

# No Litigue: Negocie

*Traducción libre de un artículo publicado por CIVIL ENGINEERING CO. Diciembre 1990*

En el antiguo Oeste, la resolución de las disputas se encontraba, a menudo, en el extremo del cañón de un revólver. Actualmente, llevar al adversario a la Corte se ha transformado en el modo norteamericano de resolver los desacuerdos. Pero el litigio resulta costoso, las Cortes, frecuentemente, están sobrecargadas de casos y normalmente no hay ganadores. A causa de ello, la industria de la construcción se está volcando hacia Métodos de Resolución de Disputas (Dispute Resolution Methods - ADR) alternativos y creativos para solucionar las controversias de manera más pacífica.

En 1970, el Estado de Nueva York aceptó propuestas por una suma de 25 millones de dólares para construir la Corte del Condado; los trabajos debían terminarse a fines de 1973. Sin embargo, durante la construcción, las condiciones del lugar cambiaron y el trabajo insatisfactorio de algunos contratistas y ciertos errores de diseño atrasaron la fecha de entrega de los trabajos en dos años y elevaron los costos a más de 30 millones, cinco millones más de lo presupuestado al comienzo. Los costos adicionales fueron aprobados a través de las órdenes correspondientes.

A nadie sorprendió el hecho de que surgieran reclamaciones y contrarreclamaciones de todas las partes involucradas, cuando el trabajo terminó. El propietario —el gobierno del condado— estaba insatisfecho con el rendimiento del contratista y asumió los costos de los trabajos de reparación realizados por otros contratistas que se contrataron para mejorarlos. Por su parte, tres de los cuatro contratistas originales, plantearon reclamaciones contra el condado por la suma de 25 millones de dólares, aduciendo demoras e interrupciones en la realización de su trabajo.

Durante varios meses se llevaron a cabo negociaciones y discusiones, pero las partes involucradas fueron incapaces de resolver la disputa. En 1976, se inició un litigio que no concluyó hasta 1988, bajo la forma de una conciliación. Ninguna de las partes deseaba ir a juicio, pero se perdieron 12 años y millones de dólares para prepararlo.

¿Alguien ganó? No. El condado pagó 4 millones de dólares para resolver todas las reclamaciones pendientes; gastó otros 4 millones en expertos y consultores externos; y finalmente estuvo de acuerdo en dejar caer sus contrademandas. Mientras tanto, cada uno de los contratistas incurrió en sus propios costos legales que alcanzaron a una buena parte de los 4 millones de dólares eventualmente recobrados, los que sirvieron para pagar los honorarios de sus abogados.

Escenarios de disputas como este, en el campo de la construcción son a menudo la regla más que la excepción. Parte del problema es, simplemente, la naturaleza misma del negocio de la construcción. Los problemas pueden originarse a partir de diferentes causas: expectativas no realistas, requisitos de un proyecto que no se cumplen, falta de control de calidad, falta de fondos, honorarios inadecuados de los arquitectos (especialmente en el sector público) y falta de mano de obra calificada; son todos factores que contribuyen a generar disputas. Y cuando empieza un litigio, es frecuente que el demandante gaste más del 25% del monto en disputa para cubrir los gastos del proceso.

Sin embargo, existen normas institucionales que pueden considerar acuerdos entre las partes como resultado de una negociación directa entre ellas. Las agencias públicas, como en el caso de la Corte del condado de Nueva York, pueden solicitar a una tercera parte que tome las decisiones en caso de disputa. Pero esa tercera parte no debe ser una corte de justicia. Esta posibilidad ha dado origen a métodos alternativos de resolución de disputas (ADR) los que son crecientemente aceptados para evitar los altos costos del litigio.

## LOS ADR. DESCRIPCION SUMARIA.

Una alternativa al litigio, que se ha utilizado desde hace más de cien años, es el tradicional arbitraje. Muchas organizaciones, incluyendo la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), está promoviendo actualmente otros métodos ADR que son voluntarios y no antagónicos. Las partes en conflicto se están volcando cada día más hacia estas técnicas conciliatorias. Veremos las más conocidas.

