EL ARBITRAJE EN EL CAMPO DE LA CONSTRUCCIÓN

Dr. Roberto Yglesias Mora
Arbitro

Es el arbitraje en el campo de los conflictos de la construcción de obras una verdadera especialidad arbitral? Es acaso una modalidad de arbitraje al que se le puedan atribuir características propias o elementos particulares? La especialidad y las modalidades en el arbitraje, no son ciertamente algo nuevo: aparte del arbitraje comercial, se reconocen, cuando menos, el arbitraje en seguros, el de consumo, en inversiones, en el transporte marítimo y en propiedad intelectual.

El interés en un arbitraje especializado en el ámbito de la construcción, tiene sustento en las necesidades propias de la actividad de la construcción de obras y en la solución ágil de controversias generadas durante el proceso constructivo, en beneficio no solo del sector de la construcción, sino de todas las partes intervinientes. Nos referimos a una de las actividades humanas e industrias, históricamente más dinámicas y de mayor movilidad económica y social, que ameritan a no dudar, una especial consideración, de frente al mecanismo del arbitraje de controversias. Si el arbitraje pretende fundamentalmente la agilidad y la especialidad en la solución de conflictos patrimoniales, las disputas de la construcción y su necesidad intrínseca de una solución eficaz y rápida, constituyen un nicho natural y consustancial a la razón de ser del arbitraje.

Proponemos aquí una valoración del arbitraje en construcción, desde una triple perspectiva, considerando tres componentes básicos, hacia los cuales se va a dirigir el análisis, a saber:

- 1.) Desde la perspectiva de la materia del conflicto;
- 2.) Desde la perspectiva del Tribunal arbitral y su integración, y,
- 3.) Desde la perspectiva del procedimiento.

Sección Primera.

LA MATERIA OBJETO DEL CONFLICTO.

La materia del conflicto, es la premisa a partir de la que se puede delimitar la ubicación del arbitraje en el campo de la construcción. La constatación de un conflicto en este campo, se logrará, en la generalidad de los casos, con la asociación del conflicto a un contrato de construcción de obras, o bien de un contrato de consultoría para la construcción, a partir de los que se van a generar las diferencias entre las partes que los han suscrito. En el entorno de los contratos de construcción, su constitución y ejecución, existe una considerable actividad y confluencia de intereses, incluyendo el de las partes interesadas, sus abogados, los profesionales de la ingeniería y arquitectura,

proveedores, y, de modo más amplio, el de las asociaciones de profesionales de la ingeniería y la arquitectura. Adicionalmente, se observa que la Administración Pública, a partir de leyes como la de la Contratación Administrativa y de Concesión de Obra Pública, vinieron a agregar más interés a la búsqueda de fórmulas óptimas para la solución de conflictos en materia de construcción.

Al efecto, vamos a considerar los principales componentes, elementos, intereses y circunstancias objetivas que acompañan al contrato de construcción:

a.) Identificada su naturaleza, se debe estimar al contrato de construcción como una especialidad contractual, en atención a sus particularidades y su fisonomía autónoma, no solo por sus fines, sino por sus numerosas y particulares condiciones, propias de esos contratos y por los diversos intereses presentes en el desarrollo de un proyecto constructivo. No es el caso de analizar en detalle aquí las particularidades del contrato o los tipos de contratos de construcción, sino únicamente hacer una referencia general, para centrarnos en el tema del arbitraje en el ámbito de los conflictos sobre la construcción de obras.

Podemos sintetizar un perfil muy básico y solo para los fines de este estudio, advirtiendo lo siguiente:

Se trata en lo fundamental, de un contrato con obligaciones de resultado y no de medios. Las implicaciones de esta noción son relevantes a los efectos del arbitraje, porque exige que ese resultado, es decir la obra final, se encuentre ajustada a lo previsto y pactado por las partes, pudiéndose

afirmar, que una cantidad sustancial de los conflictos, sino la mayoría, se relacionan con problemas derivados de diferencias sobre las características y especificaciones previstas para las obras contratadas.

b.) Por lo general, el contrato de construcción presenta un grado sustancial de complejidad y de detalles, con numerosas estipulaciones técnicas y jurídicas, así como anexos de estudios, presupuestos, planos, anteproyectos, diseños, especificaciones, estudio de suelos, etc. Además, frecuentemente es multiparte, al implicar a una diversidad de sujetos intervinientes con distintas responsabilidades relevantes: Aparte del propietario y del contratista constructor, normalmente se deben incluir profesionales que participan con distintas funciones, grados, responsabilidades y especialidades y en diferentes momentos y áreas del proyecto, como por ejemplo, en la consultoría previa a la construcción y luego en la inspección, supervisión o dirección, obras electromecánicas, etc., durante la fase de ejecución; luego también son usuales las empresas subcontratistas, y, finalmente, los proveedores cuyos materiales y suministros pueden eventualmente ser motivo de conflicto y afectar el producto final construido. De modo que, no solo la contratación resultará compleja en gran cantidad de casos, sino además, la misma ejecución del contrato va producir numerosos eventos y circunstancias, que pueden tener importancia en el futuro proceso arbitral y de las que, por ende, las partes y el Tribunal, deberán tener amplio dominio.

No obstante lo anterior, en la práctica profesional, tanto de los abogados como

de los profesionales en ingeniería, los contratos de obra no siempre reflejan esa natural complejidad y es frecuente, que no se tomen las previsiones contractuales necesarias para prever y atender adecuadamente eventuales problemas serios del proyecto, tanto técnicos como jurídicos. Asimismo, con frecuencia no se registran hechos relevantes de la ejecución contractual, lagunas y omisiones que contribuyen a los conflictos en la construcción y a dificultar su solución¹. Debe existir un esfuerzo conjunto de los profesionales de la construcción y de los profesionales en Derecho de la construcción ², para mejorar los contenidos de los distintos contratos de obra y auspiciar la aplicación de modernos modelos de contratación y subcontratación, para seguridad de las partes y para facilitar su interpretación y ejecución.

- c.) Mención especial merece el contrato de obra pública y que por sus características propias, daría lugar a un modalidad especial dentro del arbitraje de construcción. Como tema primario de interés, se observan algunas controversias sobre la arbitrabilidad en esta materia, debido particularmente a criterios de la Procuraduría General de la República y por los que ha cuestionado el uso de la vía arbitral ³. No obstante,

la posibilidad de arbitrar conflictos derivados de la ejecución de contratos de obra pública, encuentra sustento en varias leyes, entre ellas, la Ley General de Administración Pública de 1978 (art. 27.3); el Código Procesal Civil, artículo 530 infine para el juicio pericial; la Ley de la Contratación Administrativa de 1996 (art. 61); la Ley RAC #7727 de 1997 (art. 18 infine), que establece una autorización genérica para que El Estado sea parte en procesos arbitrales; La Ley de Concesión de Obra Pública de 1998 (art. 4 y art. 3.3. de su Reglamento) y, finalmente, el Código Procesal Contencioso Administrativo del 2006, en su artículo 79, que sin mencionar expresamente al arbitraje, abre la posibilidad para que las partes acudan a mecanismos alternos de solución de conflictos. En la práctica se han dado y se siguen promoviendo arbitrajes en proyectos de obra pública con empresas nacionales y extranjeras, siendo conocida la vieja práctica de las entidades financieras internacionales, al financiar proyectos de obra pública, de insertar un acuerdo arbitral, lo que en nuestro país fue fuente de varios importantes procesos arbitrales ad hoc de construcción de obra pública en las décadas de 1980 y 1990. En la actualidad se siguen presentando arbitrajes en que participan El Estado o sus instituciones, siempre y cuando versen sobre materia

1 Lo anterior pese a la existencia del libro de Bitácora de la obra, en el que se deberían anotar no solo cuestiones técnicas, sino un record cronológico consistente de eventos y problemas importantes de su ejecución, en general, para lo que deberían moderarse las restricciones de uso actuales.

