

PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN TEMPRANA DE CONTROVERSIAS

Negociación, Mediación y “*Disputes Boards*”

Christian Díaz Barcia
Congreso Internacional de Derecho de la Construcción
Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 10 de noviembre de 2017

Agenda

- Introducción
- Disputas en la industria de la construcción
- Enfoques del conflicto
- Negociación
- Mediación
- “*Dispute Boards*”

“Se encuentra mayor satisfacción en el consenso que en la victoria” Violeta Chamorro

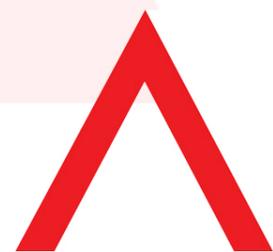
“La cortesía es un signo de dignidad, no la sumisión” Theodore Roosevelt

“La paz comienza con una sonrisa” Madre Teresa de Calcuta

“La violencia crea más problemas sociales que los que resuelve” Martin Luther King

“El único medio de vencer una guerra es evitarla” George Marshall

“Se dice que nuestro enemigo es nuestro mejor maestro. Al estar con un maestro, podemos aprender la importancia de la paciencia, el control y la tolerancia, pero no tenemos oportunidad real de practicarla. La verdadera práctica surge al encontrarnos con un enemigo” Dalai Lama



El conflicto es inherente al ser humano

Formas inefectivas de tratar el conflicto

- Conquista
- Evitación
- Complacencia
- Curitas
- Regateo
- Jugador de un rol

Estructura del conflicto: Persona – Problema – Proceso (duro con problema y proceso, suave con las personas)

Forma efectiva (colaborativa): OPORTUNIDAD !!!

El conflicto: posiciones vrs. Intereses

Posiciones: El qué? (punta del iceberg)

Intereses (debajo del agua):

- El por qué?, cómo?, cuándo?, dónde?
- Sentimientos
- Percepciones
- Expectativas
- Realidades de vida
- Ganar-ganar

- La Negociación
- Método Harvard, William Ury “Sí, de acuerdo”
- Ganar-Ganar
- Ampliar el pastel
- Tender un puente de oro
- Teoría de juegos colaborativos

La Mediación

- Negociación asistida
- Tercero imparcial
- Perfil del neutral
- Ahorro en costos
- Proceso expedito
- Experiencia del CRC-CFIA (Costa Rica)

**Cantidad de Procesos Finalizados de Conciliación y Arbitraje
Atendidos por el CRC en el Período 1999 - 2017 (Oct)**



Los “Dispute Boards”

- Historia
- Tipos
- Prevención de Disputas
- Visita a la obra
- Controversias y su Resolución
- Surgimiento de la Disputa
- Audiencia a las partes
- La Decisión
- Dudas

Los “Dispute Boards” (historia)

- Túnel Eisenhower, USA, 1975
- Represa El Cajón, Honduras, 1981
- Banco Mundial: DRB Obligatorio proyectos +US\$50M, 1995
- DRBF se establece y FIDIC añade enmienda opcional (Red Boook) 1996
- Banco Mundial: recomendaciones del DRB vinculante temporal 2000
- Reglas de Dispute Boards de ICC (revisadas en 2015), 2004
- Bancos Multilaterales de desarrollo adoptan DB, 2005

Los “Dispute Boards” (historia-continua)

- Canal de Panamá
- Fomilenio II Honduras y El Salvador
- Carretera Liberia-Cañas, Costa Rica
- Olimpiadas de Río, Brasil
- California, USA
 - 798 DBs, valor USD42.9 billones
 - 731 contratos completados / 1,191 disputas = 859 acuerdo
 - 72% resoluciones
- Australia
 - 56 DBs, valor USD 21.4 billones
 - 27 de 56 proyectos completados, valor USD 8.7 billones
 - “Dispute avoidance”: 83%

Los “Dispute Boards” (historia-continua)

- Cumplimiento en el plazo sin DBs, contratos 2005 (Graeme Peck, Australia):
44% atrasado
56% en plazo adelantado
- Cumplimiento en el plazo con DBs, contratos 2005 (Graeme Peck, Australia):
19% atrasado
81 % en el plazo adelantado
- Florida: extra costos en proyectos (Departamento Transporte)
1999: 12,35% sin DBs
2000: 11.53% sin DBs / 6.88% con DBs
2001: 11.89% sin DBs / 9.22% con DBs
2002: 6.16% con DBs
- DRBF: 72% a 86% de decisiones de DAB llegadas a Arbitraje fueron confirmadas

Los “Dispute Boards” (tipos)

