

El arbitraje como solución al dilema de las obras de infraestructura

Arbitration as Solution to the Dilemma of Infrastructure Projects

Francisco González de Cossío*

RDP

RESUMEN

Los proyectos de infraestructura son esenciales para el desarrollo económico y social de nuestro país. En este ensayo se comentan, junto con un dilema que invitan, poniendo énfasis en cómo, mediante la utilización sofisticada del arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias, puede resol verse.

PALABRAS CLAVE: proyectos de infraestructura; dilema; arbitraje; medios alternativos de solución de controversias.

ABSTRACT

Infrastructure projects are essential to foster economic and social development. However, create invite a dilemma which may be solved through the sophisticated use of arbitration and other alternative of resolution mechanisms.**

* González de Cossío Abogados, S. C. (www.gdca.com.mx); árbitro y abogado de parte en arbitrajes nacionales e internacionales. La rama de más actividad ha involucrado obras de infraestructura complejas; presidente del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC). Miembro de la Corte-London Court of International Arbitration; árbitro del Tribunal Arbitral du Sport. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

Extiendo mi agradecimiento al licenciado Bernardo Cortés, secretario general de CAIC, por sus observaciones a proyectos de este ensayo. Sin embargo, sólo el autor es responsable por su contenido.

** Traducción realizada por la licenciada Ximena Armengol Silenzi. SOLCARGO, www.solcargocom.mx.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

KEY WORDS: Infrastructure projects; dilemma; arbitration; alternative of resolution mechanisms.

Sumario

1. Introducción
2. Los proyectos de infraestructura: necesidad y complejidad
3. El dilema de las obras de infraestructura
 - A. El dilema
 - B. Solución del dilema
4. Herramientas para resolver el dilema
 - A. Negociación, mediación y conciliación
 - B. *Expertise*
 - C. Arbitraje
 - D. *Dispute Boards*
 - E. Adaptación de contratos
 - F. La Ley de Asociaciones Público Privadas
5. El dilema resuelto

1. Introducción

Las obras de infraestructura son arte, estoy convencido de ello. Así como de maravillado y fascinado por los proyectos de infraestructura que mi práctica profesional (y curiosidad) me ha permitido conocer, algunos de los cuales no merecen calificativo distinto a “faraónicos”.¹

Un aspecto de dichos proyectos motiva este ensayo: los dilemas que despiertan, y cómo resolverlos. A continuación los comentaré poniendo énfasis en cómo el arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) pueden ser utilizados para remediar el dilema, fomentando la realización de obras que tanto necesita nuestro país. Ello será contextualizado con el (nuevo) régimen mexicano de Asociaciones Público-Privadas.

¹ A tal grado, que a veces me pregunto si no debí estudiar ingeniería en lugar de leyes. A veces...

2. Los proyectos de infraestructura: necesidad y complejidad

Los proyectos de infraestructura² son complejos y suscitan problemática diversa, misma que comentaré brevemente. Pero antes, una característica de los mismos es digna de enfatizar: su necesidad y creciente visibilidad.

La visibilidad de estos proyectos en México es notoria. Mencionemos algunos ejemplos:

1. Segundo piso de la Ciudad de México. Construcción en 2011-2012 de vialidad elevada en la Ciudad de México, que comprende el anillo Periférico Norte y anillo Periférico Sur, así como sistema vial de puentes, túneles y distribuidores sur-poniente de la Ciudad de México, con una longitud de 29.56 km e inversión de 30 miles de millones de pesos (mmdp).

2. Parques eólicos de Oaxaca (I, II, III y IV). La construcción de cuatro parques eólicos de 101MW conectados a través de líneas de transmisión de 115kV (Parque I) y 230kV (Parques II, III y IV) en Oaxaca entre 2009 y 2012 y que involucró una inversión de 6.6 mmdp.

3. Refinería Francisco I. Madero. La reconstrucción (reconfiguración, pues fue edificada en 1960) de plantas nuevas para incrementar el proceso de crudo a 190 mil barriles diarios (mbd) en Tamaulipas en 2003 y que involucró una inversión de 13.45 mmdp.

4. La Central Hidroeléctrica el Cajón. Construcción en Nayarit de cortina de enrocamiento con cara de concreto, con altura máxima sobre el cauce de 188 metros. La cortina alcanza una longitud de corona de 550 metros. Es la segunda más grande del mundo, y cuenta con una casa de máquinas subterránea con dos unidades de 375 MW cada una, y un embalse de 3,982 hectáreas. Involucró una inversión de 9 mmdp y se llevó a cabo entre 2003-2007.

5. Refinería Cadereyta en Nuevo León. La reconstrucción (reconfiguración, pues fue construida en 1979) de nueve plantas nuevas y ampliación de diez ya existentes para incrementar el proceso de crudo en Nuevo León en 2000, lo cual exigió una inversión de 16.18 mmdp.

