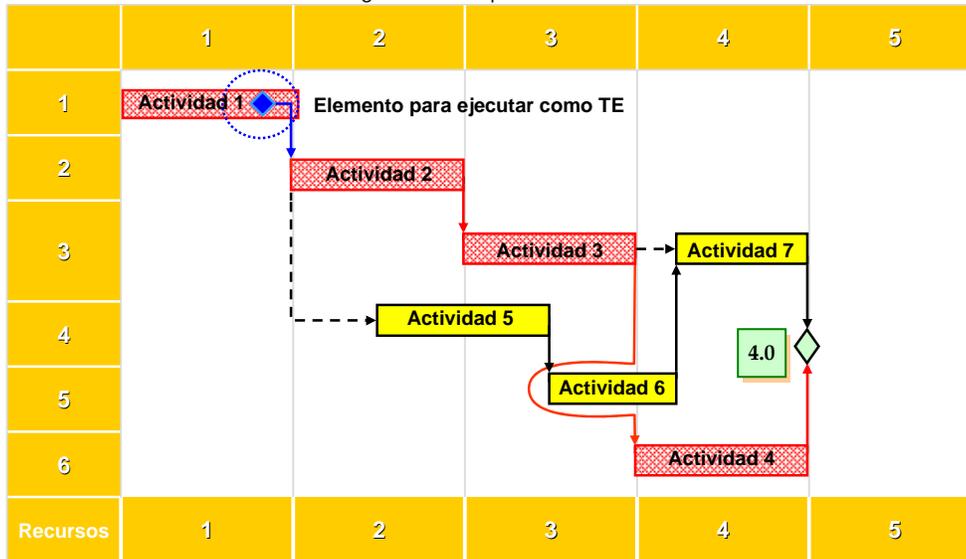
En la figura 7, se requiere ejecutar un trabajo extraordinario, cuyos elementos se encuentran dentro de la actividad 1 del programa original.

---

<sup>6</sup> Artículos 74 y 75 del Reglamento.

<sup>7</sup> Para determinar sus precios para su pago, se debe seguir el procedimiento establecido en los artículos 59 de la LOPSRM y 77 y 78 del Reglamento.

Figura 7. Trabajo extraordinario



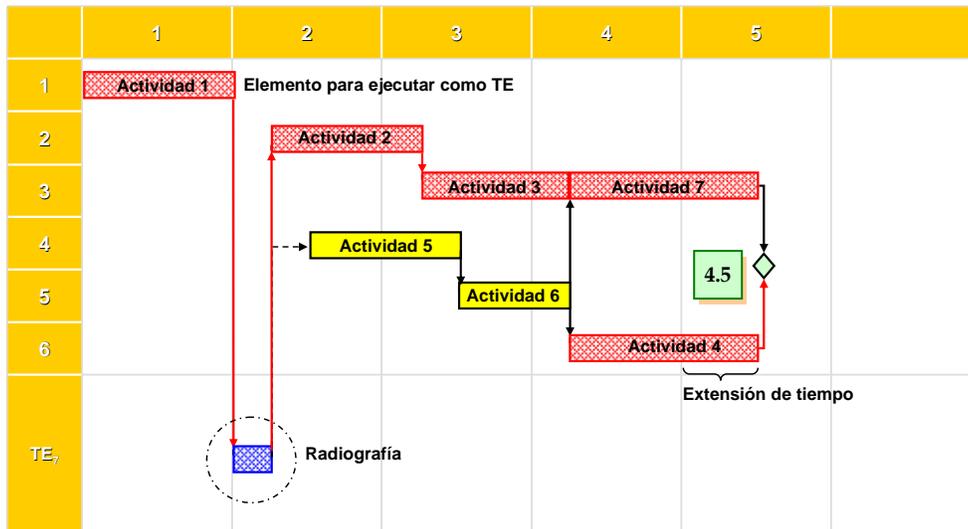
En la figura anterior, observamos que:

La actividad 1 es la única a ejecutarse en el período 1.

Hay un elemento de la actividad 1 que se requiere ejecutar como trabajo extraordinario, marcado como (◆).

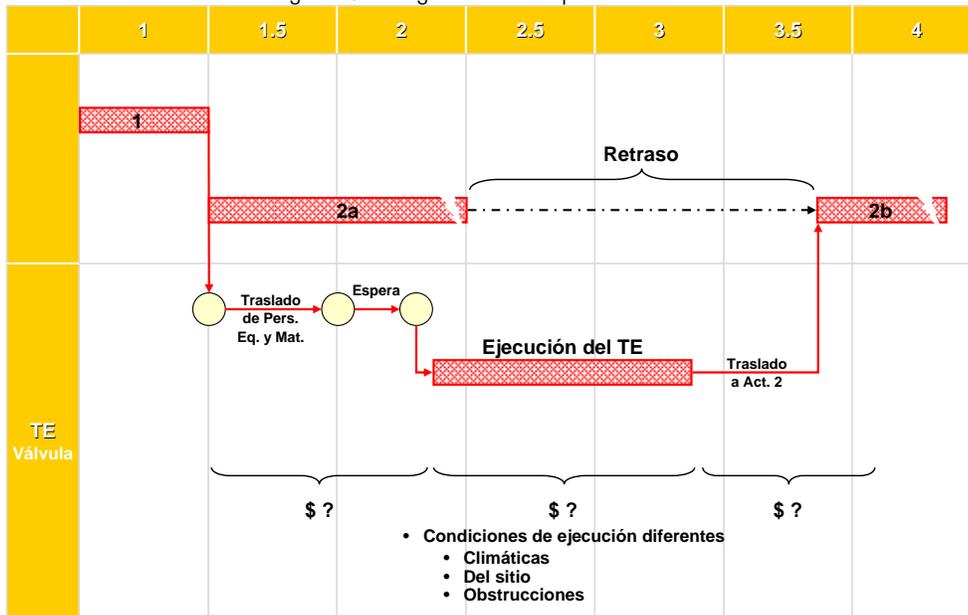
Sin embargo, este trabajo se debe efectuar fuera del programa normal de la actividad 1, como se muestra en la figura 8.

Figura 8. Detalles del trabajo extraordinario



Una radiografía del trabajo extraordinario, se muestra en la figura 9.

Figura 9. Radiografía del trabajo extraordinario



Se hacen ahora las siguientes consideraciones:

Existen elementos del costo de la actividad 1 para determinar el costo del trabajo extraordinario<sup>8</sup>. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que:

<sup>8</sup> Art. 77, inciso II, de la LOPYSRM

Es un trabajo fuera de secuencia

El costo del material es el mismo

El costo del personal y equipo es diferente:

I) Movilización y desmovilización de equipo y personal

II) Tiempos de espera (por ejemplo falta de acceso, permisos de trabajo, obstrucciones, etc.)

III) Utilización deficiente de equipo y personal (condiciones diferentes a las originales)

IV) Desequilibrio en la utilización de recursos, ya que la distribución no es la misma que se planeó originalmente; el personal se utiliza en una sola actividad que puede provocar tiempos muertos y lo mismo sucede con el equipo, ya que ahora se están utilizando para una sola operación que formaba parte de una actividad secuencial y ordenada.

El efecto en el programa es que se retrasa en el tiempo que requiere la operación más los tiempos necesarios que no estaban considerados.

### Efectos y recomendaciones

#### Efectos:

- Los efectos en el programa pueden ser o no aceptados por el cliente, surgiendo entonces puntos de controversia tales como:
- El cliente no autoriza los tiempos adicionales a los de la operación.
- El cliente no autoriza la nueva distribución del costo porque tiene los elementos en costo y tiempo del trabajo extraordinario, deducidos de la operación original.
- El tiempo adicional lo absorbe el contratista (incluyendo su propia ineficiencia)
- La repetición de estos eventos lleva a una disrupción total del trabajo planeado, con sobrecostos difíciles de recuperar.
- El que el cliente no autorice los incrementos en tiempo y el contratista no tome acciones, se corre el riesgo de enfrentar penalizaciones por retrasos.
- El contratista puede acelerar (recuperar en términos del cliente) para terminar en tiempo y llevar el caso a controversia y hasta arbitraje.
- La mayor parte del riesgo de recuperar el equilibrio económico del contrato, recae en el contratista.
- Se afecta en forma importante el flujo de efectivo del proyecto.
- En los contratos a precio alzado, tener la previsión de que si surge la necesidad de ejecutar trabajos extraordinarios, se puedan incluir como precios unitarios en el contrato.
- Para mitigar estos riesgos se recomienda:
- Llevar un registro completo desde que se inicia la ejecución del te hasta que se recupere la actividad original o la siguiente en la secuencia.<sup>9</sup>
- Emitir la notificación de cambio en tiempo y forma, indicando tiempo, costo y actividades afectadas.
- Proponer motivada y justificadamente las razones por las que se debe elegir el método de cálculo del impacto en tiempo y costo que más se ajuste a la realidad<sup>10</sup> y cuidando la consistencia con otras operaciones similares.
- Acelerar el proceso de aprobación de los trabajos extraordinarios para traducirlos en documentos cobrables.
- Prever cláusulas de solución de controversias y de arbitraje.

### Aceleración de obra<sup>11</sup>

<sup>9</sup> El registro de cualquier situación que se presente en obra, debe ser por medio del uso de la Bitácora, que es considerada el documento oficial para este efecto, según lo establecen los Art. 46: XIII de la LOPSRM; Art. 1: II y 93 a 97-A del Reglamento.

<sup>10</sup> Art. 77 del Reglamento de la LOPSRM, tomando en cuenta que cada alternativa es excluyente de la anterior.

<sup>11</sup> Ver en el apéndice el tema de "Objetivos de un Proyecto"

La aceleración consiste en la ejecución de actividades dentro de la ruta crítica de un proyecto en un tiempo menor al planeado originalmente. La aceleración se mide con la relación costo/tiempo de una actividad (pendiente de la curva "s").

Para acelerar un proyecto, se eligen primero las actividades con menor relación costo/tiempo. La aceleración de actividades no críticas puede resultar en un gasto inútil a menos que se vuelvan críticas debido a la aceleración de actividades críticas.

La aceleración máxima se logra cuando todas las actividades se vuelven críticas. En la práctica esto no es posible debido a que el costo sería prohibitivo.

Hay tres tipos de aceleración:

**Constructiva**  
**Obligada**  
**Necesaria**

#### **1. Constructiva:**

El contratista decide acelerar para no incurrir en penalizaciones cuando el retraso es por su causa o porque el cliente no ha querido conceder tiempo en una controversia.

El contratista puede acelerar haciendo uso de las holguras de algunas actividades del programa.

El contratista decide acelerar porque ha convencido al cliente de lograr un premio por tener el proyecto en funcionamiento antes de la fecha de terminación.

#### **2. Obligada:**

El cliente exige que se recupere el tiempo perdido por causas imputables a la contratista.

El cliente requiere que a pesar de tener demoras que no son responsabilidad de la contratista, se respete la fecha de terminación programada originalmente.

#### **3. Necesaria:**

El cliente obliga a utilizar las holguras para trabajar en otras áreas diferentes a las programadas originalmente.

A pesar de que se logren los efectos esperados de acelerar un proyecto, se deben tomar en cuenta sus efectos para el cálculo de los impactos en tiempo y costo:

##### **A) mano de obra:**

- Incremento en jornadas de trabajo = factor de salario real.
- Incremento en turnos de trabajo = mayor fuerza de trabajo.
- Decremento de la productividad.
- Incremento en la supervisión.

##### **B) materiales:**

- Requeridos en menor tiempo.
- Incremento en los precios.
- Mayor espacio de almacenamiento.
- Mayor cantidad de operaciones para el manejo de materiales.
- Incremento de la labor de procuración.
- Disponibilidad de transporte y logística.

##### **C) equipo:**

- Incremento en el número de horas de utilización o en el número de equipos.
- Subutilización y tiempos de espera.
- Mayor costo por disponibilidad.
- Mayor número de movilización y desmovilización de equipo.

**D) costos indirectos:**

- Incremento en las instalaciones para acomodar al personal.
- Incremento en las herramientas.
- Incremento en el costo de la supervisión.
- Incremento en el transporte y gastos indirectos asociados con la mano de obra.

Los costos directos de la aceleración pueden ser determinados de acuerdo con los registros adecuados de campo<sup>12</sup> y el manejo adecuado de las órdenes de cambio, a las cuales normalmente el cliente opone resistencia.