Reglamento ICC

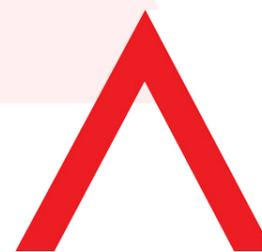
- Dispute Review Board (DRB)
- Dispute Adjudication Board (DAB)
- Combined Dispute Board (CDB)

Tipos

- Permanente / Ad-hoc
- 1 persona / 3 personas
- Ingenieros-arquitectos / abogados

Los “Dispute Boards” (Prevención de Disputas)

- Resolución de disputas rápidas en tiempo real
- Panel imparcial, independiente, experiencia, especialista
- Presencia invisible
- Asistencia informal
- Opiniones en proceso de ejecución de la obra
- Asistencia en desacuerdos



Los “Dispute Boards” (visita a la obra)

- Visitas periódicas (DAB Permanente)
 - Anexo Condiciones Generales Contratos FIDIC / Art. 12 ICC
 - Visitas en intervalos de no mas de 140 días
 - Al menos 3 visitas al año
 - Fechas y agenda acordados por las partes y el DAB
 - DAB contará con asistencia de las partes
 - DAB: promover discusión sana entre las partes
 - Reporte de visita

Los “Dispute Boards” (Controversias y su Resolución)

- Resolución Controversias:
 - Partes: Negociación, Mediación, DRB
 - Tercero: DAB, Litigio, Arbitraje
- Disputa:

FIDIC Libro de Oro cl. 1.1.31 “ Disputa” significa cualquier situación en la que: A) una Parte presenta una reclamación contra la otra Parte; B) la otra Parte rechace la reclamación total o parcialmente; y C) la primera Parte no esta de acuerdo, siempre y cuando la otra Parte falle en oponerse o responder a la reclamación, total o parcialmente, puede constituir un rechazo si, en la circunstancia dada, el DAB o Arbitro (s), según el caso dado, razonablemente así lo consideren.

Los “*Dispute Boards*” (Controversias y su Resolución)

- Disputa:

Libro Amarillo FIDIC 2a - Edición 2017 SC 1.1.29: "Disputa" significa cualquier situación en la que:

- a) Una Parte presenta una reclamación contra la otra Parte (que puede ser una Reclamación, según se define en estas Condiciones, o una cuestión que determinada por el Ingeniero bajo estas Condiciones, o de otra manera);
- b) La otra Parte (o el Ingeniero según Sub cláusula 3.7.2 [Determinación del Ingeniero]) rechaza la reclamación total o parcialmente; y
- c) La primera Parte no acepta (dando un NOD bajo la Subcláusula 3.7.5 (Insatisfacción con la determinación del Ingeniero)], o de otra manera),

Siempre y cuando que por parte de la otra Parte se falle en oponerse o responder a la demanda, total o parcialmente, puede constituir un rechazo si, en tales circunstancias, el DAB o el Arbitro (s), según el caso, dado, razonablemente así lo consideren.

Los “Dispute Boards” (Controversias y su Resolución)

- Disputa:

Reglamento ICC

Art. 2 (iv): Una Disputa implica un desacuerdo que es formalmente referido al DB para su conclusión bajo los términos del contrato (artículo 18 de las Reglas)

Art. 18: Cualquier Parte puede en cualquier momento referir formalmente un Desacuerdo al DB para su Conclusión, en tal momento el desacuerdo se convierte en una Disputa

Los “Dispute Boards” (Audiencia)

- DAB Control del proceso
- Buscar el consenso de las Partes
- Procedimiento 'ex parte'
- Transcripción
- Permitir tiempo para las discusiones de DAB
- Buscando una decisión unánime
- Miembros del DAB – Preparación de partes de la Decisión
- Función del Presidente

Los “*Dispute Boards*” (La Decisión)

- Pasos:
 - Decidir los hechos de la controversia
 - Decidir los argumentos legales
 - Aplicación de la ley a los hechos
 - Razones
- Reglas ICC DB Artículo 24
 - Resumen de posiciones y reclamaciones
 - Resumen de las disposiciones contractuales
 - Cronología
 - Resumen del procedimiento DB

Los “*Dispute Boards*” (dudas)

- Ente nominador y constitución del DB
- Contrato con adjudicador (obligaciones)
- Reglamento / proceso
- Visitas a la obra
- Cooperación de las partes
- Plazo para emitir recomendación / decisión
- Costos
- Redacción de la cláusula
- Rebeldía de alguna de las partes
- Obligatoriedad llevar a cabo el proceso
- Presupuesto de arbitrabilidad ?????
- Estadísticas (costo/anulación decisión)
- Capacitación

MUCHAS GRACIAS !!!!

Christian Díaz Barcia
cdiaz@lpa.legal