² *Infra*: lo que está debajo. *Estructura*: construcción. Es decir, por "proyectos de infraestructura" me referiré a los que subyacen la actividad económica.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

6. Proyecto Integral Manzanillo, que comprende:

- a) Construcción de Planta de Gas Natural Licuado de Cuytlán: dos tanques de almacenamiento con tecnología avanzada para el manejo y procesamiento del gas natural. Manejarán un volumen diario de 500 millones de pies cúbicos de gas;
- b) Ampliación de las escolleras y el dragado de la Laguna de Cuytlán y del Canal de Tepalcates: ampliación de escolleras a cerca de 400 metros cada una, y ampliación del tamaño natural del Canal de Tepalcates;
- c) Desvío ferroviario y libramiento carretero: desvío ferroviario y desvío de la carretera Campos-Colima;
- d) Construcción de un gasoducto para transportar gas natural: construcción de gasoducto de 295 km de longitud y 36 pulgadas de diámetro entre Manzanillo y Guadalajara con capacidad para transportar 400 millones de pies cúbicos al día (mmpcd);
- e) Repotenciación de la Central Termoeléctrica de Manzanillo: construcción en Colima para elevar la capacidad de producción de energía de dicha central en casi 800 MW. Fecha de realización: 2008-2012.

7. Chicontepec (Aceite Terciario del Golfo). Exploración de la reserva de hidrocarburos, perforación de pozos de desarrollo, reparaciones, construcción de baterías de separación y estaciones de compresión y bombeo. Se efectuó en Veracruz y Puebla, e implicó una inversión de 141 mmdp. Aunque existe actividad anterior,³ esta obra se efectuará entre 2002 a 2021.

8. Refinería Bicentenario (Tula). Diseño para la construcción de una nueva refinería en Hidalgo; un nuevo tren de refinación con capacidad de procesamiento de 250 mmbd de crudo tipo Maya, complementada con 76 mmbd de residuo de vacío provenientes de la refinería existente, en una configuración de alta conversión con coquización. La nueva refinería contará con 17 plantas de proceso, principales y complementarias, los servicios principales, tanques de almacenamiento, infraestructura y demás integraciones necesarias opera. Implicó una inversión de 150.9 mmdp e incluyó la construcción de 832 km de ductos para

³ Inició actividades en 1952. En 1992 paró su producción, y en 2002 se retomó.

el transporte dedicado de crudo, gasoducto, líneas de interconexión interrefinerías para el transporte del residuo de vacío y productos, así como un poliducto a la zona suroriente del Valle de México que complementará la capacidad del sistema de transporte para el desalojo de destilados. Comenzó en 2010 y se tiene contemplado que concluirá en 2013. Inversión: 150.9 mmdp.

9. Reconfiguración Refinería Salina Cruz. Instalación en Oaxaca de un nuevo tren de refinación que comprende planta combinada de crudo pesado, tren de coquización retardada y plantas complementarias entre 2010 a 2013, con una inversión de 32.1 mmdp.

10. Reconfiguración Refinería de Minatitlán. Construcción en Veracruz de 14 plantas para incrementar el procesamiento de crudo "Maya" en 150 mbd. Con una inversión de 31.2 mmdp, su realización tuvo lugar de 2003 a 2008.

11. Planta Criogénica Poza Rica. Construcción de cuatro plantas criogénicas de gas húmedo dulce con capacidad total de 700 mmpcd, y dos plantas fraccionadoras con capacidad total de 27 mmbd. Exigió una inversión de 9.2 mmdp y su realización ocurrirá entre 2009 a 2014.

12. Gasoducto Chihuahua. Construcción en Chihuahua de gasoducto de 385 km de longitud y 30 pulgadas de diámetro, entre Samalayuca y Chihuahua, con capacidad para transportar 500 mmpcd. La inversión ascendió a 5.7 mmdp y su realización tuvo lugar entre 2008 a 2011.

13. Topolobampo I, II y III, y terminal de carbón. Construcción en Sinaloa de tres centrales carboeléctricas con capacidad de 700 MW cada una, con una inversión de 27.6 mmdp. Está contemplada en dos etapas: de 2009 a 2014 y de 2011 a 2016.

14. La Parota. Construcción en Guerrero de una central hidroeléctrica con capacidad de 900 MW y posibilidad de proveer agua potable a Acapulco entre 2008 a 2015, y cuya inversión ascendió a 13.5 mmdp.

15. La Yesca. Construcción en Nayarit de una central hidroeléctrica con capacidad de 750 MW y 266 km-c de líneas de transmisión y adquisición de equipos con capacidad de 167 MVAR de compensación entre 2007 y 2012 con una inversión de 9.1 mmdp.

16. Guadalajara I y II. Construcción en Jalisco de dos centrales de ciclo combinado con capacidad de 645 MW, cada una entre 2009 y 2014, contó con una inversión de 8.8 mmdp.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

17. Tamazunchale. Construcción en San Luis Potosí de una central de ciclo combinado con capacidad de 1,168 MW, y construcción de 397 kilómetros de líneas de transmisión y adquisición de equipos con capacidad de 233 MVAR de compensación. Implicó una inversión de 8.7 mmdp y tuvo lugar de 2003 a 2007.

18. Zapotillo. Construcción en Guanajuato y Jalisco de una presa de almacenamiento de 411 Mm³ para abastecimiento de agua a Guadalajara (104 m³/seg.). Exigiendo una inversión de 7.7 mmdp. Ocurrió de 2008 a 2012.