\* **Negociación.** Formas comunes de negociación son, por ejemplo, una audiencia preliminar voluntaria o un juicio preliminar obligatorio. Estos procedimientos constituyen extensiones de las negociaciones iniciales entre partes en conflicto, pero son conducidas por nuevos abogados o

representantes que se nombran especialmente para ello. Si no se tiene éxito, pueden continuar hasta el "logro final" de un juicio preliminar bajo la dirección de un juez. Sin embargo, el acuerdo o resolución sólo puede lograrse por mutuo acuerdo de las partes involucradas.

**\* Mini-juicio.** Esta técnica ADR puede ser voluntaria u ordenada contractualmente. Un mini-juicio puede describirse como un "procedimiento de acuerdo estructurado" en el cual cada uno presenta su caso frente a asesores neutrales o ejecutivos de cada una de las partes involucradas en la disputa. Se han desarrollado varias normas y formas y la AAA, entre otras organizaciones, ha formalizado este procedimiento. También el mini-juicio es utilizado por el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de USA, en el caso de casos complejos donde se involucran varias partes. Esta técnica se utiliza, comúnmente, cuando las partes reconocen que modernizando el proceso de resolución de la disputa pueden, con mayor probabilidad, alcanzar una solución que resulte comercial, en lugar de acudir a la Corte y utilizar la normativa legal para lograr sus propios intereses.

**\* Juntas revisoras de disputas sobre contratos.** Una Junta que revise la disputa (DRB) se crea por un acuerdo contractual entre las partes involucradas y, normalmente, está constituida por tres miembros. El propietario y el contratista seleccionan, cada uno, un representante; el tercer miembro es seleccionado, a su vez, por los otros dos miembros. Sin embargo, los tres deben ser aceptados por ambas partes. Al iniciarse los trabajos o la obra se constituye la Junta y se establecen sus bases regulares de funcionamiento. Las partes que han firmado el contrato le proporcionan a la Junta, regularmente, informes que la mantienen al tanto del proceso de construcción. La propia Junta decide cuando las partes son capaces de resolver una disputa que surja a lo largo de dicho proceso.

Cuando estas surgen, son sometidas a la Junta con la debida documentación. Se realizan luego presentaciones y argumentaciones. Después, la Junta propone recomendaciones no obligatorias que son incorporadas a los registros del proyecto.

Este solo hecho es ya un aliciente suficiente para aceptar o llegar a un acuerdo en torno a una disputa, previamente a la formalización de las recomendaciones de la Junta. Sin embargo, hay que tener presente que la aceptación de las recomendaciones es siempre voluntaria.

**\* Contrato de un juez.** Como lo indica el nombre, este procedimiento involucra a un juez (normalmente se trata de un magistrado jubilado) que preside un litigio privado. Las partes someten su disputa a este juez ya sea para que él proponga recomendaciones o adopte decisiones obligatorias para las partes.

**\* Mediación.** Una de las técnicas ADR más ampliamente utilizada es la mediación, la cual es, simplemente, la extensión de una negociación entre dos o más partes en disputa pero con la presencia de un mediador. Este representa voluntariamente a las partes y dirige —pero no dictamina— la negociación.

El proceso es voluntario desde el principio hasta el final y las partes retienen el control de la divulgación de cualquier dato o información. El mediador simplemente actúa como un catalizador del acuerdo entre las partes. Estas, con el proceso de mediación, no tienen nada que perder y sí mucho que ganar. Si la mediación falla, las partes demandantes no han cedido ninguno de los derechos u opciones que tenían antes de comenzar el proceso. Si tiene éxito, habrán ahorrado tiempo, energía y dinero.

Otras técnicas ADR incluyen el nombramiento de expertos en resolución de conflictos y otras variaciones en torno al viejo tema del arbitraje obligatorio y no obligatorio.