Los impactos indirectos son difíciles de medir y por lo tanto repercuten en la recuperación total del equilibrio financiero del contrato.

Hay diversas técnicas y mecanismos para valuar los impactos que la aceleración tiene sobre un proyecto, que son discutidos en otra ponencia.

Para mostrar los efectos de la aceleración, vemos en la figura 10 que al obligarse la terminación en la fecha original, todas las actividades se han vuelto críticas y los trabajos adicionales y extraordinarios se ejecutan en paralelo a la actividad 7, como una alternativa, o se decide hacer una aceleración gradual (línea roja al final de la figura 10).

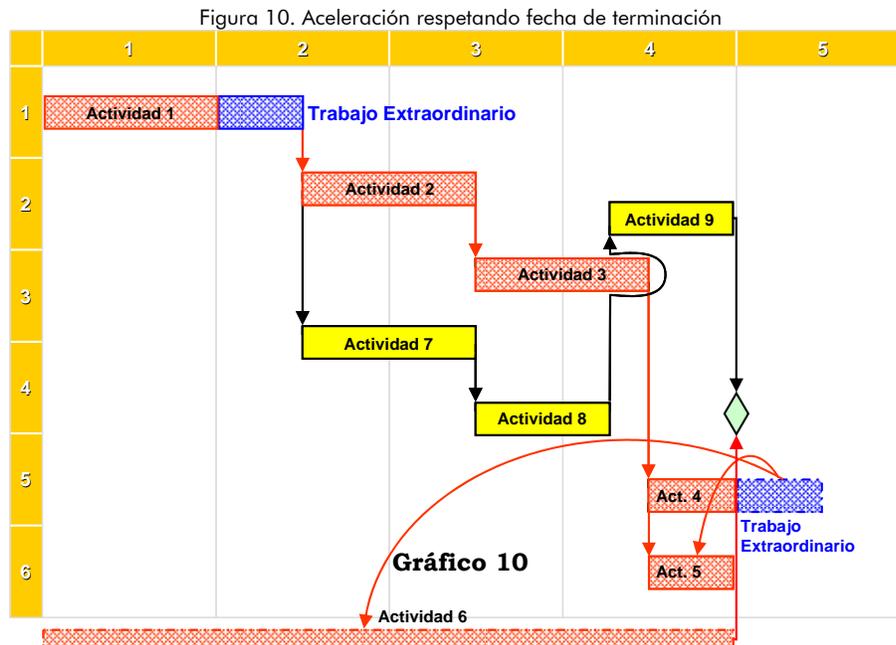
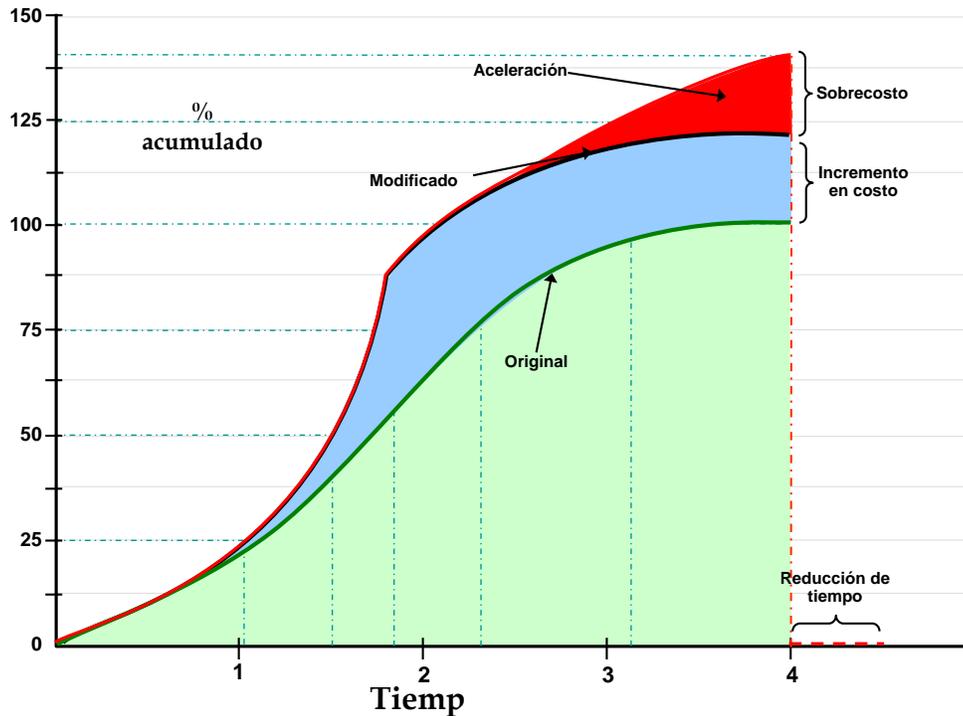


Figura 11. Curva "s" del programa acelerado

<sup>12</sup> El registro de cualquier situación que se presente en obra, debe ser por medio del uso de la Bitácora, que es considerada el documento oficial para este efecto, según lo establecen los Art. 46: XIII de la LOPSRM; Art. 1 y 93 a 97-A del Reglamento.



### Efectos y recomendaciones

#### Efectos:

- El primer efecto importante de la aceleración es hacer la determinación de la causas del aceleramiento del programa del proyecto: el cliente o el contratista.
- Determinación del costo de la aceleración de la mano de obra
- Ineficiencia: tiempo extra, rendimiento, amontonamiento.
- Desbalance de cuadrillas
- Subutilización de oficios
- Tiempos muertos
- Efectos en los costos indirectos.
- Impacto indirecto en el programa sobre las actividades no aceleradas.
- Disrupción del programa general, perdiendo la secuencia de actividades.
- Preparación adecuada de los documentos comprobatorios de la aceleración para la recuperación del sobrecosto.
- Cálculo difícil de los daños secundarios: disponibilidad de equipo especializado, disponibilidad de mano de obra calificada, interferencia por la ocupación temprana de las instalaciones o la puesta en marcha parcial de algunos equipos y componentes antes de la entrega final del proyecto.
- Incremento en fletes y transportes.
- Incremento en el potencial de accidentes de trabajo.
- Calidad disminuida del trabajo
- Cambios de procedimiento de construcción.
- El efecto de la acumulación de los impactos de la aceleración siempre es mayor que los suma del impacto en cada actividad acelerada.

#### Recomendaciones:

- La aceleración de un proyecto, es causa común de disputas entre el cliente y el contratista, y no siempre es posible evitarla, pero sí mitigar los riesgos que conlleva, especialmente el de conservar y/o recuperar el equilibrio económico y financiero del contrato.
- Se recomienda:
  - Mantener el programa actualizado con una periodicidad razonable.
  - Documentar claramente las causas de la aceleración, por ejemplo:
    - Entrega tardía de información (cliente o contratista)
    - Ordenes directas del cliente o directrices poco claras o confusas.
    - Interferencias del cliente o de otros contratistas en las áreas del proyecto.
    - Control efectivo de subcontratistas.
  - Prever en el contrato cláusulas específicas para la solución de controversias.
  - No abusar del cálculo del impacto en costo y tiempo en la aceleración, ya que puede restarse credibilidad ante el cliente. Este punto es relevante si se llega al arbitraje o litigio.
  - En el sector público, la palabra “aceleración”, suele no ser aceptada y se cambia por el nombre de “programa de recuperación” -aún cuando la aceleración sea obligada por el cliente- que implícitamente carga la responsabilidad al contratista. Es por tanto necesario elegir adecuadamente el nombre que se utilice.
  - Siempre que la aceleración sea solicitada por el cliente, es conveniente trabajar en conjunto con el contratista para motivar y justificar adecuadamente la relación beneficio/costo que se obtiene con esta acción.
  - Cuando la aceleración sea necesaria para el contratista, evaluar cuidadosamente los efectos contra el costo de las penalizaciones contractuales.
  - Desde el inicio, tener un “programa operativo” que corrija los errores y omisiones del “programa de contrato”, sobre todo en lo que se refiere a la lista de actividades.
  - Registrar las condiciones diferentes a las originalmente planeadas en que se realice el trabajo en las actividades aceleradas.
  - Tener en cuenta siempre que todas las revisiones de programa se hacen partiendo del programa contractual y que este va siendo modificado por documentos que firman ambas partes. Siempre debe calcularse el derecho al tiempo y costo, de acuerdo a las condiciones de contrato inicial, y luego plasmar los impactos por la aceleración. De otra forma, es muy probable que no se recupere totalmente el sobrecosto de la aceleración.

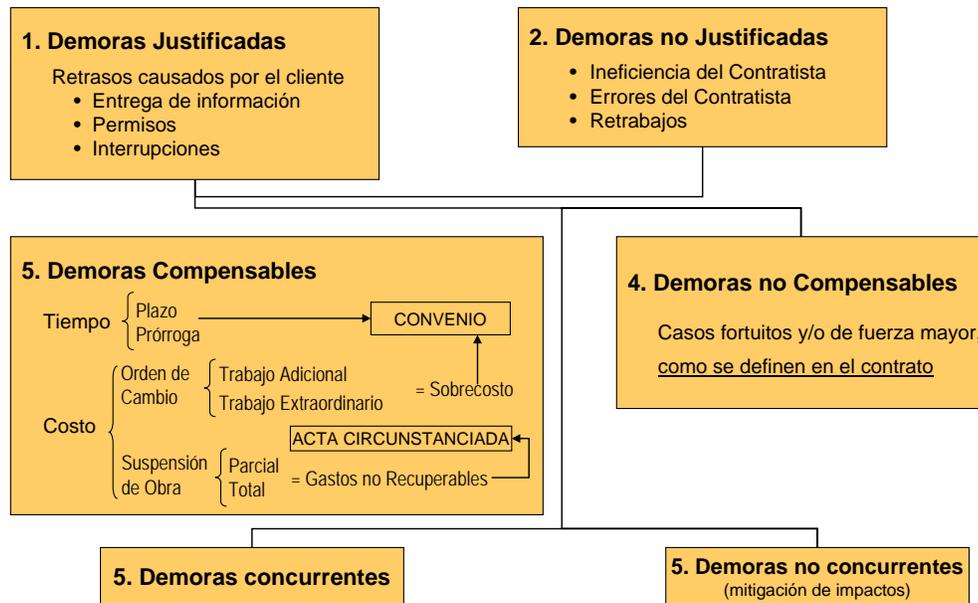
### Demoras<sup>13</sup>

Las demoras en los proyectos, las causan el cliente, el contratista o ambos. Pueden ser compensables o no compensables, justificadas o no justificadas o una combinación de las anteriores.

En la siguiente figura, se muestran en forma resumida los tipos de demoras y sus causas y consecuencias.

Figura 12. Tipos de demoras

<sup>13</sup> Adaptada del libro: Bramble, Barry B; Callahan Michael T.; Callahan Michael T: Construction Delay Claims: Aspen Law & Business: 1999.



Las demoras concurrentes, son las que mayor controversia suscitan entre los participantes de un proyecto, y normalmente suelen incluir a los subcontratistas y otros actores del proyecto. En la figura que sigue, se presenta en forma esquemática el cumplimiento por parte del cliente y el contratista de una actividad concurrente. En el eje horizontal, el cumplimiento del contratista de esa fecha concurrente (sí o no) y el en vertical, el del cliente en igual forma.

Figura 13. Demoras concurrentes



Las consecuencias que conlleva la interpretación del cumplimiento de fechas concurrentes, son de vital importancia para el éxito del proyecto tanto en tiempo como en costo. Se dan recomendaciones para su correcto manejo en otra ponencia.

**Conclusiones**

En un proyecto de construcción, normalmente hay órdenes de cambio producidas por trabajos adicionales o extraordinarios que suelen promover controversias entre el cliente y el contratista.

La recuperación del impacto económico y en tiempo de los cambios, siempre será un riesgo para el contratista quien deberá motivar y justificar sus solicitudes, normalmente en contra de la opinión del cliente.

El planteamiento correcto de un programa de construcción de obra con ligas lógicas y que sea congruente con una asignación de recursos óptima, desde la preparación de la oferta, resultará siempre en un planteamiento de los impactos derivados de la ejecución de trabajos adicionales y extraordinarios, en tiempo y forma, para que el cliente resuelva de acuerdo a los documento contractuales cualquier controversia esto requiere de un análisis cuidadoso de las bases de licitación, especificaciones, tipo de contrato, condiciones del sitio, planos y dibujos, jutas de aclaraciones, etc., para entender los alcances que el cliente quiere sea cotizados para cumplir con los objetivos del proyecto.