2 La formación de abogados especialistas en la construcción no se debe ver solo como una meta profesional privada, sino que debería considerarse por las escuelas de leyes y el Colegio de Abogados, favoreciendo al derecho de la construcción y la calidad de los servicios profesionales.

3 Cfr. Alvarado Roldán, M., y otros El Arbitraje Administrativo, edit. IJSA, S.J. 2000, p. 106 y sigs. Se ha estimado que la normativa existente es insuficiente para arbitrajes que involucren a El Estado, que no son claras las materias arbitrables, quedando excluidos conflictos de derecho público.

patrimonial y no sobre materias que abarquen potestades de imperio de la Administración Pública. La Sala Constitucional ha mostrado apertura hacia esta modalidad arbitral, si bien resulta conveniente una regulación más precisa para este tipo de arbitrajes ⁴.

El arbitraje en disputas por obras públicas, presenta sin duda una especial importancia por lo complejo y cuantioso de las obras, como es el caso de aeropuertos, puertos, centrales hidroeléctricas, obras viales, y concesiones de obras públicas en general, etc., a lo que se agrega un interés general en ellas, ameritando una mayor atención, tanto desde un punto de vista jurídico-legal, como también por parte de los gremios de profesionales de la ingeniería y arquitectura, así como de las instituciones gubernamentales promotoras de obras públicas.

- d.) Paralelamente se puede constatar el desarrollo de doctrina jurídica especializada en torno a los contratos de construcción, tanto desde el ámbito del derecho civil, como mercantil, así como desde la contratación administrativa, que analizan las distintas modalidades de contratos y sus características ⁵.
- e.) Se cuenta asimismo con diversas regulaciones en el ámbito de la construcción, en su mayoría emitidas

como normas de calidad, de seguridad y sobre el ejercicio profesional de la ingeniería y la arquitectura, emanadas principalmente del CFIA y de instituciones públicas ⁶. Nuestro Código civil mantiene sus antiguas regulaciones sobre el arrendamiento de obras (arts. 1183 a 1195. C.c.)⁷, disposiciones a partir de las que se identifican y advierten principios y reglas particulares aplicables a los contratos de construcción.

- f.) De parte de la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, así como de los tribunales arbitrales locales, se han dado valiosos aportes al estudio de los contratos de construcción, especialmente relacionados con problemas derivados de su ejecución, emitiéndose criterios sobre temas como la equidad, la buena fe contractual, el abuso de derecho, el incumplimiento, el cambio de circunstancias, el reajuste o no de costos, la subcontratación, la intervención de las obras, la cláusula penal, vicios ocultos, etc. temas que, si bien no son exclusivos de los contratos de construcción, han tenido un desarrollo particularmente importante en este campo.
- g.) Se ha dado una profusa producción de dictámenes y opiniones de la Contraloría General de la República en torno a problemas históricamente presentes en la ejecución de contratos de construcción

4 Vid. Voto #1079-93, Sala Constitucional.

5 Vid. Herrera Catena, La Responsabilidad en la Construcción, Granada, 1983; Fernández Costales, El contrato de arquitecto en la edificación, Revista de Der. Privado, Madrid, 1977; Alterini, A. y otros, Contratos de Locación, Buenos Aires, 1994; Rubio San Román, La Responsabilidad en la Construcción, Madrid, 1987, entre otros.

6 La más relevante legislación es la Ley de Construcciones, junto con su reglamento ejecutivo y las legislaciones y reglas urbanísticas.

7 El concepto de "arrendamiento" por servicios de obra o "locación" de obras, actualmente resulta obsoleto y amerita ser sustituido. v.g., por el de contrato de obra.

de obra pública, como por ejemplo en punto a circunstancias emergentes, a variación de costos, al reajuste de precios, a la subcontratación, a ejecución de garantías, etc.⁸

- h.) Se debe además señalar las contribuciones que a nivel principalmente internacional, aportan los profesionales en derecho y sus organizaciones en este ámbito. Existen gremios y asociaciones profesionales de la abogacía de la construcción, que la impulsan como una auténtica especialidad profesional. En ese contexto, el arbitraje se considera una herramienta altamente útil para dirimir los conflictos de la construcción. El ejercicio de la abogacía de la construcción a nivel internacional, constituye en los Estados Unidos una especialidad profesional muy dinámica: son los llamados “Construction Attorneys,” especializados en la elaboración de las más complejas formas contractuales de contratos de obra para grandes proyectos, así como en la atención profesional de los conflictos que generen, existiendo varios miles de abogados especialistas en esa rama profesional. El desarrollo y auspicio de contratos modelo de construcción, ha sido una labor profesional privada muy valiosa tanto de abogados como ingenieros, modelos que brindan claridad y seguridad a las partes, facilitando la solución de conflictos.
- i.) Por su parte, las asociaciones de ingeniería a nivel internacional, han buscado desde hace varios años

mecanismos y fórmulas para la atención ágil y eficaz de los conflictos de obra, al punto que han propiciado vías alternativas al propio arbitraje de construcción (y a la mediación), con fórmulas más rápidas y técnicas, buscando no afectar el desarrollo de las obras. Para ello se ha propuesto modernizar y estandarizar los contratos de obra internacionales para que incluyan mecanismos especiales de solución de disputas, como los denominados Dispute Boards o paneles de expertos o comités técnicos. La Federación Internacional de Ingenieros Consejeros, FIDIC, con sede en Suiza y que es la más importante a nivel internacional, está promoviendo esa alternativa, así como varios contratos modelo para construcción, incluyendo un modelo de subcontrato.

Los Dispute Boards han tenido éxito en países como Inglaterra y los Estados Unidos y consisten en comités técnicos constituidos desde el inicio del contrato y que están presentes durante toda su ejecución. Los miembros del comité ayudan a las partes a resolver problemas que surgen en las obras, tomando decisiones en torno a disputas técnicas. No son árbitros, sino personas conectoras del contrato y de las obras que se desarrollan, pero cuyas decisiones no tienen el valor legal de un laudo arbitral. Los Dispute Board pueden estar revisando las obras periódicamente, recibiendo reportes sobre su desarrollo y emitiendo sus recomendaciones que las partes acatan. Si alguna no es acatada, surge entonces la alternativa de la vía arbitral. La

8 Cabe mencionar la existencia de una sección especializada en la Contraloría y que es la División de Contratación Administrativa, a cargo de la revisión de ese tipo de contratos de obra y una División de Jurisprudencia administrativa en www.cgr.go.cr.

intervención del comité de disputas, tiene por ende las ventajas de ser inmediata, económica, de calidad, resolutive del conflicto, permitiendo preservar la armonía en el proyecto de construcción al disminuir o impedir el escalamiento de los problemas y diferencias entre las partes. La CCI también ha desarrollado con éxito reglamentaciones para constituir y regular los servicios de paneles técnicos para los grandes proyectos de construcción.