19. Túnel Emisor Oriente. Construcción en el Estado de México y el Distrito Federal de un túnel de 50 km de longitud y 6.5 metros de diámetro para incrementar en 120 m²/seg la capacidad de desalojo de aguas residuales y lluvia entre 2008 y 2012. Implicó una inversión de 8.7 mmdp.

20. Saneamiento Valle de México. Construcción en el Estado de México y el Distrito Federal de siete plantas de tratamiento con capacidad de 40 m³/seg que exigió una inversión de 16.7 mmdp y cuya realización ocurrió entre 2009 a 2014.

21. Punta Colonet. Desarrollo en Baja California de un puerto especializado en el manejo de contenedores que tendrá lugar entre 2009 a 2020 y cuya inversión asciende a 26.3 mmdp.

22. Sistema del Ferrocarril Suburbano de la Zona Metropolitana del Valle de México. Creación de rutas Huehuetoca, Jaltocan y Tacuba (52 km), Cuautitlán-Buenavista (27 km) y Chalco-Jardines de Morelos (19 km) entre 2005 y 2011 exigiendo una inversión de 24.8 mmdp.

23. Tren Interurbano de Guanajuato. Ruta León-Silao-Guanajuato-Irapuato- Salamanca-Villagrán-Cortázar-Celaya (300 km) para ser realizada entre 2012 y 2015 en Guanajuato, con una inversión de 14.3 mmdp.

24. Terminal 2 del Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México. Construcción en la Ciudad de México de una nueva terminal, vialidades de acceso y rodajes, realizada de 2005 a 2007 con una inversión de 7.7 mmdp.

25. Carretera Nueva Necaxa-Tihuatlán. Construcción de 84.7 kilómetros de carreteras en Puebla y Veracruz de 12 metros entre 2007 a 2010 exigiendo una inversión de 8.0 mmdp.

26. Libramiento Norte de la Ciudad de México (Arco Norte): Construcción en 222 kilómetros en el Estado de México, Hidalgo y Tlaxcala de carreteras a cuatro carriles entre 2006 a 2009, lo cual exigió una inversión de 5.9 mmdp.

27. Carretera Durango-Mazatlán. Construcción de 232 kilómetros de carreteras en Durango y Sinaloa a 12 metros entre 2006 y 2010, lo cual requirió una inversión de 10.8 mmdp.

28. Planta de Gas Natural Licuado y Planta Regasificadora de Cuyutlán, parte del Plan Integral Manzanillo.⁴ Edificación en Manzanillo, Colima, de dos tanques de almacenamiento con tecnología avanzada para el manejo y procesamiento del gas natural, con una capacidad de 150 mil m³ y una planta de regasificación donde se manejará un volumen diario de 500 millones de pies cúbicos de gas. En una primera etapa abastecerá a la Central Eléctrica de Manzanillo y a las centrales que tiene la Comisión Federal de Electricidad en Jalisco. Tuvo lugar entre 2008 y 2012 e involucró una inversión de 9.1 mmdp.

Nuestro país no sólo necesita, sino que ansía dichos proyectos de infraestructura, ya que son una pieza esencial en el desarrollo económico y bienestar de una sociedad. Todo lo que a continuación se expone tiene por objetivo entender el problema que invitan a efecto de abordarlo justificadamente mediante el arbitraje y otros MASC, fomentando así una actividad económica deseable.

3. El dilema de las obras de infraestructura

Un dilema es un problema, pero bajo el lenguaje de la lógica es un argumento formado por dos proposiciones contrarias disyuntivamente, con tal artificio que, negada o concedida cualquiera de las dos, queda demostrado lo que se intenta probar. A continuación explicaré por qué los proyectos de infraestructura propician un dilema económico que puede ser astutamente resuelto mediante un mecanismo jurídico.⁵

⁴ Aunque este proyecto es parte de aquel descrito en el punto 6 anterior, su importancia merece un comentario independiente.

⁵ No resisto la tentación de una digresión. La esencia de la ingeniería es resolver problemas. Utilizar las reglas de la naturaleza en favor del hombre. No permitir que un obstáculo *natural* sea insuperable para un objetivo *humano*. Entendido así, el que exis-

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

A. El dilema

Los proyectos de infraestructura son un ingrediente importante para el desarrollo económico y social. Ello es cierto de toda economía, pero más aún de las economías emergentes, como la mexicana.

El Estado puede, *motu proprio*, llevar a cabo dichos proyectos, sin embargo, ello implica limitaciones. La solución autárquica dista de ser satisfactoria por el simple hecho que encuentra como límite la disponibilidad de recursos. Pero además de *financieramente* limitada, también lo es *técnicamente*. Existen entes especializados en las materias que se relacionan con las obras de infraestructura que pueden llevar a cabo la actividad de mejor manera, y con frecuencia más eficientemente. Es ante ello que la opción de recurrir a la iniciativa privada es útil, so pena de innecesariamente ver reducidas las oportunidades para satisfacer necesidades sociales o satisfacerlas más eficazmente.