El mantener un programa actualizado, permitirá al contratista el plasmar los impactos en tiempo y costo en las actividades correctas y calcular su "derecho contractual" respecto a estos impactos –rendimientos, holguras, actividades precedentes y subsecuentes-.

Mantener un registro de todos los impactos para trasladarlos de inmediato a documentos contractuales, factibles de cobro es una tarea de vital importancia para lograr el éxito del proyecto para el contratista y lograr la satisfacción del cliente respecto a la culminación del proyecto dentro de los parámetros de tiempo calidad y costo planeados.

La aceleración de los proyectos, es común en las obras de infraestructura, ya que, a pesar de haberse concedido prórroga de tiempo en el programa, hay elementos de la naturaleza que intervienen para no retrasar las fechas de

determinados eventos, por ejemplo el desvío de un río en una hidroeléctrica, el inicio de la época de lluvias en una carretera, la entrada de la estación de huracanes para trabajos costa afuera, las condiciones climáticas extremas para la ejecución de determinadas actividades, etc. O intervienen factores financieros o económicos para respetar las fechas de culminación del proyecto para cumplir compromisos de pago con tenedores de deuda, con la entrega de bienes y servicios al contratante final, o compromisos políticos en algunos casos.

Los efectos de la aceleración en el comportamiento del proyecto, van más allá de los impactos en tiempo y costo causados por las órdenes de cambio. De la calidad y oportunidad de los registros que el que el contratista lleve de los efectos de la aceleración, dependerá el lograr la recuperación del equilibrio económico y financiero del contrato. Hay diversos métodos normalmente aceptados para hacer un cálculo de los elementos que influyen en los impactos en tiempo y costo de la aceleración; ninguno de ellos está previsto en la lopsrm.

Un número excesivo de órdenes de cambio (mayor al razonablemente esperado) generadas por obra adicional o extraordinaria, puede llevar a la disrupción del proyecto. Se han generado múltiples discusiones respecto al efecto acumulativo que tienen las órdenes de cambio: siempre es mayor el efecto acumulado de las órdenes de cambio que el de cada una de ellas consideradas por separado y tiene también efectos sobre las actividades aún no iniciadas. En este tipo de controversias, el probar la relación causa-efecto es siempre difícil<sup>14</sup>.

Es recomendable guardar una memoria de cálculo tanto del programa que se presenta con la oferta, como de los cálculos y suposiciones básicas de la oferta económica; normalmente cuando se presentan las controversias, las personas que prepararon la oferta inicial, ya no trabajan en la empresa o han sido asignadas a otras áreas y no están disponibles o no recuerdan las premisas básicas y los cambios hechos. Este tema adquiere especial relevancia en los contratos a precio alzado.

No debe olvidarse que siempre será recomendable el incluir una cláusula de solución de controversias y arbitraje en los contratos para establecer desde el inicio el marco de referencia en caso de que surjan. La lopsrm, hace una previsión en su artículo 15 con ciertas limitaciones. Sin embargo, la cfe y pemex incluyen cláusulas de solución de controversias y arbitraje en sus contratos, no así las dependencias federales que manejan obra pública.

Ha habido avances significativos en la lopsrm y su reglamento respecto a la transparencia con que se llevan a cabo los procesos de licitación y adjudicación de contratos para la obra pública, queda mucho por hacer en el campo de solución de controversias ya que el marco normativo está más enfocado a los procesos y no a los resultados.<sup>15</sup>

Aunque aún no están tan desarrolladas en México en la industria de la construcción las modalidades alternas de solución de controversias, por ejemplo los dispute boards, o adjudication dispute resolution, podrían adaptarse sus principios de funcionamiento a los comités técnicos que se deben formar en los grandes proyectos de infraestructura, de acuerdo a las bases de licitación.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Una discusión amplia de este tema se encuentra en: Jones, Reginald M.: *Lost of Productivity: Claims for the Cumulative Impact of Multiple Change Orders*; Public Contracts Law Journal, Vol. 31, No.1, Fall 2001.

<sup>15</sup> Hay un interesante estudio: *Desarrollo de Proyectos de Infraestructura: Taller de Definición de Acciones en que se estudiaron las acciones para lograr mayor eficiencia en la aplicación de los recursos a proyectos incluidos dentro de la cartera Nacional para los próximos 30 años.*

<sup>16</sup> Como en las Bases de Licitación del Proyecto Hidroeléctrico "La Yesca": *Cláusula 8: Comité Técnico del Modelo de Contrato y Cláusula 31: Ley Aplicable y Solución de Controversias.*

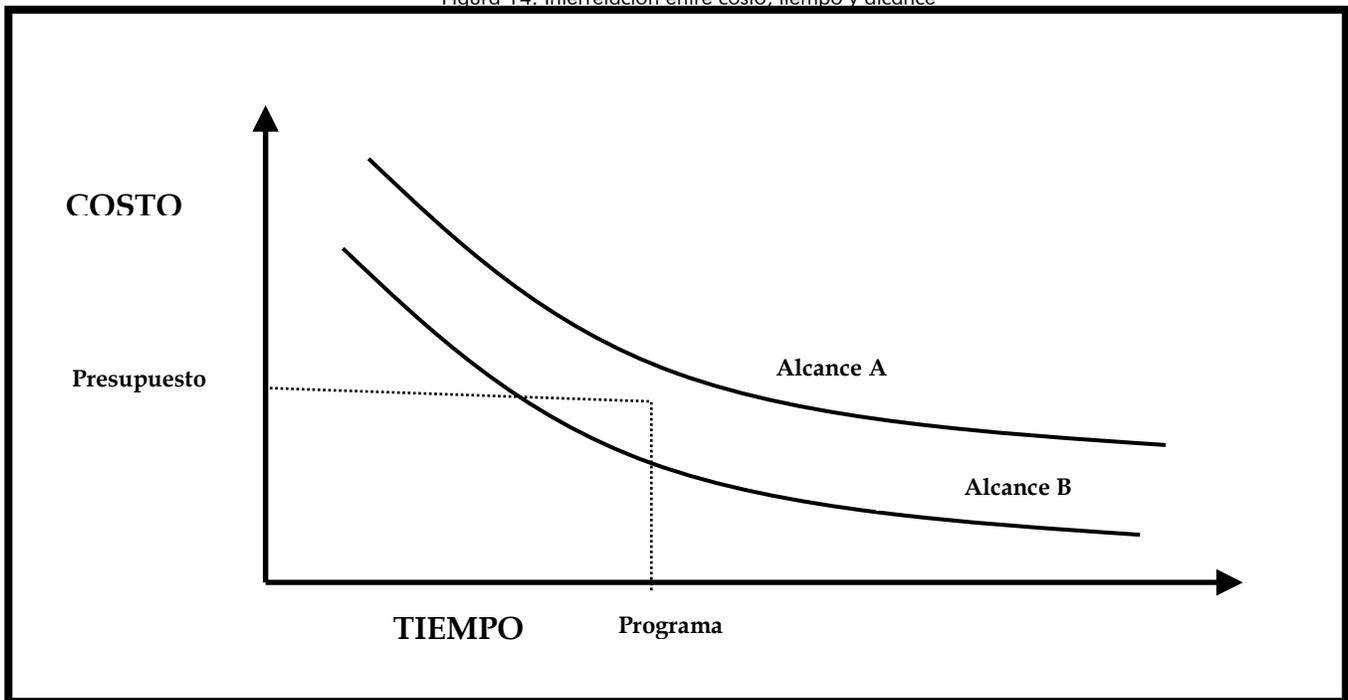
Apendice 1: objetivos de un proyecto<sup>17</sup>

Los objetivos de un proyecto, se definen en términos de costo, tiempo y alcances, siendo estos últimos la cantidad y calidad del proyecto terminado tal y como se especifica en los documentos del contractuales.

Los tres objetivos están interrelacionados y la falta de cumplimiento de un, afecta a los otros. Los tres, dependen de los recursos disponibles y asignados al proyecto y las habilidades de liderazgo y administración del equipo del proyecto.

La siguiente figura muestra esta interrelación:

Figura 14. Interrelación entre costo, tiempo y alcance



Es importante notar que:

Los costos se incrementan si se acelera el proyecto. Si la duración del proyecto se reduce, el presupuesto se incrementa, de acuerdo a la línea a de alcance del proyecto.

Si el alcance del proyecto (línea a) no puede ser cumplido para un presupuesto y programa dados, la cantidad y/o la calidad del proyecto pueden disminuir (del alcance a al alcance b).

La satisfacción del cliente suele considerarse como un cuarto objetivo. Puede ser un factor decisivo para reducir las disputas y lograr el justo reconocimiento de sobrecostos.

**Costos de la aceleración**

Para reducir la duración de un proyecto, deben acelerarse únicamente las actividades críticas. La aceleración de actividades no críticas puede resultar en un gasto inútil a menos que se vuelvan críticas debido a la aceleración de actividades críticas.

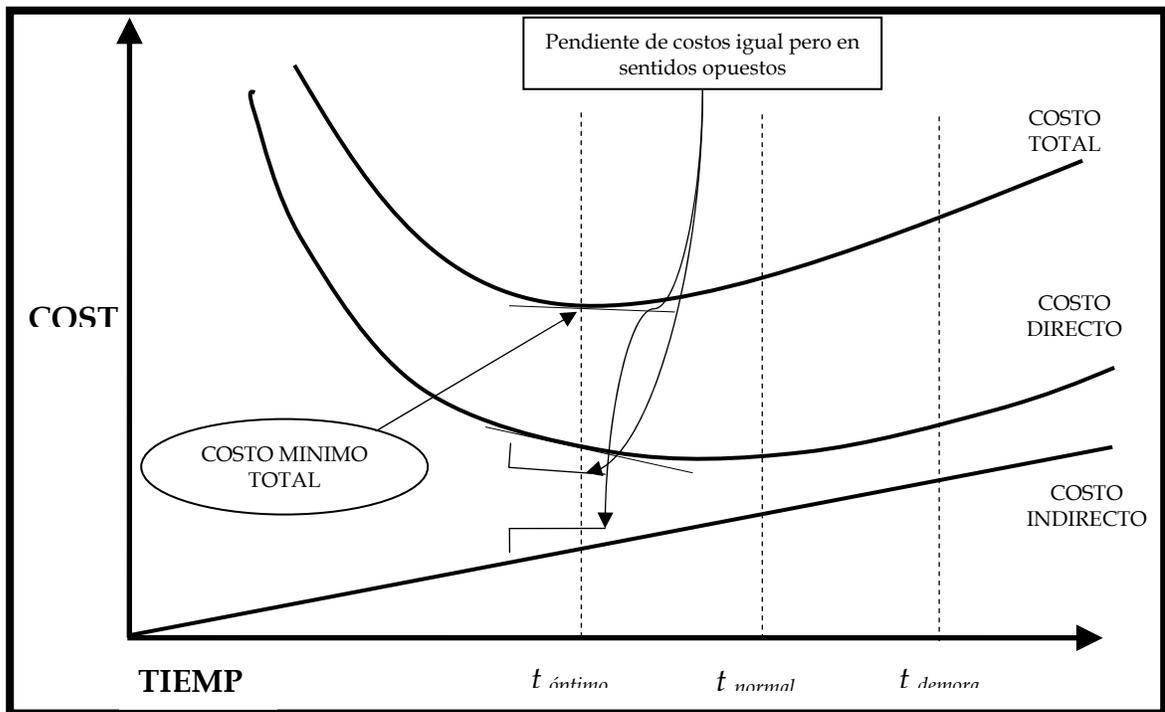
<sup>17</sup> Adaptado del libro: Pinnel, Steven S.: How to Get Paid for Construction Changes: McGraw Hill: 1998.

Cuando se aceleran las actividades críticas, primero se deben acelerar aquellas cuyo costo de aceleración es menor, que no siempre son las más económicas.

El costo de acelerar una actividad un día se llama: pendiente de costo, que es generalmente constante durante un período de tiempo. El método del menor costo de aceleración consiste en estimar la pendiente de costo para cada una de las actividades dentro de la ruta crítica y acelerar las más económicas hasta que ya no pueda ser acelerada a ese costo. Luego, se acelera la siguiente menos cara hasta que ya no pueda ser acelerada, y se continúa de esta manera hasta que se alcance el presupuesto deseado. Aunque un cálculo preciso de la pendiente de costo para cada una de las actividades críticas es impráctica, se puede usar una aproximación gruesa.