## LAS ADR EN ACCION

¿Cómo se desarrolla un caso real de ADR? No hay reglas generales y ninguna de las técnicas constituyen soluciones genéricas para las disputas en el campo de la construcción. Algunas aplicaciones resultan exitosas; otras no.

Una reciente, y particularmente compleja, fue un mini-juicio que incluyó reclamaciones de contratistas y subcontratistas por un monto de 14 millones de dólares; se alegó el diseño incompleto de un proyecto gubernamental cuyo valor era de 64 millones de dólares.

Después que las negociaciones se empantanaron, las partes firmaron un acuerdo para llevar adelante un mini-juicio. La clave en este caso, como lo es en la mayoría de los mini-juicios, fue que ninguna de las partes fue representada por personas que estuvieran demasiado involucradas en el

proyecto de construcción. De esta manera, ninguno de los representantes tenía intereses creados en relación a las posiciones que se enfrentaron.

El procedimiento duró cinco días durante los cuales se presentaron testimonios, interrogatorios, exámenes cruzados de evidencias e impugnaciones. La informalidad del proceso es lo que le da su sello. Los responsables de las decisiones fueron participantes activos; el panel de jueces interrogaba a las personas presentes en la audiencia para confirmar o comentar afirmaciones hechas por los testigos; y cada vez que fue necesario se encargaron, públicamente, tareas de investigación. En 30 horas de proceso se obtuvo el material que, por procedimientos legales tradicionales, habría tardado semanas en obtenerse. Después de tres días de presentación del caso y dos días de negociación, se logró un acuerdo.

El segundo estudio de caso se relaciona con una disputa surgida a raíz de la construcción de un garage y estacionamiento por un monto de 12 millones de dólares. El propietario, una agencia pública, firmó originalmente contratos separados con varios contratistas.

El contratista general demandó al propietario por 500 mil dólares. Además, el contratista encargado de los trabajos a realizarse fuera de la obra también demandó al dueño por 450 mil dólares, demanda que incluía la interpuesta por dos subcontratistas y que se refería a reclamaciones por trabajo extra y compensación por tardanza. Sin embargo, el propietario interpuso una contrademanda contra el contratista general por un monto de 300 mil dólares más la pérdida de ingresos y compensaciones por demandas interpuestas por los contratistas encargados de los trabajos realizados fuera de obra; estos no fueron cuantificados pero habrían sido substanciales si se conseguían. En total, las demandas y contrademandas totalizaban 1.25 millones de dólares.

Al final, las partes optaron por la mediación. Los tres demandantes, así como los dos subcontratistas y la firma de ingeniería/arquitectura fueron incluidos en el proceso. Todas las partes fueron representadas en un consejo y el proceso de mediación demoró tres días.

Cada una de las partes hizo una breve presentación de su posición, algo similar a un informe de apertura de sesiones. Previamente a esta primera sesión, el mediador había recibido informes sumarios que contenían varios antecedentes: contratos, planos, fotos, etc., de cada una de las partes involucradas. Después de la primera reunión, se realizaron reuniones separadas con cada una de las partes. También se realizaron reuniones periódicas conjuntas de distinta duración. A veces, las reuniones se hicieron para discutir un solo tema separadamente con cada una de las partes y a veces para resumir el progreso en distintos temas.

La mediación en el ámbito de la construcción generalmente implica la realización de varias sesiones que se realizan separadamente con cada una de las partes involucradas. A diferencia de una audiencia de arbitraje, la mediación puede implicar períodos de espera para lograr nuevos acuerdos con el mediador. Durante esos períodos de espera, se pueden discutir otros temas e incluso lograr acuerdos en otros aspectos. Tal fue la situación en el caso que se describe; se lograron acuerdos entre el propietario y la firma de ingeniería/arquitectura sobre temas que no formaban parte de la disputa presentada ante el mediador.