Entendido el fenómeno y su conveniencia, existe un problema, el cual tiene un doble ángulo: público y privado. Siendo que su origen es el mismo, conviene mencionarlo previo a tratar sus consecuencias.

La raíz del problema es doble: onerosidad y duración. Las obras de infraestructura tienden a ser onerosas y de larga duración. Esto último no sólo por la necesidad de permitir amortizar la inversión realizada, sino también por las características inherentes al proyecto.⁶

Entendidas las características, pasemos al dilema que propician.

Desde la perspectiva pública, una vez que se contrata con un ente privado se hace vulnerable a la administración y a la sociedad a oportunismo del proveedor,⁷ quien cuenta con “poder”, en su sentido económico: la habilidad de incrementar precio o reducir abasto, sin que ello pueda ser contrarrestado por un competidor.⁸ Además de la onero-

tan obras que no están teniendo lugar como resultado de falta de resolver problemas jurídicos encierra una gran ironía. Querría decir que somos más capaces de vencer los problemas que propicia la naturaleza que aquellos que propicia el hombre. El dilema aquí abordado ejemplifica la ironía.

⁶ Piénsese por ejemplo en una carretera. *Per se*, la naturaleza del proyecto es a largo plazo. Una vez hecha la inversión, permanecerá por mucho tiempo.

⁷ Lo que llamaré, en este ensayo, “oportunismo privado”.

⁸ Por ejemplo, una vez hecha una carretera entre los puntos A y B del país, el concesionario tendrá “poder” para establecer el precio de su utilización. Es decir, dentro de cierto

sidad y duración, este “poder” es también resultado de la *durabilidad* y la *falta de movilidad* de las inversiones tanto del ente privado como del consumidor en general. Las inversiones duraderas del ente privado desincentivan competencia potencial que contrapesa el poder económico que adquiere el proveedor, pues los competidores potenciales se percatan de que el incumbente⁹ puede —por temor a perder mercado— bajar los precios agresivamente, ya sea cerca de costo marginal a corto plazo o inclusive por debajo del mismo: lo que se conoce en la literatura económica como depredación por precios. El objetivo será zanjar el mercado a su favor. No permitir que el competidor potencial recupere su inversión.¹⁰ Dicho en términos más sencillos: les cierra el acceso al mercado a competidores con la amenaza de depredar.

Además de “competidores”, también los “consumidores” caen bajo el manto de poder del concesionario. Éstos hacen inversiones duraderas y poco movibles en sus comunidades que les hace difícil desplazarse en busca de opciones de infraestructura más baratas.¹¹

margen, podrá incrementar su precio sin que experimente una pérdida de ventas (por lo menos no notoria). Los usuarios de su carretera seguirán siendo los mismos, aunque su precio esté muy por encima de su costo marginal. El motivo: su mercado será cautivo.

⁹ La utilización del término “incumbente” no es un extranjerismo forzado al español, sino que es el término de arte que la microeconomía denomina (en inglés, *incumbent*) como “una compañía poderosa y que tiene una porción grande del mercado. Generalmente, es el agente económico más grande de una industria”. Pude haber usado las palabras “operador histórico”, pero preferí usar el término de arte que mejor refleja lo que deseo transmitir.

¹⁰ Y con que ello se realice una vez puede ser suficiente para lograr que *nunca* exista competencia. El motivo: se manda el mensaje al mercado que el incumbente está presto a incurrir en esta práctica. Visto así, la campaña depredatoria será vista como una “inversión” en reputación de depredación, misma que puede arrojar la (importante) ganancia de cerrar el mercado a su favor *para siempre*: un dulce muy atractivo (esta posibilidad puede sonar teórica o exagerada). Dista de serlo. La práctica es ampliamente estudiada por la literatura económica bajo el modelo reputacional y el modelo de teoría de los juegos de la depredación por precios. Para abundar sobre ello, consúltese González de Cossío, *Competencia económica: aspectos jurídicos y económicos*, México, Porrúa, 2005, p. 187. En la segunda edición de la obra (2013) se detalla con más precisión este aspecto).

¹¹ Piénsese, por ejemplo, en un incremento súbito e importante en el precio de la electricidad de cierta zona. Los consumidores de la misma se verán obligados a soportarla en un rango importante de la misma por el simple hecho de que mudarse es una opción costosa, además de tardada. Aun suponiendo que ocurra, mientras ello se implementa, el consumidor estará cautivo por un periodo que puede no ser insignificante. Y el precio

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

Desde la perspectiva “privada”, también existe un riesgo: oportunismo gubernamental. Los entes privados son vulnerables, pues los proyectos de infraestructura requieren de inversiones importantes y duraderas que se tornan en no fungibles una vez realizadas, lo cual genera “poder” del lado del Estado una vez hechas. Ello, que es de origen fácil de entender, se magnifica por el factor tiempo, aunado a la variabilidad de la identidad de los funcionarios públicos: dado el horizonte de muchas inversiones es probable que el funcionario que atrajo la inversión y negoció y firmó el contrato público con el inversionista sea distinto al funcionario que viva la inversión y enfrente los problemas que el tiempo detone.¹² Como resultado, si un problema surge, por ejemplo, diez años después de firmado el contrato original, es posible —y probable— que las posturas que tome el funcionario que no negoció el contrato original y por ende no tiene la misma sensibilidad que el que sí lo hizo sean diversas a las que se puedan haber previsto al momento de firmar el contrato. Esto es un riesgo importante para quien comprometerá recursos cuyo horizonte de amortización y éxito es largo: una característica frecuente de las obras de infraestructura.