Se puede concluir que esta fórmula alternativa, viene a superar algunas limitaciones que ofrece el arbitraje, como es su relativa lentitud para atender disputas de construcción que exigen soluciones ágiles y mientras las obras están en proceso. Como reacción se ha buscado introducir un proceso arbitral de cien días máximo para resolver problemas de construcción, considerando las necesidades propias de este tipo de conflictos⁹. Ciertamente los Dispute Boards, más que sustituir el arbitraje, vienen a ser un complemento conveniente para atender oportunamente disputas y conflictos de índole técnico. No existe en nuestro medio impedimento legal para implementar estos mecanismos de colaboración y solución técnica de disputas, y que resultarían de gran utilidad en la construcción. El Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de C.R., así como la Cámara Costarricense de la Construcción, son protagonistas de primer orden para impulsar este tipo de fórmulas en el medio nacional de la construcción, propiciando la organización de servicios técnicos ágiles de solución de dife-

rencias, en beneficio de la construcción, así como de la sociedad costarricense.

En conclusión, la especialidad del arbitraje de la construcción desde el punto de vista de la materia, proviene de las características propias de los contratos de construcción, de su dinamismo intrínseco, de sus necesidades durante la fase de ejecución, así como de su trascendencia social y económica para la sociedad actual.

Es factible clasificar la materia objeto de un proceso arbitral sobre construcción, al menos en tres categorías básicas: como conflicto jurídico, como un conflicto técnico, o bien como uno mixto. En lógica de principio y de modo abstracto, se podría estimar que para el primer caso correspondería un arbitraje de derecho; para el segundo, un arbitraje en equidad o pericial sumario y para el tercero, un arbitraje técnico-jurídico. Como veremos seguidamente, tales divisiones, que parecieran naturales, resultan polémicas y no han encontrado una clara aceptación en la práctica nacional y tampoco en el arbitraje internacional¹⁰.

Sección II

EL TRIBUNAL.

Con ocasión del anterior señalamiento, se debe advertir que la integración del tribunal arbitral en un conflicto sobre construcción, requiere de la mayor atención.

9 Es un esfuerzo auspiciado por La Sociedad de los Árbitros de la Construcción de Inglaterra, que propicia además procedimientos arbitrales abreviados y el arbitraje "Fast Track".

10 La experiencia internacional es de que solo de un 3 a un 4% de los arbitrajes son en equidad y la regla es que sean de derecho, regla que debemos poner, cuando menos en duda, para el caso del arbitraje en construcción.

De acuerdo con el tipo de arbitraje que corresponda al caso en concreto, así debe integrarse el cuerpo arbitral, lo que, no obstante en la práctica, no siempre ocurre así.

1.) Tipos de arbitrajes y problemática en su definición.

Los tribunales arbitrales en el campo de la construcción, se pueden clasificar, bien como tribunal de derecho o bien como tribunal de equidad. Esta última modalidad genera diversas implicaciones al confluir en ella variables en el significado de lo que puede entenderse por "equidad"¹¹: Conviene tener presente, que la equidad, carece de un significado unívoco, presentando tradicionalmente distintos sentidos, a saber y al menos como: i)Equidad en un sentido técnico y científico; ii.)Equidad de acuerdo con un ideal personal de justicia (sea como virtud moral, como justicia distributiva, conmutativa, proporcional, etc.)¹²; iii.)Equidad basada en la experiencia personal del juzgador, lego en la materia del conflicto y iv) Equidad combinando las anteriores opciones. El carácter polifacético de la equidad así entendido, resulta propicio para generar ambigüedades e imprecisiones al suscribir, interpretar y ejecutar un acuerdo arbitral, y en especial en lo tocante a la integración y designación del Tribunal arbitral que conocerá de un conflicto específico.

Debe tenerse además en cuenta, que un Tribunal de equidad puede estar conformado por legos, prácticos, técnicos, juristas, ingenieros, arquitectos y por profesionales de

otras profesiones. Esta gama de posibilidades puede conducir a la integración de tribunales técnicos, periciales, en conciencia y en justicia para resolver el mismo conflicto, desde esas distintas perspectivas. Se abre así un abanico de opciones en cuanto al tipo de tribunal a designar, que han generado y siguen generando dudas y confusión en la propia naturaleza del conflicto, así como del tipo de Tribunal y tipo de arbitraje a realizar. De allí que sea recomendable y razonable, que, al momento de formalizar el acuerdo arbitral, los interesados tomen las previsiones necesarias para evitar ambigüedades como las señaladas o para poderlas superar en un futuro, de sobrevenir un conflicto entre ellos.

La integración de tribunales mixtos, conformados tanto por abogados como por ingenieros, para conocer un conflicto de naturaleza mixta, sea, para considerar tanto el derecho como los conocimientos técnicos, no ha sido lo usual, a pesar de ser frecuentes los arbitrajes de la construcción con esta doble condición. El llamado juicio pericial o arbitraje pericial y sobre el cual ampliamos más adelante, se cataloga como un arbitraje de equidad, toda vez que el laudo que se dicte no tiene que considerar cuestiones jurídico-legales (arts. 533 y ss. del CPC).

Al hacerse la distinción tradicional entre arbitrajes de equidad y de derecho, tratándose de un conflicto (actual o futuro) sobre una construcción, se debe por lo expuesto considerar que:

11 La equidad, según Aristóteles, es la aplicación de una norma general, pero adaptándola al caso concreto, para hacer justicia, que de otra forma y por su generalidad, la ley ordinaria no logra. En el Derecho también se puede acudir a la equidad, al hacerse aplicación de la ley y para la interpretación de los contratos (arts. 11 y 1023 C.c.).

12 En este contexto, pesarán la jerarquía de valores personales del juzgador y la percepción interna sobre la proporcionalidad en las relaciones inter-humanas. Cfr. Recasens Siches, L., Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, Edit Porrúa, México, 1963. p. 530.

a.) Son las partes, de consuno, las que usualmente determinan desde la génesis del contrato de obra, el tipo de arbitraje a realizar ante un eventual conflicto. Definición que no obstante, usualmente se hace sin tomar las precauciones necesarias. En su defecto, normalmente lo hará el centro arbitral institucional al que se le haya encomendado la administración del proceso. A partir de la firma de dicho acuerdo arbitral, ya desde ese momento, se puede estar sembrando el “pecado original”, que daría pie –de presentarse el conflicto-, a ulteriores problemas e inconsistencias, si no se toman ciertas previsiones: Así, por ejemplo, si se ha pactado un arbitraje de derecho y el conflicto requiere una valoración y una decisión eminentemente técnica, es decir, que la disputa es sobre problemas de ingeniería y no jurídica, pueden surgir consecuencias no deseadas, que comprometan la calidad del servicio arbitral. Por esa vía el arbitraje puede quedar descontextualizado y desnaturalizado: la práctica arbitral se ha encargado de señalar la inconveniencia de acudir al arbitraje de derecho cuando el problema real a abordar, resulta ser a la postre de índole eminentemente técnico, antes que jurídico-legal.

b.) Cuando el conflicto versa sobre un problema técnico de construcción, lo natural y la regla de partida, es que el Tribunal esté integrado por expertos en ingeniería; no se requiere legalmente, la incorporación como árbitro, de un profesional en derecho, pero nada impide que pueda ser así, según se desprende del artículo 20 de la ley de Resolución Alterna de Conflictos (Ley RAC), al no contener una prohibición

legal concreta para que un Tribunal de equidad sea integrado también con profesionales en derecho o incluso por profesionales diferentes a la abogacía y a la ingeniería, lo que a pesar de poder resultar ilógico y contraproducente, no es ilegal (art. 20 Ley #7727). Al tener que fallar en equidad y no en derecho, los árbitros en casos de construcción deberán resolver conforme a las reglas del conocimiento en la materia objeto del conflicto, las que en el ámbito de la construcción, se sustentan en las reglas de la ciencia y de la técnica de la ingeniería. En este contexto, podemos referirnos a un “Tribunal técnico” y a un “arbitraje técnico en equidad”, de forma tal que la equidad se interprete como esencialmente asociada a los conocimientos técnicos y científicos y no a la conciencia, ni al sentido de la buena fe del árbitro, ni a la percepción y sentido de justicia (conmutativa, distributiva, etc.) que tenga el árbitro en su fuero interno, valoraciones que no guardan correspondencia con el tipo de razonamientos requeridos para resolver con acierto problemas de índole técnico constructivo.

c.) Por ello, un Tribunal de Derecho o aún de Equidad, pero integrado por profesionales en derecho, designado para decidir acerca de una disputa esencialmente técnica, encontrará, muy posiblemente, limitaciones para valorar *per se* los hechos del caso y poder dictar un laudo sólido, a no ser que a la vez sus miembros cuenten con conocimientos suficientes en el campo de la ingeniería, como sucedería si el árbitro es también ingeniero o arquitecto, o bien, si uno de los árbitros es profesional

(o versado) en ingeniería o arquitectura. Más adelante ampliaremos sobre esta importante temática.