Debido a que el representante del propietario no podía comprometerse a una resolución sin la aprobación de la junta, la disputa no pudo resolverse durante el proceso de mediación. Sin embargo, se estableció una fórmula de acuerdo la que fue aprobada, después, por la junta directiva. Dicha fórmula contenía tres elementos:

- \* El contratista encargado de los trabajos fuera de obra redujo su reclamación y desistió de su demanda por retardo.

- \* El acuerdo con dicho contratista también especificó el monto a pagar a los dos subcontratistas.

- \* El contratista general dejó caer su reclamación por trabajo extra a cambio de concesiones

específicas que incluían la exención inmediata del pago por ciertos trabajos anteriores, el reconocimiento de ciertas órdenes de trabajo extra y un desistimiento de la demanda por retardo por parte del dueño. El costo total de la mediación para las partes no alcanzó a los 5 mil dólares.

## UN ESFUERZO VALIENTE

Las ADR no siempre tienen éxito, especialmente si las partes que están presentes en un procedimiento no tienen la autoridad suficiente como para aprobar acuerdos en el acto. Tal fue el caso de una demanda interpuesta por un contratista por el monto de 90 mil dólares. El motivo: trabajo extra realizado con el objeto de impermeabilizar la albañilería exterior de un edificio de apartamentos perteneciente a una cooperativa. La cooperativa interpuso una contrademanda por 200 mil dólares alegando trabajo defectuoso. La AAA refirió el caso a una mediación, después de que el arbitraje no dió resultado. Ninguna de las partes tenía experiencia en materia de mediación, pero debido a la naturaleza franca y sincera de la disputa, se intercambió información sobre los hechos en cuestión en una sesión que no alcanzó a durar un día. Evidentemente, había sólidos fundamentos como para que la cooperativa retuviera el pago, desde el momento en que el trabajo no fue realizado como se había pedido.

Sin embargo, las especificaciones del proyecto no fueron lo suficientemente claras como para identificar el alcance total del trabajo. El propietario, en un intento por disminuir el costo de la impermeabilización, había realizado una especificación dudosa del rendimiento exigido, realizada en lenguaje vago, como por ejemplo "al grado que sea necesario". La impermeabilización del edificio no tuvo éxito ya que las paredes continuaron filtrando humedad. Pero muchas de las filtraciones se podían atribuir a causas ajenas al trabajo del contratista.

Además, el dueño de la cooperativa contrató a una segunda firma, la que no sólo rehizo áreas trabajadas por el contratista original sino que realizó trabajo adicional que no estaba contemplado en el contrato inicial. Y eso fue incluido por el propietario como parte de la contrademanda.

Repentinamente, durante la sesión conjunta de audiencia de la mediación, el contratista ofreció abandonar la demanda si el propietario hacía lo mismo. Tal oferta para resolver el conflicto sorprendió a todo el mundo, incluyendo al propio abogado del contratista. Los elementos que se manejaron durante la mediación indicaban que el contratista tenía derecho a un monto nominal por trabajo contratado ya terminado, pero que no tenía derecho a cobrar trabajo extra.

Se logró un acuerdo en el sentido de que ambas partes podrían abandonar la demanda. Sin embargo, los representantes de la cooperativa señalaron que ellos sólo podían limitarse a recomendar esta solución a la junta directiva.

Justamente este caso es considerado como un ejemplo de mediación fracasada porque la proposición fue rechazada por la junta directiva. El fracaso de la mediación, en este caso, ilustra muy bien un punto que resulta clave: si el dueño hubiera estado representado en el proceso de mediación por alguien que tuviera la autoridad necesaria, la disputa se podría haber resuelto.

Como información adicional, se puede señalar que en este caso se realizó un proceso de arbitraje, un año después que fallara la mediación. Después de un día de audiencias, la disputa se resolvió con una fórmula que no difería esencialmente de la que se había propuesto un año antes, como resultado de la mediación.

Las partes que recurren a un proceso de mediación no tienen nada que perder y sí mucho que ganar: si la mediación falla, las partes no han cedido ninguno de los derechos u opciones que tenían antes de planteado el proceso.

POR: Frank Muller