B. Solución del dilema

La solución a ambos dilemas es el mismo: celebrar contratos de larga duración aunados a mecanismos sofisticados de solución de controversias.

Es de admitirse que ésta no es la única solución. Por ejemplo, otra puede ser la regulación económica. Y, dependiendo de ciertas caracte-

que obtenga por hacer líquidos sus activos a efecto de mudarse sufrirá un castigo por el mercado, como resultado de saber que éstos están bajo el “poder” del proveedor. Dicho espacio de tiempo arrojará beneficios importantes al concesionario.

¹² Si a esto se le suman otros factores, este riesgo puede ser importante. Podemos pensar, por ejemplo, en aquel fenómeno —no rara vez visible en América Latina— que consiste en el desagrado que genera a ciertas comunidades o funcionarios ver que entes privados —a veces extranjeros— están obteniendo beneficios importantes explotando sus recursos naturales. Dicha situación tiende a no tomar en cuenta que la empresa (a veces el mercado mismo) fue creada como resultado de esfuerzos e inversiones cuantiosas que bien pueden aun estar pendientes de ser amortizadas. O aunque no lo hayan sido, creado un negocio, privar a su creador del mismo resuena injusto. Más en línea con la preocupación que aborda este ensayo, desincentiva actividad futura —y del género que nuestra sociedad necesita—.

terísticas, puede ser la idónea.¹³ Sin embargo, para un número importante de casos, dista de serlo. El motivo es múltiple; primero, el instrumento depende de órganos gubernamentales que pueden no tener la misma sensibilidad y proximidad con la obra en cuestión; segundo, el tiempo: confeccionar regulación toma tiempo y requiere conjugar intereses diversos que pueden propiciar que su contenido diste de ser el óptimo, y tercero, la volatilidad: una solución en un momento puede tornarse en una camisa de fuerza en otra. Al estar labrada en piedra legislativa, su corrección puede tomar un tiempo tal que se genere daño serio mientras la corrección se implementa.

Es ante todo lo anterior que la solución alternativa se torna atractiva: la celebración de contratos con mecanismos sofisticados de solución de disputas.

Si bien la celebración de un contrato es un paso evidente, en lo que deseo hacer hincapié es que este paso aislado es insuficiente. La experiencia enseña que por más detallados que sean los contratos, en relaciones complejas o de larga duración, suelen surgir problemas imprevistos. Eso es lo que los economistas llaman la teoría de los “contratos incompletos”.¹⁴ Es ante ello que la confección de un contrato detallado es *per se* insuficiente para remediar el problema. Se necesita otra herramienta que “complete” el contrato. Y el derecho ofrece varias. Veámoslas.

4. Herramientas para resolver el dilema

El derecho contempla herramientas diversas para remediar el dilema que nos ocupa, y deben entenderse así: como herramientas.¹⁵ Como medios

¹³ Sin embargo, genera otros problemas. Por ejemplo, puede no saciar las preocupaciones del ente privado, puesto que la regulación estará por definición en manos del gobierno, quien puede tener incentivos para confeccionarla a su conveniencia, o la de factores reales de poder. Otra fuente de preocupación es que la regulación económica tiende a tomar tiempo, lo cual no evita el daño mientras se recurre a dicha solución. Y, finalmente, la regulación tiende a ser una respuesta “genérica” a un problema que puede tener matices “peculiares” según la industria, las circunstancias y la empresa en cuestión.

¹⁴ Para abundar sobre esto y su relación con el arbitraje y otros mecanismos, véase González de Cossío, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2011, p. 121.

¹⁵ Es bajo dicho entendimiento que el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) ha creado cinco reglamentos especializados sobre cada una de las herra-

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

útiles para *ciertos* fines. No todos. ¿Cuáles? Depende del problema. De la misma manera en que un carpintero no usa el serrucho para clavar ni el martillo para atornillar, debe quedar claro cuál es el valor que cada instrumento brinda a efecto de bien-utilizarlo.¹⁶ Es bajo dicho ángulo que a continuación expondré las herramientas.

A. Negociación, mediación y conciliación

La *negociación* permite a las partes buscar *motu proprio* su mejor solución. Por definición, si las partes “voluntariamente” aceptan una solución, será *siempre* más eficiente que una impuesta por un tercero.¹⁷ La “mediación” permite que un tercero asista a las partes a que *ellas mismas* solucionen su problema, sin hacer sugerencia de solución. La *conciliación* permite lo mismo pero autoriza al conciliador a sugerir la solución, sin que sea obligatoria.¹⁸ El valor agregado de la mediación es que un tercero desinteresado que conoce la “verdadera”¹⁹ postura de

mientas que a continuación se explicaré. Se trata de tecnología legal de punta (visibles en www.caic.com.mx, última consulta 10 de abril de 2013).