2.) La presunción legal de la Ley RAC.

Existen otros obstáculos para la integración de un Tribunal arbitral adecuado para atender y resolver conflictos técnicos en materia de construcción: La legislación ordinaria, Ley #7727 de arbitraje doméstico o ley RAC, en su artículo 19, dispone que, de no haber acuerdo expreso entre las partes, se entenderá que el arbitraje es de derecho¹³. A su vez, el Reglamento arbitral del centro arbitral del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA), repitió esa regla¹⁴. Se trata sin duda de una presunción legal que puede ser derogada por las partes mediante acuerdo expreso posterior. La presunción era innecesaria y resulta una ficción, toda vez que al no existir acuerdo al respecto, bastaría con la disposición legal indicando que el arbitraje se tramita, en ese evento, bajo la modalidad de arbitraje de derecho, sin perjuicio de ulteriores cambios o precisiones de las partes.

Conforme a lo considerado, resulta prudencial y más adecuado para el caso de los arbitrajes y conflictos de la construcción, aplicar la regla inversa, de modo que solo de haberse pactado expresamente, el arbitraje sería de derecho y de no ser así, de equidad. De esta forma habría una mejor correspondencia con

la naturaleza de la mayoría de los conflictos de construcción y se reafirmaría el carácter especial del arbitraje de construcción. La desaplicación de esa presunción legal, se podría lograr mediante un reglamento arbitral institucional autorizado por la Dinara¹⁵ y que, para el caso del arbitraje en problemas de construcción y en ausencia de acuerdo de partes, disponga que el arbitraje será técnico en equidad. No encontramos razones de fondo que puedan justificar la imposición de la referida presunción legal en forma general y absoluta, siendo que se trata de materia y conflictos de interés privado¹⁶

3.) El Tribunal de profesionales en derecho ante el conflicto técnico constructivo.

Retornando al caso del Tribunal arbitral integrado por profesionales en Derecho, y que es designado para resolver en derecho o en equidad un conflicto de naturaleza técnica, surgen varias cuestiones a considerar:

- i) El Tribunal que fallará en Derecho pero está ante problemas técnicos constructivos, tendrá en ese evento que acudir a informes y a opiniones periciales para poder abordar el fondo del conflicto; de otra forma difícilmente podrá hacerlo;
- ii.) Aunque esté conformado por profesionales en derecho, el Tribunal así integrado, puede ciertamente resolver

¹³ Por su parte, el artículo 28.3 de la Ley de Arbitraje Internacional, dispone que los árbitros pueden fallar en equidad solo si las partes así lo acordaron.

¹⁴ De igual manera se incorporó esa solución en las fórmulas preimpresas para contratos de construcción y de consultoría, emitidas por el CFIA.

¹⁵ La Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos, es la entidad oficial a cargo de autorizar los centros institucionales, parte del Ministerio de Justicia.

¹⁶ La legislación española de 1988, determina que a falta de acuerdo expreso y si el arbitraje pactado es institucional, el reglamento arbitral podrá definir el tipo de arbitraje a realizar.

una disputa jurídico-contractual en equidad y no en legalidad. No existe impedimento legal para ello, puesto que la equidad también existe como principio jurídico y de convivencia, asociado a ideales generales de justicia, de proporcionalidad y de razonabilidad. Es decir, es factible llegar a una solución en equidad y en justicia en un conflicto jurídico de índole contractual sobre la construcción de unas obras, acudiendo a criterios que no sean técnicos del juzgador (porque no son requeridos en este tipo de casos) y basados en la experiencia e ideas personales sobre la equidad y la justicia aplicadas para el caso concreto, aún desaplicando la ley ordinaria, si bien dejando a salvo el orden público. Tal posibilidad convierte al árbitro en una especie de legislador para el caso, creando su propia solución basada en la equidad. Por ejemplo, podría ser más equitativo y justo al caso particular, acoger el reclamo de pago por una obra extra realizada, que conforme a la legislación ordinaria estuviera caduco, al no ajustarse a los plazos excesivamente breves contenidos en el contrato de una obra compleja. O bien, podría el Tribunal estimar como justo y equitativo, darle validez a la donación de unos materiales o equipos costosos, aunque no reuniera el presupuesto legal de una escritura pública, considerando que ese acto es de interés y naturaleza meramente privados y la equidad aconseja aceptarla.

iii.) Ahora bien, el que Tribunal arbitral conformado por profesionales en derecho

vaya a resolver en equidad una disputa eminentemente técnica pero aplicando criterios técnicos y científicos (para lo que tampoco tendrían impedimento legal) y ya no criterios de justicia general (v.g. aristotélica), nos lleva a una cuestión medular, acerca de cuál es el método, la opción o el sistema más adecuado y racional para laudarse en esas circunstancias y adónde está o más aún, adónde debe estar en esa coyuntura, el interés del arbitraje como institución.

Al pronunciarse por el fondo, los árbitros de derecho tendrían que compensar el desconocimiento en materias técnicas, acudiendo al auxilio de un perito nombrado en el proceso o al de un asesor técnico directo y privado del Tribunal ¹⁷, posibilidades (ambas) que no escapan a polémicas, si se valora con objetividad la conveniencia e intereses de las partes y la mayor eficiencia del servicio arbitral. Llegado a esta medular temática, podemos agregar otras consideraciones: Si los árbitros carecen de conocimientos en ingeniería y para entender el problema y para poder llegar a una solución, dependen sustancialmente del criterio de un profesional en ingeniería, sea éste perito nombrado dentro del proceso o un asesor privado del Tribunal, es poco probable que un Tribunal así conformado, esté en capacidad, por ejemplo, de separarse del criterio técnico emitido por el asesor o perito, lo que lleva a una grave limitación en la valoración y en la decisión del Tribunal, cuya función de juzgar y de juzgar como especialistas en la materia que interesa, podría quedar así desnaturalizada. Se puede afirmar, en tesis de principio, que en esos casos el Tribunal no estará en capacidad

¹⁷ Esta última opción no es recomendable y puede entrañar una violación al debido proceso arbitral, al quedar las partes excluidas de participar de esas opiniones periciales privadas.