En la figura siguiente, se muestra el análisis del intercambio entre tiempo y costo.

Figura 15. Intercambio tiempo – costo



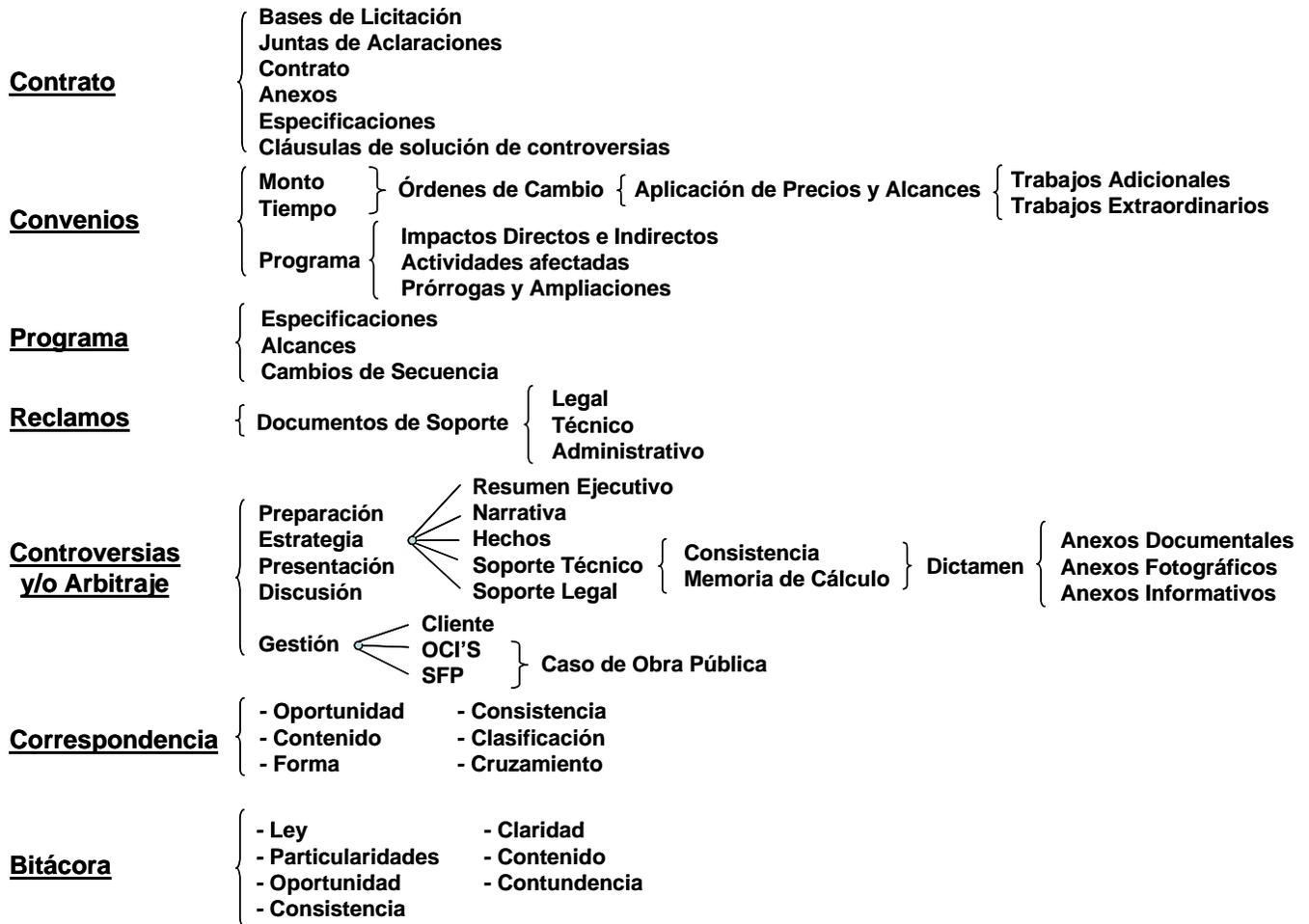
Se muestra como al acelerar un proyecto, se reducen de los costos indirectos y se incrementan los costos directos. También se muestra la curva del costo total que es la suma de los costos directos más los indirectos.

Si nos movemos de  $t_{\text{normal}}$  a  $t_{\text{óptimo}}$ , se reduce el costo total a su valor mínimo: costo mínimo total. Esto ocurre porque el incremento en el costo directo de acelerar un día, es menor que el ahorro de la reducción del costo indirecto. En el tiempo óptimo, el costo adicional de acelerar un día, es igual al ahorro en el costo indirecto, es decir, que la pendiente del costo directo, es igual, pero de sentido contrario la del costo indirecto.

Si el sobrecosto de la aceleración, compensa los ingresos adicionales por tener el proyecto funcionando con antelación, el cliente podría optar por pagarlo, o dicho de otra forma: si el ahorro en costo para el cliente, compensa el sobrecosto de la aceleración, el cliente puede decidir acelerar el proyecto. Para tomar una decisión adecuada, debe promoverse un estudio de ingeniería de valor que puede proponer el contratista.

Por último, es importante notar que la figura anterior, también demuestra que al pasar del t normal, a t demora por demoras en el proyecto, se incrementan todos los costos: los directos debido a la ineficiencia y el impacto propio de la demora y los indirectos por la mayor permanencia en el proyecto.

**Apéndice 2: elementos que forman la administración de un contrato de construcción:**



**Apéndice 3: caso de un proyecto con programa original, que ha sido afectado por trabajos adicionales y extraordinarios<sup>18</sup>:**

El caso que se presenta, trata de la colocación de tubería de acero en el fondo del mar para comunicar plataformas petroleras.

Contrato original:

plazo de ejecución: 215 días = 100%  
 monto original: 50 musd = 100%

<sup>18</sup> Adaptado de un caso real

Contrato final:  
plazo de ejecución: 687 días = 320%  
monto final: 142 musd = 284%

Controversias presentadas:  
Trabajos extraordinarios y adicionales: 16 musd = 11% (del monto final)  
Controversias por trabajos ejecutados en períodos diferentes a los contratados y que se van a arbitraje: 52 musd = 37% (del monto final)

Opciones presentadas para el arbitraje:

Resolver las controversias técnicas presentadas por trabajos extraordinarios y adicionales sin arbitraje.

Presentar a arbitraje la controversia por trabajos en períodos diferentes a los contratados.

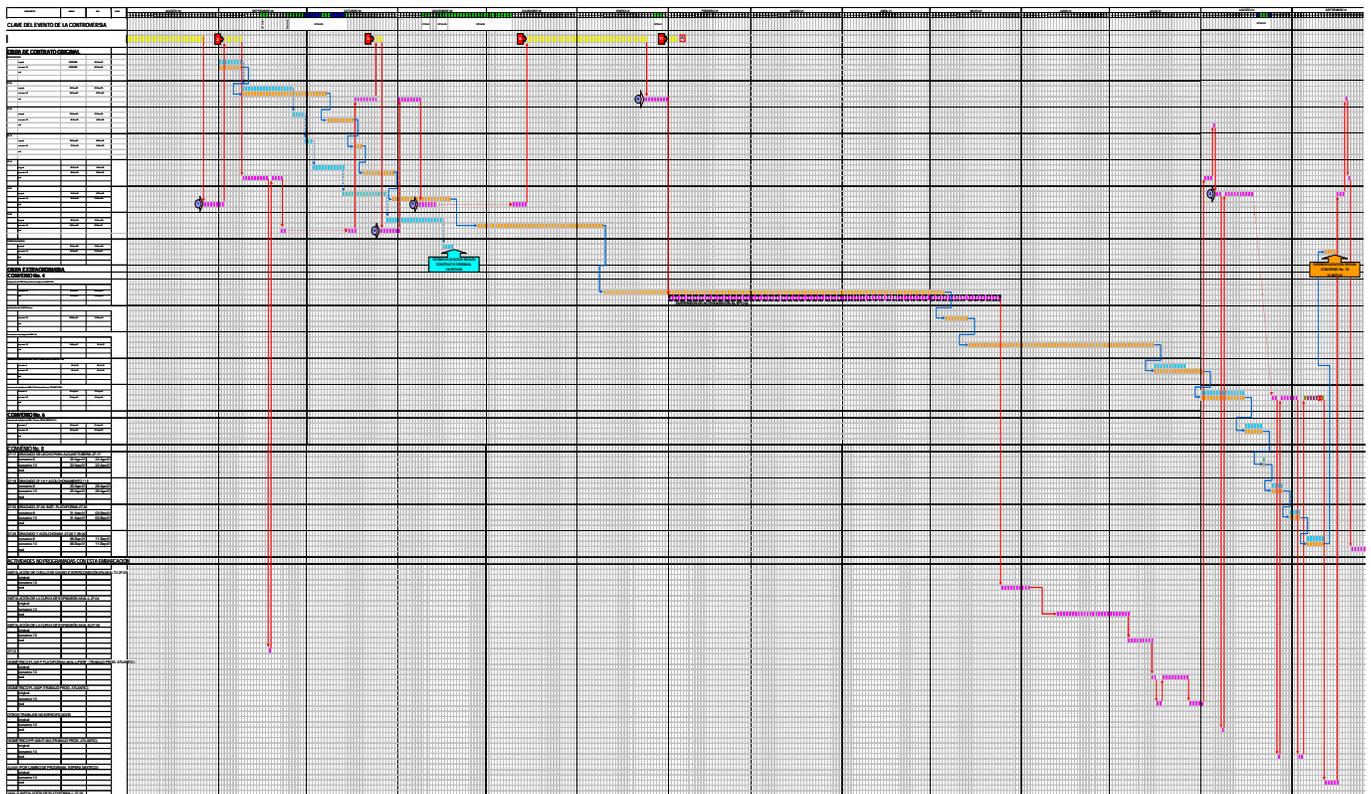
Alternativas para presentar el arbitraje:

Por trabajar en períodos de "malos tiempos"

Por interrupción de actividades en el programa original debido al exceso de trabajos adicionales y extraordinarios y la ruptura de la secuencia de construcción.

El contratista decidió presentar su reclamo por cambio de condiciones contractuales a trabajos en períodos de "malos tiempos".

### Caso de un proyecto con programa original, que ha sido afectado por trabajos adicionales y extraordinarios



**Apéndice 419: caso de un proyecto con actividades concurrentes cliente-contratista:**

Condiciones contractuales:

- El cliente debe tener listas sus instalaciones para el inicio de los trabajos.
- El contratista debe tener el equipo certificado como “apto para los trabajos” antes de iniciar la movilización del mismo al área de trabajo del cliente.
- Los tiempos de espera se general si estando el contratista “apto para los trabajos” el cliente no cumple con haberle liberado áreas de trabajo teniendo sus instalaciones listas.

Condiciones reales:

- El cliente mueve la fecha de inicio en el programa acordado contractualmente del 23 de marzo de 1999 al 2 de enero de 2000 (por no tener listas sus instalaciones).
- El contratista avisa al cliente que se generarán tiempos de espera de su equipo, pero no obtiene el certificado de “apto para los trabajos”.
- El cliente solicita al contratista que a pesar de no tener listas sus instalaciones, presente el equipo “apto para los trabajos”.
- El contratista no obtiene el certificado de “apto para los trabajos” y decide enviar el equipo a hacer trabajo “para otros” como medida de mitigación en el impacto por los tiempos de espera.
- El contratista obtiene el certificado de “apto para los trabajos” hasta el 3 de marzo de 2000 (dos meses de retraso).
- El cliente contabiliza el retraso como imputable al contratista.

Controversia:

- El contratista presenta una controversia técnica por tiempos de espera desde la fecha de inicio contractual (23 de marzo de 1999) a la fecha de inicio de los trabajos convenida con el cliente (2 de enero de 2000) por la cantidad de 6.3 musd. Aduce además que ha mitigado los impactos en costo al hacer con el equipo “trabajo para otros”.
- El cliente no reconoce los tiempos de espera reclamados por el contratista alegando que no cumplió con presentar su equipo “apto para los trabajos” como especifica el contrato.

