

LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRA.



YOUNG
ALDEC

José Guillermo Zúñiga

COSTA RICA
YOUNG ALDEC

Introducción

En la actualidad, dentro de los contratos de Construcción de Obra e Infraestructura, es bastante usual encontrar cláusulas escalonadas de resolución alterna de conflictos, especialmente en aquellos contratos que tienen cierto nivel de complejidad o que impliquen plazos de ejecución superiores al año calendario. Este tipo de cláusulas también conocidas como “multi-step clauses” o “multi-tier clauses”, contemplan una necesidad de cooperación continua entre las partes contractuales, caracterizándose por establecer una serie de pasos o requisitos previos a la posibilidad de acceder al Arbitraje como método para resolver sus disputas.

El mejor ejemplo en la utilización de este tipo de cláusulas escalonadas o multi nivel, podemos encontrarlo en los contratos FIDIC, cuyo uso para la construcción de obra pública y privada en el ámbito latinoamericano, es cada vez más común. Ello debido a diversos factores, tales como la utilización de financiamiento proveniente del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), así como también a la presencia de grandes empresas constructoras extranjeras, acostumbradas a la ejecución de proyectos bajo esta modalidad contractual.

Definición y Funcionamiento.

En su formulación más sencilla, una cláusula escalonada requiere que, ante el surgimiento de una controversia, las partes agoten una etapa de negociación o conciliación, como requisito previo para poder acceder a la vía arbitral. Ahora bien, existen cláusulas más complejas, que además pueden incluir plazos definidos para la duración de dicha etapa previa, los funcionarios o representantes que deben participar en ella (por ejemplo: CEO's, Gerentes, stakeholders), así como otra serie de aspectos que compete definir a los contratantes.

La activación del procedimiento previsto en este tipo de cláusulas, requiere que la parte que tenga un reclamo sobre algún tema específico surgido durante la ejecución del contrato, le informe a la otra sobre la existencia de la controversia. De esta manera, dependiendo del mecanismo previsto en la propia cláusula, se da inicio a un período donde las partes tienen la oportunidad de resolver la disputa específica de forma autocompositiva o con la ayuda de un tercero designado al efecto (conciliador, mediador, Dispute Board).

La finalidad de esta etapa es brindarle a las partes contractuales la oportunidad de resolver sus posibles reclamos, sin tener que incurrir en los mayores costos financieros que implica el acudir a la vía arbitral. Además, provee un período de "reflexión" que permite evaluar el origen de las controversias, promoviendo una resolución amistosa en tiempo real, sin tener que esperar a la finalización de un eventual procedimiento arbitral. Lo anterior es especialmente útil cuando las partes tienen relaciones comerciales a largo plazo, que desean preservar evitando litigios y costos innecesarios.

Finalmente, es importante mencionar que si bien estas cláusulas ofrecen múltiples beneficios, una posible desventaja puede darse ante la solicitud de Arbitraje de alguna de las partes, cuando se ha incumplido con el procedimiento previo contenido en la cláusula escalonada. Esto se debe a que no existe un criterio unificado entre las jurisdicciones de los diversos países, respecto a los efectos que tal incumplimiento podría acarrear para la competencia del Tribunal Arbitral.

Lo anterior dependerá de varios factores, tales como la redacción de la propia cláusula y la obligatoriedad que haya sido dispuesta en su cumplimiento, como condición sine qua non para poder acceder al arbitraje. (Ver Sulamerica CIA Nacional de Seguros v. Enesa Engenharia, [2012] EWCA Civ. 538). También existe la posibilidad de fijar plazos perentorios para la duración de la etapa de negociación o para efectuar la notificación de reclamo a la otra parte, donde una vez agotado dicho plazo; se podría acceder directamente a la vía arbitral o en el segundo caso, podría darse la caducidad del reclamo al no efectuarse el aviso según lo acordado. (Ver Tekmen & Co. v. Southern Builders Inc., [2005] C.A. No. 04C-03-007 RFS, Delaware. Supr. Ct.).

El caso de Costa Rica.

En el caso particular de Costa Rica, si bien se trata de un tema poco analizado por la Corte Suprema de Justicia, las cláusulas escalonadas de resolución de disputas son ampliamente utilizadas en contratos de construcción de obra pública y privada, donde ya se han dado y se siguen dando múltiples arbitrajes invocando tales disposiciones contractuales.

*una cláusula escalonada
requiere que, ante el
surgimiento de una
controversia, las partes agoten
una etapa de negociación o
conciliación, como requisito
previo para poder acceder a la
vía arbitral.*

Finalmente, la Sala dictaminó que era evidente que las partes contractuales habían plasmado su voluntad expresa de renunciar a la jurisdicción común, por lo que no existía razón alguna para denegar el conocimiento y la resolución del asunto en sede arbitral. Por ende, aunque en este caso específico se dio una interpretación en pro del Arbitraje, lo cierto es que se incurrió en demoras innecesarias debido a la falta de claridad de la cláusula escalonada.

Conclusión:

Los problemas y desacuerdos en el diseño y construcción de obras, forman parte de la cotidianidad de la industria constructiva, por ello, debe insistirse en que la utilización de este tipo de cláusulas ofrece múltiples ventajas para las empresas constructoras y sus clientes, pues determinan una instancia no litigiosa donde las partes del Contrato pueden superar tales inconvenientes. Sin embargo, es vital entender que, independientemente de la jurisdicción donde se ejecuten los contratos, conviene que la redacción de las cláusulas escalonadas y el procedimiento determinado por ellas posean la mayor claridad posible. De esta manera, se pueden evitar confusiones, contratiempos y costos adicionales a los usuarios; lo cual sólo se puede lograr contando con asesoría jurídica especializada en la materia, tanto a la hora de preparar y suscribir el contrato, como a la hora de su ejecución en la realidad cotidiana de las obras, desde su inicio hasta su finalización y recepción definitiva.

Bibliografía:

López de Argumedo, Álvaro. "Multi-Step Dispute Resolution Clauses". Mondaq Spain: Litigation, Mediation & Arbitration (2011)
Disponible en: <http://www.mondaq.com/arbitration-dispute-resolution/117062/multi-step-dispute-resolution-clauses>
(Accesado en fecha 11 de abril 2020).

Vlavianos, George M. and Pappas, Vasilis F. L. "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Conditions Precedent to Arbitration" en The Guide to Energy Arbitrations- Second Edition. London: Global Arbitration Review, 2017. Disponible en: https://globalarbitrationreview.com/chapter/1142626/multi-tier-dispute-resolution-clauses-as-jurisdictional-conditionsprecedent-to-arbitration#_ftn7 (Accesado en fecha 30 de marzo 2020)

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. Resolución No. 00773-2017 de las nueve horas veinte minutos del seis de julio del dos mil diecisiete.



A L D E C

PARA INFORMACIÓN ESCRIBA A: EVENTS@ALDEC-LA.ORG