para laudar abordando *per se* el fondo de la disputa, al depender en lo fundamental del criterio de un perito externo a los árbitros. Habría asimismo una potencial limitación en las audiencias de pruebas para comprender en todos sus alcances las manifestaciones de testigos peritos y de los mismos peritos del proceso, y por ende para proceder el Tribunal a interrogatorios consistentes. Un Tribunal arbitral en materia de construcción, debe estar familiarizado con conceptos técnicos relativos a la ingeniería y conocer, v.g. cómo operan los servicios de consultoría y todos los preliminares de pre-ingeniería como el presupuesto, los estudios de suelos, movimientos de tierra; tener comprensión de diseños arquitectónicos y de planos constructivos, de cimientos, ruta crítica, órdenes de cambio, obras adicionales, de los cronogramas y para apreciar y valorar experimentos, pruebas técnicas y defectos constructivos o de diseño, etc. Este conocimiento y experiencia directa de los árbitros, garantizaría la calidad del laudo, así como la eficiencia en general del servicio arbitral, activándose esta modalidad arbitral a nivel de especialidad, condición que constituye una característica básica y una finalidad esencial del arbitraje moderno. Se podría afirmar que un Tribunal arbitral cuyos integrantes carecen de formación y de conocimientos especializados sobre la construcción, se acercan al juez ordinario, quien no tiene obligación de contar con conocimientos técnicos en materia de construcción y debe, por ende, acudir al auxilio pericial. Es esa una forma de resolver los conflictos, pero que no corresponde con el ideal arbitral de un juez especialista en

la materia, muy vigente en el arbitraje de conflictos de construcción y pueda así laudar mediante una decisión técnica apropiada e independiente, para la que fue seleccionado y designado. De otra manera, la ventaja del arbitraje sobre el proceso judicial, prácticamente se circunscribiría y reduciría a la rapidez en la solución del litigio.

En similar situación estará un Tribunal integrado solo por ingenieros, si aparte de temas técnicos debe resolver sobre aspectos jurídicos de fondo, dependiendo su valoración de un asesor jurídico externo. Si el Tribunal de equidad debe hacer algunas valoraciones sobre temas jurídicos, v.g. de incumplimientos contractuales, garantías, derechos o de leyes, etc., lo ideal es que un árbitro tenga la condición de profesional en derecho. Esta integración corresponde con lo que hemos denominado como Tribunal mixto, para lo que no encontramos impedimento legal, siempre que esté constituido como Tribunal en equidad .

Ciertamente si el conflicto versa sobre temas técnicos, lo natural y congruente es designar un Tribunal de Equidad, formado principalmente con expertos, y que en este caso serán profesionales en las ramas de la ingeniería o la arquitectura (y según el campo técnico involucrado), lo que conduce a un arbitraje que podría llamarse como técnico en equidad.¹⁸ Todo arbitraje que enfatice lo técnico, se ubica en el campo de la equidad, es decir, los árbitros resolverán el conflicto conforme a su leal saber y entender, debiendo acudir a sus conocimientos técnicos y científicos.¹⁹ Este tipo de Tribunal

18 Esta denominación ha sido causa de polémica y Colombia es uno de los pocos países que la reconoce en su legislación.

19 "En este caso, quien resuelva el asunto no es nombrado por su saber jurídico, sino por ser experto en la rama de conocimiento humano en la cual gira el conflicto. Por ejemplo un ingeniero o arquitecto en aspectos de construcción...". Sala Primera Civil, Voto #614-F-2007

debe contar con una asesoría jurídica; si bien no se ha considerado expresamente en el derecho patrio la obligación de incluir como árbitro a un profesional en Derecho en un Tribunal de Equidad para disputas técnicas, tal posibilidad es muy conveniente, especialmente cuando el conflicto es de naturaleza mixta.

De lo analizado se pueden advertir posibles incongruencias en la designación de un Tribunal para conducir un arbitraje en construcción, como sigue:

- a.) No es congruente constituir un Tribunal para laudar en Derecho, ni constituido por legos en ingeniería, para conocer y resolver un conflicto esencialmente técnico constructivo. Una tal integración resulta inadecuada, aunque no sea ilegal ni tipifique un supuesto de incompetencia (subjetiva), ni el árbitro sea susceptible de recusación, a menos que en el acuerdo arbitral se hubiese hecho la reserva para nombrar un Tribunal arbitral técnico o mixto, para el evento de un conflicto de esa naturaleza.
- b.) No es consistente la designación de un Tribunal de Equidad integrado solo por Ingenieros para resolver, aun sea en equidad, una disputa esencialmente jurídico-legal sobre un contrato de construcción o una disputa de naturaleza mixta.
- c.) Si el conflicto es jurídico y se designó *ab initio* a un Tribunal en Equidad, se puede afirmar, por lo ya expuesto, que los árbitros deberán ser profesionales en derecho y no ingenieros, quienes deberán resolver en equidad aplicada en sentido no técnico, para lo que no

existe impedimento legal. Podría resultar razonable también un Tribunal mixto. En estos casos, los centros arbitrales institucionales deberán estar atentos a la correcta integración del Tribunal.

Es ideal que al pactar el acuerdo arbitral, las partes tomen todas las previsiones y planifiquen en debida forma el tipo de Tribunal a integrar y las condiciones personales de los árbitros para el evento de una eventual diferencia. Una fórmula alternativa que puede evitar ambigüedades y discusiones, sería delegar en el centro arbitral la determinación de ambos aspectos: sea, el tipo de Tribunal, atendiendo a los alcances y naturaleza de la disputa, así como la designa de los árbitros idóneos para integrarlo, de modo que no quede predeterminado y precluido por anticipado por las mismas partes interesadas, la naturaleza del arbitraje y la del Tribunal a designar.

4.) El Tribunal mixto.

En el evento de un conflicto de construcción que presente tanto elementos técnicos como jurídico legales, idealmente se debería conformar un Tribunal integrado tanto por ingenieros como por profesionales en derecho, con una relación de dos a uno, dependiendo si la balanza del conflicto se inclina hacia lo técnico o hacia lo jurídico legal. En la práctica, ni las regulaciones existentes, ni tampoco las partes consideran estas variables y la regla es que el acuerdo arbitral, sea en esos aspectos pactado "a ciegas", al desconocerse la naturaleza del futuro conflicto y sin tomarse por ende, previsiones acerca de la integración del eventual tribunal arbitral y las condiciones que deben ostentar sus miembros. Es conveniente, en ese contexto, que el centro

arbitral institucional tenga la facultad de intervenir y propiciar la integración adecuada del Tribunal arbitral, sin perjuicio de que las partes puedan señalar, como primera opción, al árbitro de su preferencia, preferiblemente de una terna de especialistas propuesta por el centro arbitral.

Si el conflicto de construcción es de naturaleza esencialmente técnica y el Tribunal designado es de derecho porque así venía (inconsistentemente) propuesto desde el acuerdo arbitral o como resultado de la aplicación de la ley RAC, es razonable considerar la posibilidad de que sea integrado tanto por profesionales de la ingeniería y arquitectura como por abogados. Es decir, al menos por un profesional en ingeniería y por dos profesionales en derecho, aunque si el conflicto es técnico, el ideal es a la inversa, sea dos ingenieros y un profesional en derecho. De manera similar se dispondría, según se expuso, si el Tribunal acordado fue de equidad pero el conflicto surgido es de naturaleza mixta, porque incluye disputas tanto técnicas como jurídicas, eventualidad que es quizá la más frecuente. Si el Tribunal es de tres miembros, debería contar al menos con dos profesionales en ingeniería que hagan mayoría y un profesional en derecho, para que el laudo que se dicte sea con resguardo tanto de los aspectos técnicos del caso como jurídico- legales. Igual resultado y garantía se obtendría con árbitros que sean a la vez ingenieros y abogados. Con un Tribunal mixto, se busca garantizar la solidez del laudo tanto desde el ámbito jurídico-legal y procesal, como desde el punto de vista de la ingeniería.

La legislación vigente, no obstante, no está dando suficientes facilidades para la conformación de tribunales mixtos, si bien no

encontramos impedimento legal para hacerlo cuando se trate de arbitrajes en equidad.