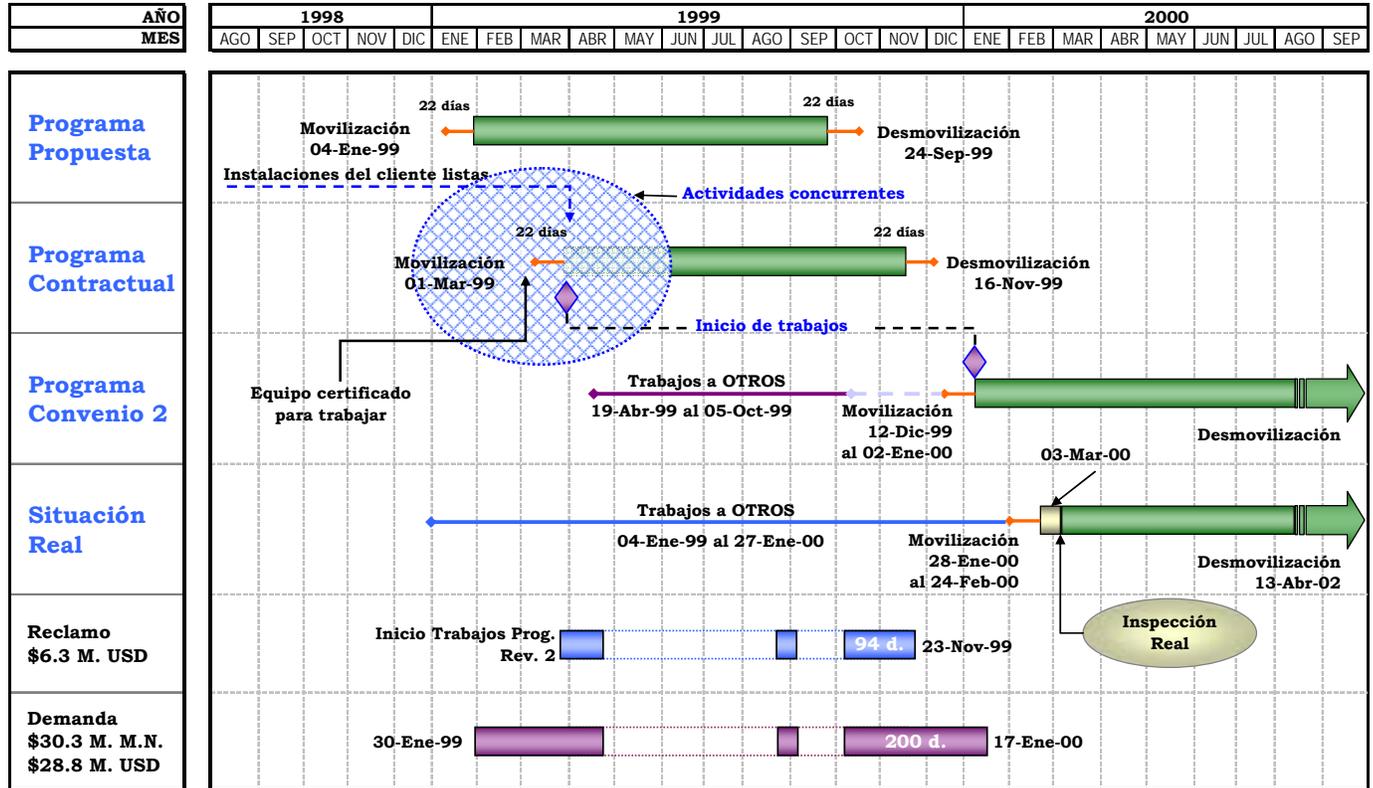
Arbitraje:

- Al no resolverse la controversia técnica, el contratista decide someter su reclamo a arbitraje según lo estipula el contrato.
- El contratista presenta al tribunal arbitral un reclamo por tiempos de espera con un importe de 31 musd, considerando tiempos de espera desde la fecha de inicio de propuesta (bases de licitación): 4 de enero de 1999 hasta la fecha en que moviliza realmente su equipo: 17 de enero de 2000 (200 días), haciendo la consideración de que descuenta el “trabajo para otros” como una medida de mitigación en el impacto económico.
- El contratista basa su demanda en que la fecha de certificación de su equipo está ligada a la fecha en que el cliente tenga sus instalaciones listas.
- El cliente alega de que independientemente de que tenga sus instalaciones lista, el contratista debió haber cumplido con la obtención del certificado de “apto para los trabajos” en la fecha convenida, de acuerdo a los documentos contractuales (con las modificaciones acordadas), para generar tiempos de espera a favor del contratista.

---

<sup>19</sup> Adaptado de un caso real.

Caso de un proyecto con actividades concurrentes cliente-contratista



## Bibliografía

- Acret, james: arbitration of construction claims: t helen reid & priest llp (construction law library): 2000.
- American arbitration association: the construction industry's guide to dispute avoidance and resolution: 2006.
- Bramble, barry b; callahan michael t.; callahan michael t: construction delay claims: aspen law & business: 1999.
- Deanne c. Siener; rothschild, frank; stein, edward r; solomon, samuel h.: power point for litigators: national institute for trial advocacy (nita): 1999.
- Fidic: mdb harmonised conditions of contract for construction-general conditions: chapter 20: claims, disputes and arbitration: 2006.
- Hibberd, peter & newman, paul:adr and adjudication in construction disputes: blackwell science: 1999.
- O'brien, james j.: construction change orders: impact, avoidance, documentation : mc graw hill : 1998.
- Pinnel, steven s.: how to get paid for construction changes: mcgraw hill: 1998.
- Ramos torres, daniel: licitación pública: escuela nacional de administración pública: 2004.
- Rubin, robert a & guy, sammie d.: construction claims: prevention and resolution: john wiley & sons: 1999.
- Sheridan, peter: construction and engineering arbitration: sweet & maxwell: 1999.
- Smith, currie & hancock: common sense construction law: john wiley & sons.: 2004
- Stevenson, robert & chapman, peter: construction adjudication: jordan publishing limited: 1999.
- Trawner theodore j.:construction delays: documenting causes, winning claims, recovering costs: r.s. means company, inc.: 1990.
- Ley de obras públicas y servicios relacionados con la misma (lopsrm)
- Reglamento de la ley de obras públicas y servicios relacionados con la misma.
- Cámara internacional de comercio: reglamento relativo a los dispute boards (vigente a partir del 1 de septiembre de 2004).

## **Casos y situaciones prácticas en arbitraje en materia de construcción (segunda parte)**

**Lic. Claudio Dan Rodríguez de Iberdrola\***

### **I. Procedimientos de resolución de disputas técnicas:**

Todo gran proyecto de construcción enfrenta, en una etapa u otra, un proceso de resolución de disputas. Los motivos por supuesto varían dependiendo del caso, sin embargo es claro que los conflictos surgen ya sea porque; (i) la parte responsable no reconoce su responsabilidad, (ii) surgen situaciones técnicas o fácticas imprevistas, o; (iii) porque existe una falta de claridad y experiencia en la determinación previa de las condiciones particulares, tales como costos indirectos, distribución de los riesgos, programas contractuales irreales, costos financieros, error en la cotización de volúmetrías, responsabilidades frente a terceros, actuaciones de terceros, etc.

Así, los reclamos más comunes, de forma enunciativa, se refieren a:

- Cambios en el proyecto no previstos (alcances)
- Cambios en el alcance de las obras (volumetría)
- Entrega tardía de planos, dibujos, accesos, permisos, licencias, etc.
- Entrega tardía de materiales o equipo
- Planos, especificaciones y dibujos inadecuados o erróneos
- Interferencias técnicas entre distintos frentes de obra
- Interferencia de terceros en el desarrollo de los trabajos
- Condiciones climatológicas adversas y extraordinarias
- Sobre costos no reconocidos por la otra parte o no previstos adecuadamente.
- Entre otros.

Es claro entonces que la responsabilidad del contratista es cumplir con los plazos contractuales y bajo los estándares de experiencia, mano de obra y calidad que exige tanto el contrato como las prácticas prudentes de la industria. Por su parte, los ingenieros y arquitectos deberán de proveer los planos y dibujos adecuados a efecto de que las cotizaciones y programas de obra estén apegados a la realidad. Finalmente, el contratante o propietario del proyecto, deberá de pagar en tiempo y forma pactado, el precio justo por los servicios recibidos.

Si no se satisfacen dichos requisitos y existe un reconocimiento claro de las partes en el alcance de sus respectivas responsabilidades, no puede haber palabras ni páginas suficientes en un contrato que puedan evitar el conflicto que se avecina.

---

\* Iberdrola Ingeniería y Consultoría México, S.A.

Con esto se quiere dejar en claro que se debe hacer una distribución justa y equitativa de riesgos, de tal forma que las partes conozcan a priori y de forma suficiente y clara, sus responsabilidades, derechos y obligaciones. La distribución justa de riesgos ("fair risk allocation"), se debe realizar de la siguiente forma:

A la parte que tiene control directo sobre el proceso que crea o podría crear un riesgo.

A la parte que se encuentre en mejor posición legal, económica y fáctica de afrontar una pérdida imprevista

La responsabilidad del cliente, quien se beneficia del resultado final del proyecto.

El ejercicio anterior deberá de producir un clausulado claro y preciso respecto de las responsabilidades de las partes lo cual constituye un adelanto y avance real respecto a la solución de un conflicto futuro.

Establecido lo anterior, los mecanismos más comunes en la solución de disputas en materia de construcción (con independencia de los procesos judiciales, naturalmente, que no son materia de este seminario), son los siguientes:

- Peritajes Independientes
- Arbitrajes
- Dispute Boards o Paneles

Siendo que los peritajes independientes y los arbitrajes serán tratados en los puntos siguientes, nos abocamos a describir el proceso de los "Dispute Boards", debiendo empezar por señalar que la industria de la construcción ha sido la punta de lanza respecto al movimiento de métodos alternos de solución de controversias (MASC), lo cual busca solución las controversias mediante mecanismos distintos a los procesos tradicionales, los cuales dan inicio una vez que el conflicto ha surgido, el mismo ha crecido y las partes han endurecido sus posiciones.

En consecuencia, son justamente los DB los que permiten establecer un panel, integrado por mas de tres profesionales experimentados en materia de construcción y conformado al inicio del proyecto, los que conocen de las disputas conforme van surgiendo en el proceso y emitiendo recomendaciones no vinculatorias e imparciales respecto a la posible solución.

En algunos contratos inclusive, el uso de los DB es una condición indispensable que tiene que ser satisfecha antes de iniciar algún otro mecanismo de solución de controversias tales como litigio, peritaje o arbitraje ("condition precedent").

Las ventajas que ofrecen los DB son obvias y claras ya que permiten dar frente a los problemas de forma paulatina conforme a los problemas van surgiendo y evita el que los mismos adquieran otras dimensiones tanto de impacto en el proyecto como económico. Las soluciones van dándose a lo largo de la vida del proyecto cuando se cuenta con la información de campo suficiente y actual para brindar una solución técnica.

Los ahorros al final del proyecto se pueden visualizar al no tener que acudir a un proceso tradicional de solución de controversias, potencialmente onerosos, o, en el peor de los casos, que aún acudiendo a éstos, los temas torales se encuentren acotados y disminuidos lo cual, naturalmente, se traduce en menores tiempos y costos.

### Distinción entre disputas técnicas y disputas jurídicas

La distinción entre ambos tipos de disputas, si bien en las palabras pareciera lógica, en la práctica no lo es y dista de ser una distinción sencilla de realizar. En primer lugar, dicha dificultad se debe a que no hay cuestión técnica que no tenga, naturalmente, una correlación e impacto en el aspecto legal. Así, si existió un retraso por desabasto regional de acero lo cual impide realizar los hitos constructivos dentro de los plazos que señala el contrato, es claro que, en este caso hipotético, se debe tener en cuenta no solo los medios de probanza para acreditar que el

desabasto; (a) existió, (b) ha sido de impacto global, y que, (c) técnicamente no era posible tener medios substitutivos de provisión.

Acreditado lo anterior, bien puede suceder que el cliente no considere, bajo la cláusula de fuerza mayor que dicta el contrato (si la hay), o peor aún, no habiendo ésta, que dichos fundamentos técnicos tienen un impacto en los hitos de entrega, con lo cual, el espectro entre lo técnico y legal es apenas perceptible.