¹⁶ El punto parece banal, sin embargo, es impactante cuánta mala utilización hay de los mismos, y cuánta crítica se basa en una utilización errónea de la herramienta. Es enorme la cantidad de casos que mi práctica profesional me ha permitido atestiguar en que un ejercicio fracasó exclusivamente por la incorrecta utilización de la herramienta jurídica, lo cual con frecuencia involucró utilizar una herramienta para un fin diverso para el cual fue creado.

¹⁷ La aseveración puede despertar diferencias, como, por ejemplo, pueden citarse los casos en que una parte acepte una oferta ventajosa de su contraparte que tiene una mejor situación de negociación, y cuyo resultado no es “justo”. Apropiada la mayor cantidad de valor en favor del oferente. Sin embargo, sigue siendo mejor que una respuesta legalista, suma-cero, impuesta por un tercero. Si no, por definición, no lo hubiera aceptado.

¹⁸ No abundaré acerca de porqué los considero así. De desear hacerlo, véase *Arbitraje*, *cit.*, p. 123, y “Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre su desarrollo”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 2003, p. 213, y *Ars Juris*, 30, 2003, p. 39.

¹⁹ El adjetivo es importante. Las partes en disputa con frecuencia sobre-exponen su postura con la finalidad de obtener ventajas tácticas y de negociación. Dicha (natural) tendencia tiende a complicar la solución del problema. El ejercicio de caucus permite al mediador conocer la “verdadera” postura de las partes y percibir si existe un común denominador que sirva de puente de solución de la controversia.

las partes y sus intereses (no derechos), puede indicar si vale la pena que continúen invirtiendo recursos en una negociación o si lo que más conviene es que acudan a un mecanismo adversarial (litigio o arbitraje) a resolver su problema. Gracias a que un tercero hace una sugerencia que cae dentro del común denominador de intereses de las partes, da a cada una lo que le interesa sin divulgar porqué. Por motivos diversos, ello puede facilitar la transacción.²⁰ La utilidad del mecanismo continúa inclusive en casos de fracaso, aun si el mediador sugiere que no pierdan su tiempo y que acudan al arbitraje, el valor agregado que da es que las partes tienen la certeza de que la decisión es sensata, no el producto de un fracaso de comunicación o dejarse llevar por las estrategias y psicologías que la negociación detona, y que evitan un resultado más eficiente.²¹

B. Expertise

Los procedimientos de expertos permiten obtener una solución a una diferencia que divide a las partes sobre un tema técnico, no necesariamente jurídico. El valor agregado que dan es que canalizan la solución de una controversia a la persona mejor situada para resolverla: el *connoisseur*.

Aunque fácil de entender, dicho valor merece énfasis. Las soluciones legales tienden a ser generales, en ocasiones demasiado, ante los problemas técnicos, especializados y complejos. Existe una relatividad

²⁰ Piénsese, por ejemplo, en el caso que aceptar cierta postura como resultado de la negociación podría comunicar las preferencias de dicha parte, dando una ventaja a la contraparte. A su vez, cuando “aceptar” una postura implique “admitir” algo anátomo a las partes por motivos comerciales o psicológicos. Otro ejemplo es el caso en que aceptar algo pueda llevar implícita una admisión que de seguirse un procedimiento adversarial sería considerado responsable. Aun y cuando el procedimiento no se siga, es entendible que una parte prefiera no comunicarlo. Después de todo, los hechos dicen más que las palabras.

²¹ El motivo por el cual es más eficiente se explica en “Crónica de éxito de mecanismos alternativos de solución de controversias: resultados empíricos de un modelo”, en Uribarri Carpintero, Gonzalo, *Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional*, México, Porrúa, 2010, www.gdca.com.mx/publicaciones/varios.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

de la justicia: *la* justicia tiende a ser una utopía no siempre lograda. Lo que se observa con más frecuencia es *una* justicia. ¿Cuál? La que el expediente y las circunstancias mejor permitieron. Pero ello no quiere decir que no sea perfectible. Y esto, de sí cierto en todas las materias, se acentúa en temas técnicos —no jurídicos—especializados.

Ante ello, una opción inteligente es depositar en manos de quien más sabe la solución de un problema técnico. Así, el problema de la “relatividad de la justicia” se maneja de mejor manera. Después de todo, es más probable que un experto en una materia determinada arribe a una buena solución, es un problema atinente a *su* materia, que un generalista.

C. Arbitraje

Las virtudes del arbitraje lo han hecho exitoso en áreas diversas,²² incluyendo controversias contractuales, y han sido las mismas las que lo convierten en un instrumento frecuentemente socorrido para obras de infraestructura. Resaltan las siguientes: especialidad y eficiencia.

En las obras de infraestructura, el valor agregado que ofrece el arbitraje es que permite que un experto neutral le dedique el tiempo *necesario*²³ a resolver en forma *adecuada*²⁴ una disputa.