5.) Debilidades de la legislación.

La Ley RAC vigente desde el año 1998, en su artículo 20, señala imperativamente que el Tribunal de Derecho debe integrarse exclusivamente con abogados y si es de equidad por cualquier persona, sin requerimiento alguno de profesión u oficio, salvo que las partes pacten otra cosa. Se indica además en esa norma, que el Tribunal fallará en conciencia y según los conocimientos sobre la materia objeto del arbitraje, el sentido de equidad y de justicia de los integrantes. Esta normativa restringe claramente la integración de los Tribunales de derecho a profesionales en este campo. De otra parte, brinda mucha flexibilidad en la integración de los Tribunales de Equidad, al no exigir una capacitación especial de los árbitros, lo que puede conducir al nombramiento de árbitros sin idoneidad. En ese sentido dicha norma resulta inconsistente y potencialmente conducente a propiciar un desempeño arbitral inadecuado. Lo anterior se puede soslayar, según la misma norma, si las partes acuerdan de mejor manera las condiciones de los árbitros al pactar el arbitraje y según sea el tipo de conflicto que se desarrolle, facilidad que no obstante en la práctica no se acostumbra, menos aún si el conflicto ya ha dado inicio. La norma en cuestión señala además que el árbitro de equidad resolverá las controversias en conciencia, "*ex aequo et bono*", es decir, conforme a la equidad y a la buena fe del árbitro, pero además agrega con ambigüedad, que el árbitro aplicará los conocimientos sobre la materia objeto del arbitraje, así como el sentido de equidad y justicia de los árbitros. El legislador confundió

así a los árbitros en conciencia, que no requieren conocimientos especiales y que fallan conforme a su percepción personal de la justicia y a su buena fe (*ex aequo et bono*), con aquellos árbitros de equidad, que no resuelven en conciencia, sino con aplicación de conocimientos especializados de la ciencia y de la técnica, lo que en el ámbito de la construcción, es conducente a la designación de profesionales en ingeniería y arquitectura. Por lo expuesto es recomendable una reforma legal para aclarar esas ambigüedades y redefinir esos conceptos.

6.) Casos.

El que se designen abogados en un Tribunal de Equidad, no implica que deban fallar necesariamente en derecho, llegándose a considerar que un Tribunal de equidad que invoca en su fallo normas legales, no viola necesariamente la equidad ²⁰.

Se ha tenido como bien integrado un Tribunal de Equidad formado por dos abogados y una administradora de negocios, la que fue electa por el Centro arbitral, con lo que se tuvo por cumplido el requisito subjetivo para interpretar que el Tribunal fue realmente de equidad y no de derecho, ²¹ caso que permite referirse a una integración mixta del Tribunal.

Se ha reconocido que los árbitros en equidad no deban apegarse a las normas materiales vigentes que podrían resultar aplicables al caso (Votos #642-F-00 y #154-F-2004, Sala Primera de la Corte Suprema).

Debemos insistir en las condiciones especiales que deben exigir los centros arbitrales cuando se designan árbitros de equidad para arbitrajes de construcción: Es esencial en esos casos mantener un control y una exigencia en las condiciones requeridas para arbitrar y laudar. La capacidad e idoneidad del árbitro de equidad para el caso, es la condición más relevante al momento de la integración del Tribunal arbitral. En el caso de los centros institucionales especializados, su nombramiento no debe en consecuencia depender tanto de un rol o lista, como de la idoneidad y especialidad del árbitro para el caso que interesa, siendo lo ideal contar con árbitros en distintas especialidades de la ingeniería. Se trata de que el árbitro reúna en estos casos los conocimientos idóneos, atestados y experiencia, que lo acrediten como un verdadero experto en la materia que se requiera. Son requisitos subjetivos a seguir meticulosamente en estos casos y por los que deben velar los centros institucionales para garantizar la calidad y eficacia del laudo en este tipo de arbitrajes, particularmente cuando les corresponde realizar la designación (Véase el Voto #614-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema).

7.) El Arbitro Perito.

Cuando el árbitro de equidad es un profesional en ingeniería o arquitectura y debe aplicar sus conocimientos científicos y técnicos en la solución del conflicto, se puede afirmar en términos generales y en lógica elemental, que va a actuar en calidad de perito ²². Esta

²⁰ Cfr. Voto #891-2006, Sala Primera de la Corte Suprema.

²¹ En este sentido cfr. Sala Primera de la Corte Suprema, Voto #891-F-2006.

²² En sentido similar cfr., L. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, en *El Arbitrio de un Tercero en los Negocios Jurídicos*, Edit. Bosch, Barcelona, p. 166.

condición no debe llevar a confusión con los llamados juicios periciales y árbitros peritos, cuyo origen está asociado con el desarrollo histórico del Derecho Mercantil y las prácticas comerciales ²³. El llamado juicio pericial como mecanismo de solución de conflictos, surgió históricamente para atender conflictos muy concretos y simples del comercio y relativos, v.g., a diferencias sobre el valor o calidad de una cosa, o para determinar un defecto específico en una obra. No se previó para discusiones complejas de tipo jurídico- legal, ni contractual. Nuestra legislación procesal civil vigente lo regula (arts. 530 y sigs. CPC), pero al ser su regulación muy similar al arbitraje, aunque más sencilla, su normativa ha perdido aplicación en la práctica, toda vez que los conflictos usualmente tienden a involucrar discusiones contractuales y aspectos técnicos complejos o jurídico legales. Se puede estimar como un mecanismo cercano a un arbitraje de construcción, aunque bien se podría denominar como arbitraje pericial,²⁴ dado que el perito arbitrador tiene plena jurisdicción, quien podrá emitir un laudo vinculante con eficacia de cosa juzgada material. La diferencia fundamental estriba en que en el juicio pericial se resuelven temas muy específicos y simples, sin que el perito arbitrador tenga que emitir pronunciamiento sobre cuestiones complejas, aún sean técnicas y menos se versan sobre cuestiones de interpretación de contratos de obra o sobre incumplimientos contractuales. El árbitro perito no requiere de la asesoría de profesionales en Derecho, confiándose la solución a sus conocimientos

especializados y experiencia en el tema concreto que interesa.

No se trata en consecuencia de una solución basada en una equidad aplicada con sentido axiológico, sino en base a normas técnicas y científicas objetivas.

En el arbitraje se conocen y resuelven temas complejos, aunque sean esencialmente cuestiones técnicas de construcción. Aún en esos casos, difícilmente estarán libres de aspectos jurídicos y de valoraciones e interpretaciones sobre disposiciones contractuales, sin importar para ello que sea en equidad. De allí que es recomendable y prudencial que, antes de catalogar a un arbitraje como meramente técnico, resulte preferible referirse a un “arbitraje de construcción”, denominación capciosa, de origen anglo-sajón, que incluiría todo tipo de cuestiones técnicas complejas así como jurídico-contractuales, que normalmente acompañan a los conflictos de la construcción.

Sección III.)

EL PROCEDIMIENTO.-

- 1.) En términos generales, el arbitraje de construcción ha seguido en Costa Rica los mismos lineamientos procesales generales de la Ley RAC #7727, con algunas variaciones menores en el Reglamento Arbitral del CFIA, pero sin consideración real a la naturaleza particular del arbitraje sobre construcción²⁵.

23 Cfr. FAIREN GUILLÉN, V. ,Temas del Ordenamiento Procesal, T. II, Edit. Tecnos, Madrid 1969, p. 1293 y ss.

24 Fairén, ob. cit. P.1306.

25 Históricamente, la Ley RAC se promulga en 1998 con el auspicio no solo del Poder Judicial, sino también bajo el impulso de sectores empresariales organizados y con la mira principalmente en la solución de disputas comerciales.