Existe un elemento adicional que debe tomarse en cuenta. La distinción entre disputas técnicas y legales ocurre porque los principios de solución de controversias dictan, como regla general, que sólo los hechos están sujetos a prueba, más el derecho no (principio conocido comúnmente como “iura novit curia”, que implica literalmente “el juez conoce el derecho”).

Con lo anterior, es importante tener en cuenta que no es posible determinar mediante una lista limitativa, cuales son las disputas técnicas y cuáles son las legales, sin embargo, en términos generales y de manera claramente enunciativa, son disputas técnicas las siguientes:

- Probanza respecto a ocurrencia de problemas técnicos puntuales.
- Conflictos derivados de especificaciones técnicas contrarias a planos.
- Conflictos relativos a volumetrías, alcances de obra.
- Errores de planificaciones.
- Probanza de eventos de caso fortuito o fuerza mayor.

A diferencia de éstos, serían ejemplos enunciativos de disputas legales, las siguientes:

- Supletoriedad de documentos contractuales.
- Definición de alcances contractuales de obra bajo esquema y tipo de contrato acordado.
- Valor y peso probatorio de documentos emitidos y firmados entre las partes, incluyendo correos electrónicos.
- Determinación de costos financieros por retrasos y consecuencias legales, incluyendo garantías.
- Interpretación de la legislación relevante frente a disposiciones contractuales.
- Interpretación legal de clausulado específico a la luz de un conflicto concreto.

Por el otro lado, debe considerarse que pudiera existir el caso de que el contrato establezca el agotamiento de un procedimiento para poder acceder a otro mecanismo. En principio, este tipo de disposiciones, comunes sin embargo como condición de firma (“condition precedent”) en los Contratos de Obra Pública Financiada, simplemente entorpecen uno de los fines primordiales de los mecanismos alternos de solución de controversias, es decir, es decir, la celeridad y eficacia de los mecanismo.

En efecto, toda vez que en ciertos tipos de contratos las disputas legales se ventilan ante el procedimiento arbitral y por exclusión, los temas técnicos, ante el procedimiento de peritaje independiente por un lado, y por el otro lado, el mismo clausulado dicta que se tiene agotar la instancia pericial para luego acceder a la arbitral, ello nos conlleva a un conflicto doble.

En primera instancia si el conflicto es legal, la práctica dicta que se tiene que agotar el procedimiento de peritaje independiente, aunque éste no sea el mecanismo idóneo.

Por el otro lado, siendo un conflicto técnico y en el supuesto de que se lleve el procedimiento bajo peritaje independiente, si existe un error manifiesto u cualquier otra causal de invalidez del peritaje, se tendrá que llevar dicha invalidez ante el procedimiento de arbitraje.

En el caso de los DB y al ser un panel de expertos no exhaustivamente conformado por ingenieros, el mismo puede dar cabida a la solución de conflictos tanto técnicos como legales con las ventajas que hemos analizado previamente.

Interacción entre la cláusula arbitral y la cláusula de resolución de disputas técnicas.

Es en base a lo establecido en el punto anterior, que la interacción entre la cláusula arbitral y la cláusula de resolución de disputas técnicas, es muy estrecha y el límite entre ambas no es siempre tarea sencilla de discernir.

En términos generales, la cláusula arbitral es recurrida por cualquiera de los contratantes cuando la disputa versa sobre conflictos de índole legal, siendo en consecuencia, las disputas de índole técnico, resueltas mediante los mecanismos de disputas técnicas, que en la práctica, toman la forma de peritajes independientes.

Como señalamos anteriormente, el peritaje independiente, en términos generales es definitivo y vinculante para las partes, a no ser que haya existido fallas graves en el procedimiento, notificaciones, etc., y/o que se haya invocado "error manifiesto" lo cual implicará que el peritaje podría ser invalidado.

En este caso, es claro que siendo el tema de "error manifiesto" un tema de injerencia e interpretación jurídica, dicha invalidez tendrá que ventilarse ante un procedimiento arbitral, el cual decidirá sobre la existencia o no de dicha invalidez y la nulidad o no del procedimiento de peritaje independiente. Pero dejamos esto a los expositores a cargo del tema concreto.

## II. Discovery: ¿Cómo evitar la presentación de pruebas en forma excesiva?

Se conoce a "Discovery" como el procedimiento por el cual las partes acuerdan el intercambio de información y entrega previa de la misma al panel arbitral o árbitro. Con esta práctica, se busca claramente el asegurar que el árbitro o panel arbitral cuenten con la documentación idónea para que la decisión sea la más justa al haber podido contar con la evidencia relevante para ello.

El "Blacks Law Dictionary" define a este procedimiento como:

*"En términos generales, el conocimiento de lo que era anteriormente desconocido; la divulgación de lo que se encontraba anteriormente escondido; el conocimiento de hechos o actos previos".*

Dentro de las prácticas pre-contenciosas de los países que reconocen la figura en el sistema de "common law", es reconocido el que las partes puedan obtener hechos e información sobre el caso de su contra parte a efecto de apoyar la preparación del juicio o, dicho de otra forma, es un intercambio de información. Los mecanismos más comunes de "Discovery" incluyen:

- Audiencias confesionales ante preguntas verbales ("depositions").
- Interrogatorios escritos
- Emisión de documentos
- Permisos para acceder a un predio o a sitio.
- Revisión física de las cosas y estado que guardan.

En términos generales y bajo las reglas comunes de "Discovery", el término se refiere generalmente a la divulgación de información, documentos, escrituras o cualquier otro elemento que se encuentra en posesión exclusiva de una de

las partes y que es necesario para la otra que busca el “Discovery” como parte de su causa de acción pendiente o que será incoada ante otro tribunal o como requisito de protección a sus derechos procesales dentro de dicho procedimiento.

Así, en procedimientos alternos de solución de controversias, el “Discovery” tiene que ser expresamente pactado a efecto de que surta efectos y sea válido. En consecuencia, siendo una etapa conflictual pactada entre las partes, el alcance y amplitud permitida en el proceso de “Discovery” se establecerá en el contrato mismo. En este aspecto se debe asumir que las partes con igual poder de negociación o, al menos, se encuentran suficientemente asesorados legalmente a efecto de evitar abusos de una de las partes, es decir, el acuerdo específico sobre el alcance del “Discovery” no deberá contener ningún vicio del consentimiento que pudiera invalidar su alcance o inclusive existencia y de aquí se deriva la necesidad de redactar cláusulas o convenios en MASC de forma informada y profesional.

Por ello, es importante establecer en primera instancia que se deberá ser muy cuidadoso en el alcance que las partes acuerden al respecto pues el exceso de información, por supuesto, implica la debilidad de las estrategias de defensa. Existen para ello ciertas reglas emitidas por organismos de arbitraje institucional (tales como la “American Arbitration Association” o “AAA”) señalando que las partes deberán de cooperar en el intercambio de información, documentos y anexos dentro del control de cada parte si el (los) árbitro(s) considera(n) que dicho intercambio es consistente con el fin de lograr una decisión justa, expedita y efectiva. Sin embargo, la misma AAA señala que las partes deberán de proceder con el “Discovery” en la medida en que fue acordado por todas las partes, sin embargo, el (los) árbitro(s) podrá(n) conducir dicho “Discovery” en la forma que lo consideren apropiada.<sup>1</sup>

De lo anterior podemos concluir que el alcance del “Discovery” dependerá de la negociación que en igualdad ejecuten las partes a efecto de lograr que el intercambio de información que se realice:

Sea justa, equitativa y tenga como fin el lograr un laudo o decisión justo y efectivo.

No tenga como origen una negociación de alcances en desventaja o viciada de algún vicio del consentimiento.

No deberá violentar algún derecho de terceros en materia de propiedad industrial, secreto industrial o cualesquier otro derecho análogo.

Logrado lo anterior, a efecto de evitar la presentación excesiva de información y pruebas, se deben de tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- El alcance de “Discovery” implica una negociación en toda la extensión de la palabra.
- En ese sentido, se deben definir lo que podemos y estamos dispuestos a ceder (intercambiar) y lo que no está sujeto a negociación.
- La exposición de documentos de nuestra parte deberá tener una respuesta “quid pro quo” de la otra parte.

### **III. El problema de la prueba en los arbitrajes en materia de construcción.**

El problema de la prueba, por supuesto, no es exclusivo de la materia de construcción. Probar un hecho constituye naturalmente el elemento primordial para sostener la posición en una litis y el trabajo más delicado para cualquier abogado. La regla de oro por supuesto indica que cuando se cuentan con los elementos suficientes para probar un dicho, mucho del camino hacia el éxito al final del conflicto está andado.

---

<sup>1</sup> Regla L-4. Procedimiento para Disputas Comerciales Largas y Complejas (LCC) de la AAA.

Lo importante entonces, es tener la conciencia de que las probanzas desarrolladas y que se generan durante la vida de un proyecto constructivo, deben ser valoradas, cuidadas y preservadas de tal forma que sustenten nuestra posición dentro de un conflicto futuro. Es aquí justamente donde los "Dispute Boards" ("DB") toman una relevancia y una ventaja comparativa frente a los Mecanismos Alternos de Solución de Controversias (MASCs), ya que, a diferencia de éstos últimos, los miembros del DB realizan visitas periódicas al sitio de construcción a efecto de familiarizarse con las partes, el proyecto y sus problemas, lo cual permite a las partes el ir resolviendo los problemas conforme surgen y conforme se desarrolla el proyecto.

En efecto, el problema total radica en los tiempos y formas en que los proyectos constructivos se llevan a cabo en la práctica. No es raro y, por el contrario, es muy común, el que contratos o sub-contratos sean acordados de forma verbal entre las partes a efecto de no entorpecer los hitos ajustados, o más comúnmente, para resolver "en sitio" un problema que ha surgido de forma espontánea y que pone en riesgo a todo un proyecto.

Así, no es raro el que se sub-contrate "en sitio" a un sub-contratista a efecto de que apoye con procesos constructivos derivados de un problema surgido o derivado a que ciertos incumplimientos de un contratista ha puesto en riesgo la entrega en tiempo del proyecto.

Al surgir una controversia al final del proyecto, es obvio que dichos problemas desarrollados a la sombra durante el desarrollo del proyecto, son difíciles de conciliar cuando las partes enfrentan un proceso de solución de controversias.

Si bien como abogados reconocemos y debemos de reconocer que los tiempos y particularidades de los proyectos constructivos se viven "en sitio" y no "en el corporativo", como abogados internos o externos de empresas del ramo, debemos asesorar y pernear perfectamente a nuestros clientes que la prueba documental es la única verdaderamente idónea para probar nuestros dichos y acuerdos verbales.

Así, es función del abogado entonces el concientizar al ingeniero a efecto de que no desestime el hecho de que las pruebas documentales constituyen la prueba principal dentro del proceso y que si bien pudiera haber otros elementos de convicción, el documento primario de probanza lo constituye, el contrato por supuesto, pero en igual valor, la bitácora de obra.

#### **IV. Designación de peritos independientes**

Existen cuerpos contractuales donde se establece la obligación de las partes el establecer tres opciones de peritos independientes, dentro de los cuáles, al momento en que una de las partes someta un conflicto al procedimiento de peritaje independiente, deberá de proponer a uno de los seis perito designados de común acuerdo entre las partes, gozando la otra parte, por supuesto, de derecho de réplica al respecto. Tal es el caso de los Contratos de Obra Pública Financiada que celebra, por ejemplo en caso concreto, la paraestatal Comisión Federal de Electricidad.

Sin embargo, habrá muchos cuerpos contractuales donde no se previó el mecanismos de designación del perito o peritos independientes, para lo cual habrá que hacer una valoración técnica – jurídica de lo que se busca demostrar y la complejidad y puntos relevantes del caso en concreto.

En consecuencia, lo ideal será designar a un perito independiente con amplia experiencia en el proyecto sometido al mecanismo. Si bien toda obra civil pareciera ser la misma a cualquier obra civil, es claro para cualquier ingeniero que las particularidades técnicas de un proyecto constructivo van en función del fin último que se le dé al mismo.

Así, en proyectos de infraestructura energética no se puede hablar de que un proyecto de construcción civil nuclear es equiparable a uno eólico ya que, con independencia a las diferencias obvias, los documentos y prácticas constructivas de cada uno de ellos varían considerablemente, por lo que hay que tener en cuenta los siguientes aspectos

Veamos:

Las prácticas prudentes de la industria de la construcción para cada uno de dichos proyectos varían considerablemente. Así, por ejemplo, no podemos hablar de protocolos de seguridad en un proyecto eólico y tratar de instrumentarlo como guía para un proyecto nuclear.