El derecho arbitral se nutre de las lecciones aprendidas durante décadas (no, siglos) por tribunales internacionales que han logrado confectionar un *modus operandi* adjetivo que deja de lado la procesalitis y formalismos, privilegiando soluciones adecuadas, costo-eficientes y confiables, evitando los voluminosos regímenes procesales tan proclives a trucos y ‘burocracia’ procesal que hace que el medio cobre más

²² En *Arbitraje y la Judicatura* (México, Porrúa, 2007, pp. 192 y ss.) se hace un recuento de temas complejos y problemas sociales serios solucionados mediante el arbitraje.

²³ Por definición, los tribunales tienen tiempo limitado para conocer de las controversias. Por más onerosa o compleja que sea, el juzgador ve la misma como al resto de los expedientes en su oficina: como un pendiente que debe resolver dedicándole la menor cantidad de tiempo posible.

²⁴ El adjetivo se extiende tanto al contenido como tiempo. Y ello es una función que se conjuga de formas distintas atendiendo al caso. En ocasiones, las partes necesitan una respuesta rápida, en otras, el tiempo no es tan importante como lo es su contenido. El arbitraje se adecua a las necesidades de cada caso.

importancia que el fin. Se trata de un cuerpo normativo sofisticado y esbelto que evita trampas, genera incentivos correctos y deposita confianza en el juzgador.²⁵ Es eficiente y confiable.

D. Dispute Boards

Los *Dispute Boards* son idóneos para obras de infraestructura. De hecho, para ello fueron creados. Se trata de órganos sui géneris que navegan junto con una obra —de hecho, son parte de la misma— y se activan exclusivamente si surge una controversia. Dado que están enterados de —e involucrados con— la obra, pueden resolverse en forma inmediata, sin necesidad de incurrir en tiempo para educar a un tribunal *ex novo*, y con el beneficio de que —enterados de las peculiaridades de la obra— pueden resolver “bien”, además de rápido. Existen tres especies que dan un valor agregado distinto:

1. Paneles de Revisión (*Dispute Review Boards*). Emiten “recomendaciones” que no son inmediatamente obligatorias. En ocasiones, lo que se necesita es adoptar una solución temporal que permite reducir los efectos negativos del *statu quo*, sujeto a lo que determine en definitiva el tribunal arbitral.

2. Paneles de adjudicación (*Dispute Adjudication Boards*). Emiten “decisiones” que son inmediatamente obligatorias. Ello permite obtener soluciones temporalmente —además de sustantivamente— adecuadas.

3. Paneles combinados (*Combined Dispute Boards*). El panel puede decidir emitir una decisión o una recomendación. Al hacerlo, tomará en cuenta las circunstancias de la disputa. Esta facultad da el valor (adicional a las anteriores dos) que permite adoptar una mejor solución no sólo de fondo, sino de forma. Si la solución de la disputa es mejor lograda mediante el vehículo de una “recomendación” no vinculatoria, así se hará.²⁶

En conjunto, el valor agregado que ofrece el instrumento es contar con un órgano empapado de las características de la construcción que

²⁵ Pues el juzgador es escogido por las partes.

²⁶ Por ejemplo, cuando la solución “definitiva” debe ser arribada únicamente después de conocer más de la misma. Sin embargo, con la información disponible y dadas las circunstancias, lo más eficiente es que se adopte una solución temporal, sujeta a lo que determine en definitiva el tribunal arbitral.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

pueda, de ser necesario, emitir una respuesta adecuada no sólo en cuanto a tiempo sino a otras características, algo visiblemente útil para quien tenga experiencia en controversias de obras de infraestructura.

E. Adaptación de contratos

La adaptación de contratos es la facultad que se da a un tercero para colmar lagunas que el contrato pueda presentar durante su vigencia.²⁷ El trasfondo es interesante. La *ratio* de la facultad es doble: volatilidad e imprevisibilidad.

Con respecto a *volatilidad*, la situación económica que llevó a las partes a contratar puede cambiar —y con frecuencia cambia—. Ante ello, el principio de obligatoriedad e intangibilidad de los contratos puede ser (económicamente) miope —además de asfixiante—.²⁸ Y no es inusual ver que, ante la camisa de fuerza de un contrato, un cambio económico puede resultar en forzar el incumplimiento del contrato, sea por imposibilidad o excesiva onerosidad.²⁹ De allí que ciertos cuerpos legales contemplen soluciones.³⁰

En relación con la *imprevisibilidad*, la adaptación de contratos permitir dar una respuesta a situaciones que era imposible prever al momento de cerrar el trato.³¹

²⁷ Recibe diferentes nombres, por ejemplo, *contract adaptation* o *contractual gap filling*. Con algunos matices, en esencia, se trata de lo mismo.

²⁸ Se puede pensar, por ejemplo, en un súbito e inesperado disparo del precio de un insumo esencial del contratista en un contrato de obra a precio alzado en una obra de infraestructura (por ejemplo la varilla.).

²⁹ Lo que para la literatura económica es un “incumplimiento eficiente” (*efficient breach*). Cuando lo más conveniente es pagar las consecuencias del incumplimiento que seguir cumpliendo.