En ese contexto, se deben seguir y cumplir las fases y presupuestos del debido proceso arbitral para que el laudo tenga pleno valor y eficacia jurídica legal y pueda ser ejecutado coactivamente, de ser necesario. Para lo anterior, los tribunales de equidad en construcción, deberían contar al menos con un profesional en Derecho como miembro, o cuando menos con un asesor jurídico ²⁶.

- 2.) Es recomendable para el Centro arbitral institucional, aplicar un especial cuidado durante la fase prearbitral, con el requerimiento arbitral, pues allí puede detectar si la materia objeto del conflicto es técnica, jurídica o mixta, para que pueda tomar las previsiones del caso, y eventualmente reorientar la integración del Tribunal. También en esta etapa se puede detectar y lo puede hacer también el Tribunal en su caso y las mismas partes, si existe necesidad de acumular reclamos o procesos o de consolidar causas derivadas del mismo proyecto constructivo, para designar un mismo Tribunal arbitral y se dicte un solo laudo. Lo anterior considerando que en obras complejas, se pueden suscitar reclamos distintos, involucrando contratos y subcontratos, cuya consolidación es prudencial.

La experiencia local sugiere la necesidad de que los centros institucionales tengan más injerencia y supervisión en esta fase y contribuyan más activamente en la ejecución adecuada y oportuna de los actos prearbitrales.

- 3.) Es esperable que la prueba pericial de ingeniería o arquitectura que se

ordene, sea en estos casos objeto de un cuidadoso tratamiento, tanto por las partes, como por el Tribunal, así como por el mismo Centro arbitral. Es indispensable que el Tribunal ponga especial cuidado en la evacuación de esta prueba, resultando recomendable lo siguiente:

- a.) Contar con un listado cuidadoso y actualizado de peritos experimentados y organizados por especialidades de la ingeniería y arquitectura;
- b.) La determinación de la materia objeto de la pericia, para identificar el tipo de experto a designar;
- c.) La delimitación precisa de los aspectos puntuales sobre los que interesa la opinión pericial. En este sentido, el Tribunal debe tener un rol pro-activo, colaborando con las partes, dirigiendo y precisando los temas concretos de la pericia. La tendencia moderna, especialmente en este tipo de arbitrajes, es una actuación consistente y decidida del Tribunal, con miras a la identificación y determinación *per se* de la verdad real sobre el problema técnico surgido. El perito es un auxiliar del Tribunal y debe estar subordinado a sus instrucciones y ajustarse a los plazos que se le confieren. En este sentido es deseable una cercanía entre el Tribunal y el perito, sus actuaciones y su labor en general.
- d.) Se ha de procurar el nombramiento de un perito idóneo, para lo que el Tribunal y las partes deben conocer previamente sus

²⁶ La figura de un "Secretario" de Tribunal puede cumplir con esta finalidad.

- atestados, formación y experiencia y coordinando preferiblemente su designación con el Centro arbitral ²⁷.
- e.) Dado que las regulaciones arbitrales permiten celebrar una audiencia para escuchar e interrogar al perito y a su vez las partes pueden en esa oportunidad conainterrogar con auxilio de sus propios consultores técnicos, se deberá organizar dicha audiencia con cuidado, definiendo los alcances de la participación de las partes y sus asesores, para resguardar el debido proceso, el orden y el equilibrio procesal.
- f.) El Tribunal debe estar en capacidad de revisar el informe técnico y pedir aclaraciones y correcciones y no solo las partes.
- 4.) Se ha discutido si el mismo Tribunal arbitral de equidad cumple el rol de perito o peritos del proceso en aquellos extremos del conflicto que requieran una opinión pericial. Está facultado el Tribunal emitir criterio propio en aspectos periciales, sin tener que acudir a un perito del proceso? La respuesta afirmativa es procedente, toda vez que si un Tribunal en equidad puede disentir y separarse de la opinión técnica de un perito del proceso acudiendo a sus propios criterios como expertos en ingeniería, podrán por consiguiente resolver el diferendo con fundamento en sus propios criterios técnicos y sin necesidad de designar a un perito en la materia, en la que el Tribunal es también perito. Tal posibilidad ha sido avalado al menos en una ocasión por la Sala Primera de la Corte Suprema ²⁸, estimándose que no hubo violación al debido proceso arbitral. Puede resultar polémico que los árbitros como expertos en temas de ingeniería o arquitectura, resuelvan directamente en el laudo temas técnicos constructivos, sin contar las partes formalmente con la posibilidad de contradecir los argumentos técnicos del tribunal y que de haber existido un informe pericial separado, de un perito del proceso, habría sufrido el trámite usual de audiencia a las partes, con posibilidad de aclaraciones y adiciones. Ciertamente, cuando el Tribunal es de expertos en construcción, estarán capacitados para comprender y decidir per se sobre los aspectos técnicos debatidos, sin necesidad, usualmente, de acudir a terceros peritos. Similar situación se presenta con el árbitro perito del juicio pericial, que resuelve sin necesidad de designar a un perito, porque ya él lo es. El artículo 53 de la Ley RAC dispone que el nombramiento de peritos será facultativo para el Tribunal, de modo que, y aunque una parte lo haya propuesto, si el Tribunal es experto en el “*thema probandi*”, tiene la posibilidad, aunque no la obligación, de declinar el nombramiento de otros expertos. La cuestión puede parecer polémica, pero igual ocurre con los tribunales de derecho, en el que los árbitros son expertos en la materia y no requieren de un perito que sea experto en temas jurídico-legales.

27 La idea de que el Centro institucional no debe participar en el nombramiento del perito, ni en la determinación de ternas, ni formación de listas, usualmente conlleva inconvenientes y atrasos para el Tribunal.

28 Así se admitió en el Voto #614-2007 de la Sala Primera, al considerar que: “*Es cierto que el Arbitro fungió de manera análoga a la de un perito, pero al ser de equidad, dicha función estaba dentro de su competencia, porque debía verter un criterio... de acuerdo a su conciencia y a su conocimiento profesional. Considerara...las obras edificadas...su valor y...emolumentos.*”

5.) El Juicio Pericial regulado en nuestra legislación procesal civil vigente (arts. 530 y sigs.), propone un mecanismo más simple y breve al del arbitraje de la Ley RAC, pero igualmente el Laudo que se dicte goza de eficacia de cosa juzgada material, de modo que este proceso constituye una modalidad de arbitraje que busca dirimir temas muy concretos y en forma más ágil que en el arbitraje ordinario. El experto designado podrá, v.g., estimar el valor de una cosa, el justiprecio para una expropiación, constatar la calidad de materiales, el estado de una obra o sus defectos, etc. No le corresponde al árbitro perito emitir criterio sobre aspectos de derecho. Si bien la ley no establece en concreto el procedimiento a seguir por el árbitro -y son las partes o la ley especial y en su caso, quienes deberán definirlo-, resulta procedente la aplicación, al menos en forma elemental, de los principios del debido proceso arbitral, en consideración a que la misma legislación permite a las partes acudir al recurso de nulidad del Laudo²⁹. Por lo anterior, es conveniente, aunque no obligatoria, la asistencia de un asesor jurídico para el árbitro perito. La ley vigente de Expropiaciones de 1995, en su artículo 27, autorizó expresamente a los interesados a fijar el justiprecio de una expropiación de bienes particulares, mediante el referido arbitraje pericial, diferenciando con cuidado si la disputa es *“...sobre la naturaleza, el contenido, la extensión o las características del*

derecho o bien por expropiar...”, en cuyo caso, *“...la discrepancia se resolverá antes de determinar el justo precio, mediante un arbitraje de derecho...”*.