Dicha diferencia también ocurre en los tiempos y condiciones de trabajo que cada tipo de proyecto requiere. Por ejemplo, en materia eólica existen estándares de velocidad del viento que prohíben trabajar a nivel de aerogenerador cuando el viento excede aproximadamente los 25 m/s. En proyectos marinos, deberá de considerarse por ejemplo, las condiciones meteorológicas históricas a efecto de poder cotizar con anticipación, los tiempos estimados de tiempo muerto que deberán de sufrirse.

El no considerar los aspectos específicos al tipo de proyecto constructivo, traerá como consecuencia el que el contratista no valore sobre costos, tiempos extras y/o tiempos muertos que serán necesarios para cumplir con dichas prácticas prudentes o protocolos constructivos. Por supuesto, es cuando no se valoran esos gastos implícitos, cuando ocurren las discrepancias entre lo estimado y lo efectivamente erogados lo cual, naturalmente, es la semilla a una controversia.

En consecuencia, no todos los peritos independientes son ideales para cualquier tipo de controversia técnica ya que será la especialización de dicho perito, la que permita reforzar un hecho que es relevante dentro de la "litis" y que solamente un perito independiente con experiencia en el ramo específico es capaz de señalar y otorgar como válido.

De forma burda, si erróneamente se escoge un perito independiente que es un experto en materia de ingeniería civil, pero carece de la experiencia previa y conocimientos precisos sobre centrales de ciclo combinado, será incapaz de entender la interrelación que exigen los aspectos finos de una turbina de gas, los recuperadores de calor y la relación de lo anterior con los tiempos e hitos constructivos.

## **Casos y situaciones prácticas en arbitraje en materia de construcción (segunda parte)**

**Lic. Jaime Gray\***

### **El problema de la prueba en los arbitrajes en construcción y temas varios sobre los peritos independientes**

Que quien alega un derecho está obligado a probarlo es un principio general de derecho desde tiempos inmemoriales es por todos conocido.

No obstante, este básico y fundamental principio adquiere especial relevancia en los arbitrajes en materia de construcción, debido a la implícita relación con materias de índole técnico que ellos tienen, al no ser los árbitros – especialmente en arbitrajes de derecho 1–, ni los abogados que patrocinan a los contratistas y propietarios, generalmente, profesionales ingenieros.

Esta primera aproximación es necesaria para reflexionar con respecto a lo siguiente: ¿Nos encontramos entonces frente a un sistema de solución de disputas imperfecto para la construcción, ya que quien imparte justicia no está preparado en aspectos técnicos que serán de especial relevancia para solucionar la controversia?

La respuesta es que el mundo de la construcción separado en abogados y profesiones técnicas no existe. Por el contrario, internacionalmente la construcción es una industria multidisciplinaria donde la interacción de diferentes materias es absolutamente necesaria para lograr el éxito del proyecto.

Definido entonces que es bueno, y a veces necesario, por la especialidad de la materia, contar con la opinión de un tercero que puede colaborar en el proceso arbitral a través de sus conclusiones, al contar con calificaciones y experiencias esencialmente distintas a la de los propios árbitros, debemos empezar este artículo reconociendo la labor de los peritos en los procesos arbitrales en materia de construcción.

No obstante, debemos incluir un nuevo elemento, distinto al de la tecnicidad de la materia de disputa en construcción. Generalmente, los montos de los contratos de obra son importantes y al ser los proyectos generados a partir de un aproximado de las condiciones que finalmente se encontrarán, se generan una serie de incertidumbres que sólo podrán ser despejadas durante la ejecución misma de la obra. Estas incertidumbres implican riesgos contractuales que las partes se asignan de manera legal o contractual y se expresan en condiciones exigibles a ambas y, básicamente en un precio determinado o determinable.

---

\* Socio de Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados. Perú

<sup>1</sup> Hago este llamado por haber usado la palabra “especialmente”. En contratación pública, en el Perú, existen arbitrajes de derecho donde por disposición legal sólo el Presidente del Tribunal Arbitral es abogado, pudiendo ser los otros miembros del mismo, profesionales no abogados – o “letrados” como se denomina a los abogados en mi tierra.

Lo anterior, que determina el resultado económico de un contrato de construcción, da incentivos para que las partes ejerzan todos los mecanismos posibles para mejorar su situación económica. Así, la industria de la construcción es internacionalmente conocida como una industria altamente litigiosa, donde generar reclamos y responderlos constituye el día a día de las partes involucradas.

Esto ha creado verdaderos especialistas del reclamo, tanto entre las partes contratantes como entre consultores, quienes incluso son denominados “claim engineers”<sup>2</sup> en otras latitudes.

Este segundo aspecto, en directa relación con el primero mencionado al inicio de este documento hace que estratégicamente las partes vayan generando pruebas o evidencia de sus potenciales reclamos no sólo desde el inicio de la construcción sino desde antes. Estas evidencias serán de índole legal, técnico o administrativo y pueden, en determinado momento, ser actuadas o entendidas durante el procedimiento de resolución de disputas que pacten las partes, siendo la opinión pericial previa y el arbitraje – entre otros como los Dispute Boards - los métodos por excelencia pactados de manera internacional sobre esta materia.

Así las cosas, muchas partes se dedican válidamente a documentar, evidenciar o preparar desde casi la propia concepción de los proyectos lo que a futuro podrá ser prueba en un posible proceso de resolución de disputas. Esta conducta estratégica es denominada el “building up the case”<sup>3</sup> que es por su importancia, uno de los más relevantes para las partes, y que de acuerdo a la naturaleza de las disputas que finalmente aparezcan, influirá decisivamente en el resultado económico de las partes, en la necesidad de mayores o menores actuaciones o tal vez, como elementos de negociación que finalmente convencen a la contraparte que le es mejor acceder a reconocer en todo o en parte el reclamo planteado.

Para decirlo de manera resumida: la naturaleza técnica, la incertidumbre de los proyectos y la naturaleza de riesgo y ventura de los proyectos de construcción hacen que la generación de pruebas, sus interpretaciones y métodos de interpretación sean de absoluta importancia para las partes de un proyecto de construcción, al menos desde el punto de vista económico, influenciando entonces estos elementos en sus conductas, negociaciones y expectativas.

Hecha esta necesaria introducción sobre dos elementos que explican sobre la importancia del tema probatorio y la alta tendencia al litigio en la industria de la construcción, es que solicito a partir de este momento la indulgencia del lector, para darme la licencia de efectuar una división arbitraria de los llamados “problemas de la prueba” en materia de construcción, advirtiéndole que los mismos difieren poco o nada en el fondo de los problemas de la prueba en procesos de solución de disputas en materias distintas a las de construcción.

Uno de los primeros problemas es el de temporalidad de la prueba y está relacionado con el momento en que se desarrolla el proceso previsto por las partes (peritaje previo, arbitraje u otro) y la influencia del mismo en la ejecución del proyecto. Aquí existen muchos puntos que tocar a la vez. Ciertas legislaciones o los propios contratos de construcción pueden permitir a las partes esperar a cierto evento para recién recurrir a la vía pactada (el pronunciamiento de un tercero, de repente); otras establecen periodos de caducidad que obligan a las partes a iniciar varios procesos independientes (periciales, arbitrales, etc) durante el desarrollo de la obra y, por el contrario, existen otras legislaciones y sistemas contractuales que alientan el proseguir un “gran proceso” (nuevamente, arbitral o de otra índole) al final de la obra. Así las cosas ¿por qué es importante la oportunidad de iniciación de los procedimientos pactados en los problemas probatorios, y entre ellos en la intervención de peritos o árbitros?

<sup>2</sup> Literalmente, la traducción es “ingenieros de reclamos”.

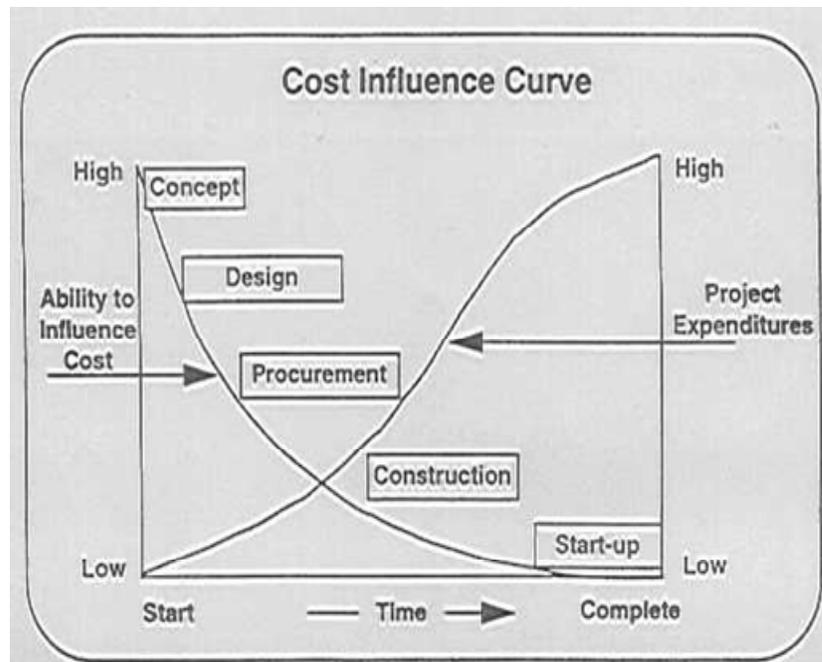
<sup>3</sup> Literalmente, la traducción es “construyendo el caso”.

Porque el momento de intervención de un tercero con capacidad de tomar determinaciones sobre las conductas o intereses de las partes incide o influencia directamente en el costo de la obra<sup>4</sup>: Si un arbitraje es desarrollado durante la etapa de construcción, resolviendo temas relacionados con la ruta crítica<sup>5</sup> de la misma es claramente más caro en cuanto puede dictar medidas como la paralización de ciertos frentes de la obra, o de la obra entera o más barato si toma medidas favorables a la ejecución continua de ella.

Por ejemplo, un contratista encuentra que es necesario ejecutar un adicional y pide al propietario la aprobación escrita de aquella. No es raro el caso en que el propietario puede negarse a aprobar la ejecución argumentando que esa parte de la obra no es un adicional y ordena al contratista a ejecutarla por ser ésta ya parte de su trabajo. En tales casos el contratista normalmente recurrirá a un arbitraje en ese momento pidiendo al Tribunal que se dicte una medida cautelar de no innovar, es decir que le solicite no ejecutarla. De emitirse dicha medida cautelar – donde la verosimilitud del derecho debe estar amparada en evidencia probatoria - la obra se paralizará afectando, posiblemente, la ruta crítica y ello tendrá una influencia económica decisiva. Una mejor probanza hará que el Tribunal de incline por otorgar la medida solicitada.

Para mayor análisis, imaginemos que en la misma obra dicho Tribunal necesita de la actuación de varias pruebas y entre ellas algunas pericias. Como es natural cada una de ellas tendrá su propio plazo para ejecutarse, y en cuanto su actuación influya en el plazo de la obra, el costo de la obra nuevamente será igualmente afectado.

Un segundo tema relevante sobre la temporalidad de las pruebas en construcción radica en que muchas veces ellas son efectuadas o actuadas de manera ex post, es decir luego de que la cuestión técnica que se discute ya ha sido



4

Este cuadro ha sido tomado de James P. Groton, y específicamente de su artículo "The progressive or 'stepped' approach to ADR: designing systems to prevent, control and resolve disputes" Aparecido como Capítulo 1 del Libro "Construction Dispute Resolution Formbook" de Cushman, Myers, Butler and Fisher, editado por John Wiley and Sons, 1997

<sup>5</sup> La ruta crítica está determinada por las actividades cuyo retraso determinan la imposibilidad de lograr el hito o conclusión final de la obra.

ejecutada y por tanto en algunos casos evidencian de manera razonable, más no necesariamente conclusiva una cuestión determinada.

