



Comunidad Latinoamericana
de Peritos en Construcción

I Congreso CLAPEC 2022

MEJORES PRÁCTICAS DE LA
LABOR PERICIAL EN ARBITRAJES
DE CONTRATOS EN CONSTRUCCIÓN
PARA LATINOAMÉRICA

**Artículo 06:
RETICENCIAS A INCORPORAR CLÁUSULAS ARBITRALES EN CONTRATOS LOCALES EN LATAM**

Jorge I. Aguilar,
abogado mexicano
fundador ALA abogados

Sábado 24 Septiembre, 15:00 horas, Sala 1

"Postpandemia", América Latina, verano del 2022, en este contexto volteamos la mirada al arbitraje de construcción doméstico para escribir las siguientes notas y generar opiniones y discrepancias.

El arbitraje comercial es desde hace tiempo un mecanismo de solución de Controversias / Claims ampliamente utilizado en los contratos de grandes proyectos de construcción, de distinta naturaleza, con complejos entramados financieros y societarios en los que participan multiplicidad de contratos y de partes de distinta nacionalidad y naturaleza (pública y privada); y si esto es así, **¿Podemos afirmar que el arbitraje ha permeado a los contratos de construcción "domésticos" en Latinoamérica, en los que participan actores de la misma nacionalidad en contratos de construcción pequeños y medianos?**

Como en la mayoría de las controversias jurídicas, la respuesta es "depende", y esto es así, porque para responder la pregunta debemos contextualizarla en el país, la época, el monto, el tipo de contrato del proyecto de construcción, el perfil del cliente y del financiador y un largo etcétera de factores directos, indirectos, exógenos y endógenos.

No obstante, a riesgo de caer en generalizaciones incorrectas, me aventuro a responder que **el arbitraje no ha permeado a los contratos de construcción domésticos** y afirmo que sí existen reticencias para incorporar cláusulas arbitrales en contratos "domésticos", y estas se dan en mayor o menor grado dependiendo del desconocimiento o percepción negativa del arbitraje de construcción por parte de los contratistas y de sus abogados de confianza.

Percepciones negativas que versan principalmente en i) ignorancia de los contratistas y sus abogados, ii) el abo-

gado del contratista considera que va a cobrar menos, iii) procedimientos costosos, iv) procedimientos ineficaces, v) alguna experiencia desafortunada en arbitraje; entre otras muchas posibles.

Por otro lado, **también puede haber una reticencia de los pequeños y medianos contratistas** en virtud de que su economía es frágil y consideran que ante un probable incumplimiento de su parte, un proceso eficaz y acelerado es perjudicial y prefieren litigar en juzgados.

A su fragilidad económica se suman factores externos como incremento de precios, inclemencias climatológicas, problemas con la mano de obra, accidentes, atrasos en los permisos gubernamentales, devaluaciones e inflación, controversias jurídicas anteriores, atrasos en el cronograma de obra, discrepancias en las bitácoras y un largo etcétera.

En México, por ejemplo, una circunstancia a considerar es que usualmente los contratos de construcción domésticos son subcontratos de un contrato principal con el gobierno que tiene cláusula jurisdiccional, por tanto, no hace mucho sentido someter a arbitraje el subcontrato; además, también está la idea de que la ejecución de las fianzas o garantías es la mejor protección y su ejecución se tendría que hacer en tribunales judiciales por lo que el arbitraje sería de poca utilidad para ello.

En conclusión, el arbitraje de construcción aporta grandes ventajas tanto a contratos grandes como medianos y pequeños, y las partes deben considerar relevante en la negociación del contrato el método mediante el cual resolverán sus diferencias, además de tomar en cuenta sugerencias básicas como el uso de cláusulas modelo para arbitrajes administrados, considerar y designar la sede, la ley de fondo y

el idioma; así como cláusulas escalonadas con mediación y/o "*Disputes Boards*".

Finalmente, es necesario destacar el deber que tenemos todos los actores

que participamos de una u otra manera en los contratos de construcción, en fomentar y difundir las ventajas y el uso de estos mecanismos idóneos de solución de conflictos en esta materia¹.

¹Agradezco los comentarios de Christa Mueller <https://www.linkedin.com/in/christa-mueller-ab3139b1/>, Marco Tulio Venegas <https://www.linkedin.com/in/marco-venegas-cruz-a3a75a8/>, Eduardo Magallón <https://www.linkedin.com/in/eduardo-magall%C3%B3n-g%C3%B3mez-7467a937/> y Marco Lazo de la Vega <https://www.linkedin.com/in/marco-lazo-de-la-vega-1a97091/>