³⁰ Aunque en México, históricamente, este motivo se ha rechazado como justificación para eximir del cumplimiento de una obligación contractual, recientemente algunos códigos civiles han adoptado la posibilidad. Por ejemplo, el artículo 2147 del Código Civil de Coahuila y, más recientemente, los artículos 1796 bis y 1796 Ter del Código Civil para el Distrito Federal.

³¹ Además de “imposibilidad”, la “impracticidad” puede ser otra opción. El que, siendo posible, sea tan oneroso o tardado negociar la solución contractual correcta que sea preferible no tocar el punto. Si a ello se le suma la probabilidad de que el riesgo se actualice, puede ser sensato que las partes —conscientemente o inconscientemente— dejen cabos sueltos en su relación contractual. Ello implica aceptar un riesgo dada la probabi-

Hasta hace poco solía decir que nunca había visto que en México se utilice esta facultad,³² y en cambio he participado en muchos casos en los que hubiera convenido. Recientemente participé como mediador tornado en árbitro en la solución de disputas diversas de una empresa familiar. He documentado la experiencia en otro lugar,³³ por lo que no abundo. Lo que en este contexto hago es dar eco de la utilización consciente³⁴ del mecanismo de la adaptación de contratos. Conscientes de que: a) la relación de las partes en disputa era de largo plazo; b) que no es realista hablar de una separación entre las partes involucradas,³⁵ y c) que el futuro puede generar circunstancias imprevistas que pongan en tela de juicio económico los pactos a los que se estaba llegando; todas las partes firmaron un contrato “paraguas” que rige toda su relación,³⁶ y que provee escalonadamente: a) negociación; b) conciliación;³⁷ c) arbitraje, y d) adaptación.³⁸ Veremos que deparará el futuro.

F. La Ley de Asociaciones Público Privadas

Recientemente fue publicada la Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP),³⁹ que es la cúspide del “Sexenio de la Infraestructura” (como

lidad de que se actualice. Dicho riesgo es un costo. El punto que deseo enfatizar es que dicho costo puede ser aminorado mediante la utilización de la adaptación de contratos.

³² Arbitraje, *op. cit.*, p. 126.

³³ *Arbitraje y empresa familiar*, www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

³⁴ Una de las partes en disputa es abogado, por lo que entendió perfectamente lo que implicaba el paso que estaba dando.

³⁵ Pues son familiares, y el éxito del negocio es atribuido al talento conjunto de todos y cada uno de ellos.

³⁶ Que incluye muchos activos y sociedades diversas involucradas en giros diversos. Además de accionistas, los familiares eran (son) funcionarios y empleados de las sociedades involucradas.

³⁷ Como la definí arriba: cuando el tercero que aviene a las partes cuenta con la facultad de sugerir una solución que no vincula.

³⁸ En este último caso, autorizando al árbitro a “adaptar” el contrato cuando así lo considere conveniente (puede ser interesante mencionar que se analizó la posibilidad de brindar la facultad *ex aequo et bono* al árbitro. Se decidió que ello no era lo que se deseaba. No se buscaba que el árbitro “hiciera justicia” o llegara a soluciones “equitativas”, sino que pretendía dar la facultad para adecuar la relación ante imprevistos a efecto de mantener la misma situación y resultado económico, *mutatis mutandis*).

³⁹ *Diario Oficial de la Federación*, 16 de enero de 2012.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

el jefe del Ejecutivo autocalificó su administración). Se trata de una pieza legislativa interesante, y por muchos motivos. En este contexto sólo deseo hacer ver que el redactor de dicho cuerpo normativo ha entendido las bondades del arbitraje y de otros mecanismos alternativos de solución de controversias, pues la LAPP contempla el arbitraje,⁴⁰ la negociación,⁴¹ la conciliación⁴² y el comité de expertos,⁴³ y (algunos consideran) implícitamente la posibilidad de pactar otros mecanismos, como los *Dispute Boards*. Esto no sólo es digno de aplaudirse, sino acentuarse: la nueva *lex specialis* de obras de infraestructura en México permite la utilización de las herramientas descritas en este ensayo.

5. El dilema, resuelto

El dilema de las obras de infraestructura puede ser resuelto mediante la utilización sofisticada del arbitraje, la mediación y conciliación, el *expertise*, la adaptación de contratos y los *Dispute Boards*. El oportunismo (tanto privado como público) puede ser zanjado y canalizado constructivamente, reduciendo uno de los costos más importantes que enfrenta toda obra de infraestructura: el riesgo. Quien así lo haga se habrá dado cuenta que muchas de las soluciones a problemas serios no reside en respuestas labradas en piedra, sino mecanismos que confíen la solución a un órgano dándole directrices.⁴⁴ Quien entienda esto habrá dado un gran paso para dar un valor importante a sus clientes, y para fomentar una actividad necesaria y altamente deseada en nuestra economía.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año II, núm. 4, julio-diciembre 2013

⁴⁰ Artículos 134-137 de la LAPP.

⁴¹ Artículo 134, segundo párrafo, de la LAPP.

⁴² Artículo 138 de la LAPP.

⁴³ Artículo 139 de la LAPP.

⁴⁴ Ejemplos de esta aseveración genérica son las relaciones de fiducia y, en forma importante, el constitucionalismo.