Esto resulta así por razones económicas – tal como hemos analizado algunas líneas antes -, ya que resultaría evidentemente oneroso efectuar la mayoría de estas averiguaciones durante la propia ejecución y principalmente si sus actuaciones modifican o influyen la ruta crítica. En vista de lo anteriormente expuesto, una prueba *ex post*, en algunos casos no tendrá la certeza de una prueba ejecutada en simultáneo con la obra, pero a cambio, en muchos casos ofrece un mejor manejo económico del conflicto. Por el contrario, una solución eficiente durante la ejecución – no resuelta entonces a través de los procesos clásicos de resolución de disputas – puede ofrecer un beneficio económico. Que el presente es un tema complicado y que determinar cuándo es mejor una cosa u otra lo es también es la única conclusión a la que se puede arribar.

Otro tema que puede ser calificado como problema relacionado con la actuación de pruebas es el del costo involucrado en las pruebas ofrecidas. Efectivamente, las pruebas y especialmente los peritajes implican la realización de diversas actividades, las cuales muchas veces son altamente especializadas y caras, por la alta tecnología implicada. Entonces las partes, si están orientadas hacia la eficiencia, deberían usar estos mecanismos cuando sea su actuación absolutamente necesaria. Adicionalmente, consideramos que este tipo de evaluación costo beneficio también debe ser efectuada por los árbitros, pues tienen ellos facultades exclusivas para determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas<sup>6</sup>.

Efectivamente consideramos que, debe los árbitros pronunciarse sobre lo anterior ya que dichas facultades, ligadas a la garantía y eficiencia de los procedimientos arbitrales, están consagradas en las normas de arbitraje que siguen el texto de la Ley Modelo UNCITRAL<sup>7</sup>, pues permiten desestimar la actuación de pruebas – peritajes entre ellos – que antes de colaborar con el proceso lo obstruyan o constituyan maniobras dilatorias o estratégicas de alguna de las partes.

Hasta acá, se han efectuado diversos análisis sobre los denominados problemas de la prueba en construcción, por lo que consideramos oportuno empezar a centrarnos en algunos problemas específicos referidos al peritaje.

Como es por todos conocido, la intervención pericial en la industria de la construcción es internacionalmente pactada de dos maneras. (1) Como medio de solución de disputas previo al arbitraje, donde se emite una determinación que puede ser obligatoria o no para las partes, dependiendo de la normatividad legal de cada nación; o, (2) como medio de auxilio al juez o tribunal arbitral al ayudarlo a comprender, entender o conocer sobre una materia generalmente sujeta a disputa donde existe un particular índole técnico, financiero o legal de especial dificultad.

Sobre estos temas, es fundamental que el perito cumpla fielmente con el encargo efectuado a él por las partes en (1) o por el juez o tribunal arbitral en (2). Por ello, consideramos que cualquier análisis sobre los problemas referidos a los peritajes en materia de construcción debe empezar por el estudio de la práctica de ciertos peritos de alejarse del acta de misión o de los términos de referencia encargados.

La primera obligación de un perito es el de cumplir con la misión encomendada a él y abstenerse de hacer juicios sobre temas que están reservados para otras instancias. Como es lógico, la mala práctica de alejarse del acta de misión o de los encargos efectuados, determina, desde mi punto de vista, una causal de nulidad del pronunciamiento pericial si este es el caso (1) causando que el posterior procedimiento arbitral se convierta también

<sup>6</sup> Citamos a Fernando Cantuarias Salaverry, pronunciándose sobre los artículos 37 y 108 de la Ley General de Arbitraje peruana en su libro “Arbitraje Comercial y de las Inversiones”.

<sup>7</sup> Las leyes de arbitraje de México y del Perú, efectivamente siguen el texto de la norma UNCITRAL

en instancia revisora. En cambio consideramos que en el caso (2) corresponde a los árbitros determinar de manera expresa que los excesos se tengan por no puestos en las pericias e incluso, en concordancia con sus facultades de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas le otorguen mínimo valor o las declaren impertinentes.

Es importante que los peritos tengan claramente establecido que es su labor la de ayudar a los árbitros a despejar incertidumbres con respecto a la materia de probanza. Esto implica para las partes entender que el perito es un facilitador o colaborador en la creación de certezas para el árbitro; y con ello, que es alguien que les ayudará a crear la convicción del derecho invocado.

En este orden de ideas, debemos reiterar que resulta imprescindible que el perito cumpla con absoluta fidelidad lo establecido en su acta de misión o términos de referencia encargados a él por el Tribunal, pues justamente las desviaciones y excesos pueden válidamente tener una segunda implicancia: que los árbitros desconfíen de la capacidad, independencia o cualidades de los peritos designados.

Para concluir el tema del caso (1). Los pronunciamientos periciales en el cumplimiento de los encargos deben ser claros y precisos. Lo contrario permitiría a alguna de las partes a “interpretar” al perito. Cuando es empleado el peritaje no como medio de asistencia al tribunal arbitral, sino como instancia de resolución de disputas, es común que la parte desfavorecida con su pronunciamiento no sólo busque anularlo, sino que busque también “interpretarlo” dejando así subsistente la controversia, haciendo inevitable la continuación del posterior arbitraje.

Sobre el valor de los pronunciamientos de los peritos, somos de la opinión de que las partes deben entender que los pronunciamientos de los peritos no constituyen pruebas que obliguen a los árbitros a pronunciarse de una manera determinada. La prueba del perito como cualquier otra, debe ser valorada y analizada de manera integral por los árbitros quienes sabrán apreciarla en el marco del proceso arbitral.

Con respecto a este punto debe quedar claro que el peritaje no es una evidencia conclusiva que ate al árbitro a emitir un dictamen, sino que antes bien es una herramienta de ayuda al árbitro sobre determinadas cuestiones probatorias, dentro de un marco diseñado, impuesto, monitoreado y finalmente, evaluado por los árbitros.

Al respecto un ejemplo. Dos partes presentaron sendas pericias - de parte, valga la redundancia - sobre la calidad del material excavado que fue encontrado durante una perforación efectuada bajo el método de escudo mixto presurizado TBM (Tunnel Boring Machine) y si dicho material era causante de la paralización o bajo ritmo de avance de la máquina durante la perforación.

Ambos informes periciales fueron excelentes desde el punto de vista técnico y sus conclusiones calzaban de manera perfecta con las posiciones de defensa de quienes los contrataron, es decir, demostraron cada uno los argumentos de la parte que los designó.

La pericia presentada por el demandante – que buscaba compensaciones económicas – concluía en que el tipo de material encontrado no estaba previsto en la información suministrada por el Propietario y que era causante de la paralización o menor ritmo del equipo del demandante. La pericia presentada por parte del demandado concluía en que el tipo de material encontrado era posible de ser esperado, haya sido éste previsto o no en la información inicial entregada por el propietario. Al mismo tiempo, este segundo perito, que desarrolló sus labores de manera simultánea a las del perito ofrecido por el demandante concluía en que era de responsabilidad del demandante la paralización o ritmo lento del TBM.

Le correspondió al Tribunal establecer, más allá de las consideraciones técnicas, que de acuerdo a su entendimiento de las cláusulas contractuales, que era el demandante contratista quien asumía el riesgo de lo que se descubra

durante las perforaciones ya que al ser experimentado, sabía que era imposible saber a ciencia cierta qué tipo de terreno podía encontrarse y que sin embargo al proponer él el método a seguirse era el más barato evitador del costo, correspondiéndole el riesgo del material encontrado.

Por ello, debe concluirse que le corresponde a los árbitros la valoración final del resultado pericial.

Tratando de dar un poco más de claridad al tema sobre las funciones de un perito y las de los árbitros, me permito citar a William W. Park. Este autor en su libro "Arbitration International Business Disputes" enfatiza que siendo intención de las partes evitar el recurrir a las cortes la caracterización del proceso de "decision making" corresponde al arbitraje si las cuestiones se aproximan a aquellas para las que es necesaria la intervención judicial. Así, para este autor, en la discusión entre un contratista y su cliente sobre el no pago de una factura, la decisión sobre "¿fue el techo concluido?" corresponde al de un perito, mientras que la decisión sobre "Debe el cliente \$ 10,000 al contratista" corresponde normalmente a un árbitro.

Lo anterior es especialmente importante en asuntos que tienen evidente connotación jurídica como en los casos de daños y perjuicios, pues para sustentar la relación causal o el quantum reclamado, las partes y con frecuencia los propios árbitros recurren a peritos.

Es nuestra opinión que no obstante ello, las determinaciones anteriores y especialmente la de determinar si existe la culpa leve, la culpa inexcusable, o el dolo corresponden de manera exclusiva a los árbitros y que las informaciones de los peritos sobre lo anterior, para nada constriñen las decisiones arbitrales al respecto y que constituyen un simple aporte a la determinación jurídica que le corresponde hacer a los árbitros. Por ello consideramos que los árbitros deben ser particularmente cuidadosos cuando entrega a los peritos la responsabilidad de pronunciarse sobre los aspectos relacionados con indemnizaciones.

Otro problema nos atrevemos a traer a colación es el siguiente: técnicamente, en muchos casos es imposible determinar cuál procedimiento es el correcto para determinada situación. Nos explicamos. Una cosa es discutir si un procedimiento ha sido ejecutado correctamente, y otra discutir si ese, específicamente, debió o no ser el procedimiento a ser empleado.

Joseph Bockrath<sup>8</sup> ha efectuado un análisis sobre la relación entre la Ingeniería y el Derecho donde concluye que mientras la Ingeniería sigue el método lógico para arribar a conclusiones, el Derecho lo considera secundario ya que son la experiencia y la analogía lo fundamental del pensamiento legal.

Pues bien, cuando se discute pericialmente si el método empleado fue el mejor o no, se corre el riesgo de enfrentarse a una discusión bizantina, y es que técnicamente no existe un solo método para ejecutar una construcción sino muchos y son finalmente los pactos de las partes (que evalúan las conveniencias económicas de las partes) o las normas legales los que determinan qué método debió emplearse.

Efectivamente, para decidir el método o métodos a emplearse en la ejecución de un proyecto se toman en consideración los costos de cada método evaluado y los beneficios con respecto al resultado y a los intereses de cada parte. Así, un proyectista que ha sido contratado por un propietario tendrá probablemente una opinión distinta que uno que ha sido contratado por un contratista. Una correcta asignación de los riesgos y responsabilidades contractuales seguramente, incentivarán una eficiente contratación del proyecto, pero justamente, los problemas y controversias se afrontan cuando alguna de las partes está insatisfecha con la elección del método o métodos efectuados.

<sup>8</sup> Profesor de Louisiana State University en su Libro "Contracts and the Legal Environment for Engineers and Architects" Mc Graw Hill Editores 2000

Esto es especialmente importante en acciones de control en contratación pública de obras. Algunas veces se hacen hallazgos a la actuación de los funcionarios públicos, sobre el porqué de la contratación de cierto método o de cierto resultado o “output”<sup>9</sup> y las razones de ingeniería argüidas son, algunas veces, tan válidas como las que sustentan la decisión del funcionario. Entonces, no quizás no somos solamente los abogados quienes a plantean temas sujetos a abierta discusión u opinión diversa. La ingeniería también tiene sus bemoles al respecto.

Otro aspecto fundamental de las actuaciones periciales, y que está absolutamente relacionado al debido proceso es la necesidad que las pruebas sean hechas de conocimiento de la otra parte a efectos de que sean contradichas y argumenten lo que convengan a su derecho.

En el caso de los peritajes es especialmente importante que exista una audiencia de sustentación donde se permita a las partes aclarar, contradecir, ratificar y solicitar al perito mayores explicaciones – de ser necesario - sobre los temas de su informe. Esta audiencia aprovecha además la intermediación entre partes, perito y tribunal para llevar más luz al proceso.

### **Conclusiones**

Consideramos que la industria de la construcción fomenta y fomentará reclamos por las incertidumbres que son propias de una obra de ingeniería y que en ellos será vencedora aquella parte que tenga una estrategia sobre las evidencias que les permitan fehacientemente probar sus alegaciones. De la misma manera, consideramos fundamental que los procesos de solución de controversias alternativos al judicial sean liderados por árbitros y peritos realmente experimentados en materia de construcción y que es absolutamente necesario que las partes sean adecuadamente informadas por sus abogados de las responsabilidades que asumen no sólo durante la ejecución de un proyecto, sino también durante el proceso de resolución de disputas que diseñen, siendo la eficiencia el factor fundamental a ser tenido en consideración.

---

<sup>9</sup> En el sentido de rendimiento o producto comprometido