El árbitro perito, es un árbitro de equidad y no requiere fundamentar su decisión, pero si deberá ser expresa y categórica (art. 533 CPC). Esta normativa confirma la posibilidad de que el Estado y sus instituciones se sometan no solo a arbitrajes de derecho, sino también de equidad.³⁰

Esta modalidad arbitral se ha aplicada escasamente en el país, a pesar de tener un evidente potencial³¹, y no obstante contar con una legislación procesal que la avala. Coincide en alguna medida con los procesos arbitrales sumarios de construcción en el ámbito internacional, relativos a problemas simples o de montos bajos, como el *“Fast Track Arbitration”* de la AAA, o los Procesos Arbitrales abreviados, en las reglas inglesas de la CIMAR.

Para los centros institucionales nacionales y para el país, sería de gran utilidad la implementación formal y organizada de esta modalidad arbitral pericial para los fines indicados, siendo que se cuenta con respaldo legal suficiente en nuestro Ordenamiento Jurídico³².

6.) La implementación de las regulaciones modelo existentes para el arbitraje de la

29 Aunque el art. 533 CPC remite al derogado artículo 526 CPC, no existe laguna legal, al estar regulado el recurso de nulidad en la Ley RAC.

30 Posibilidad que la legislación permite, pese al principio de legalidad que rige las actuaciones de El Estado.

31 Su aplicación principal se ha dado en casos de expropiaciones de fincas.

32 La misma normativa histórica del CFIA contempla la figura del perito en ingeniería para dirimir conflictos y al árbitro experto, por lo que es compatible y natural a dicha entidad, la organización en base a esa legislación, de un servicio de arbitrajes sumarios periciales en ingeniería y arquitectura, diverso al de los arbitrajes que administra en la actualidad.

construcción, puede resultar apropiado, en especial considerando el campo del arbitraje internacional.

Una de las principales regulaciones de este tipo se identifica como las reglas CIMAR (Construction Industry Model Arbitration Rules) del año 1998, auspiciadas por la Sociedad de Árbitros de la Construcción de Gran Bretaña, a las que se han adherido numerosas asociaciones profesionales de ingeniería y arquitectura. Esta organización plantea además un arbitraje de no más de cien días de duración. Esa normativa modelo, busca dotar al árbitro de suficientes potestades para llegar a la verdad real de la disputa y de la que se pueden destacar los siguientes aspectos:

El árbitro cuenta con poderes para designar expertos, nombrar asesores para que lo asistan en materias técnicas, puede dirigir inspecciones, hacer fotografías, conservar cosas o darlas en depósito o custodia a peritos y partes; puede ordenar pruebas técnicas de todo tipo, observar experimentos, ordenar la conservación y no alteración de trabajos, cosas o materiales. Asimismo puede consolidar procesos arbitrales por iniciar o en curso, relativos a distintos aspectos del mismo proyecto constructivo. Puede determinar cuáles documentos y clases de documentos deben mostrar las partes y cuándo. Determinará si los procedimientos serán orales y puede de oficio determinar los hechos relevantes. Determinará los plazos para que sus órdenes o directrices sean cumplidas por las partes.

Proceso Abreviado: Cuando la materia en disputa se puede determinar por el árbitro inspeccionando los trabajos, los materiales

o la maquinaria o similar, se prescinde de audiencias de pruebas y se lauda con base en documentos y declaraciones escritas.

Proceso Plenario: Se aplica a casos de construcción complejos, con peritos y audiencias orales.

El árbitro podrá notificar a las partes un borrador o proyecto de laudo o parte de él, para que hagan comentarios. Si el árbitro no ordena pruebas adicionales, emitirá el laudo final

Finalmente, el árbitro podrá darle seguimiento al cumplimiento del laudo, o instruir a una persona con poderes suficientes para que lo haga, asegurando el cumplimiento de lo resuelto.

Por su parte, la Asociación Americana de Árbitros (AAA) de los Estados Unidos, también ha propuesto reglas modelo para arbitrajes de construcción, distinguiendo si se trata de cuestiones simples o de montos bajos o no (Fast Track arbitration) o disputas complejas de construcción, en cuyo caso se acude a un procedimiento más detallado.

CONCLUSIONES GENERALES.-

- 1.) Los árbitros designados para resolver un conflicto técnico en el campo de la construcción, requieren de condiciones particulares de idoneidad, de conocimientos y experiencia, para garantizar tanto la solidez y eficacia del laudo, como la calidad en general del servicio arbitral. Los profesionales de ingeniería y del derecho que participen de procesos arbitrales, deben contar con la preparación y experiencia adecuadas para ello, estando llamados los gremios y colegios profesionales a promover su capacitación.

- 2.) El tipo de Tribunal arbitral que se constituya, de derecho, de equidad o mixto, debe estar en función de los alcances del conflicto de construcción planteado y los interesados deben tomar las previsiones necesarias al suscribir el acuerdo arbitral, o delegar, preferiblemente, en el centro arbitral institucional la determinación del tipo de arbitraje y de Tribunal, así como las condiciones personales de sus integrantes.
- 3.) La legislación vigente y las regulaciones arbitrales institucionales, fueron concebidas para el arbitraje comercial. Es plausible la revisión de esas regulaciones arbitrales por aquellos centros arbitrales interesados en desarrollar una especialidad arbitral en este campo, de tal forma que respondan idóneamente a la naturaleza del arbitraje en construcción y sus necesidades.
- 4.) No se ajusta a la realidad del arbitraje en el campo de la construcción, la previsión legal de la Ley RAC, por la que se asume que el arbitraje se pactó en Derecho, salvo pacto expreso en contrario. La regla para el arbitraje en construcción debe ser la inversa y, más aún, es plausible que esa determinación tenga lugar hasta que inicie la fase prearbitral, durante el requerimiento arbitral.
- 5.) Es congruente y se debe impulsar la conformación de Tribunales mixtos en los arbitrajes en el campo de la construcción, sea tanto con profesionales en ingeniería como en derecho, de modo que se habilite un tratamiento mixto al conflicto, dando como resultado un proceso y un laudo más acorde con la naturaleza de la mayoría de los conflictos de la construcción. Es decir, que exista la posibilidad de que el Tribunal no sea solo de Derecho, ni solo de Equidad, sino que se abra una tercera opción, permitiendo que los árbitros del Tribunal estén capacitados y facultados para comprender sobre las disputas, tanto técnicas como jurídico legales, sin afectar que unos árbitros lo estén en una área y otros en otra.
- 6.) Las reglas modelo que se han sugerido a nivel internacional para arbitrajes en construcción, permiten adaptar mejor los procedimientos arbitrales a la realidad del conflicto planteado, siendo plausible hacer diferencias en ellos según la gravedad y complejidad del conflicto. Además, por esa vía se puede brindar mayor claridad y certeza a las partes en un conflicto de construcción, tanto nacional como internacional.
- 7.) La implementación de los paneles de expertos (Dispute Boards), así como del llamado arbitraje pericial contemplado en el Código Procesal Civil, no encuentran impedimento legal alguno y su aplicación en el sector de la construcción debe ser bienvenido.
- 8.) La suma de estas consideraciones y conclusiones, arroja como resultado la necesidad de abrir espacio a una modalidad particular de arbitraje, que permita atender y resolver más adecuadamente los conflictos en el campo de la construcción.

San José, Costa Rica, 30 de mayo del 2012.