

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
DE LA EMPRESA**

**LA EFICACIA DE LA JUNTA DE RESOLUCION DE DISPUTAS EN
EL SISTEMA DE SOLUCION DE CONFLICTOS DE LAS
CONTRATACIONES DEL ESTADO**

PRESENTADO POR:

SR. MIGUEL ANGEL SIPAN VELASQUEZ

Asesor: Alejandro Moscol

LIMA – PERÚ

2017

RESUMEN EJECUTIVO

Con el afán de reducir los costos y los tiempos en las contrataciones públicas, el Estado se vio en la necesidad de recurrir a figuras de índole privado para lograr el objetivo. Por dicho motivo, la Junta de Resolución de Disputas se volvió objeto de análisis en la presente tesis, teniendo en cuenta la poca información y experiencia que se tiene en el Perú.

Para entender la adaptación del referido medio de resolución de conflictos a la actual norma de contrataciones públicas se tuvo que apelar al origen de los dispute boards y su presencia en el mundo. Identificándose su importancia en el rubro construcción y, su poca publicidad, esto último podría ser como consecuencia de su naturaleza técnica.

La idea fue ir más allá de la naturaleza de la Junta de Resolución de Disputas y de revisar su recojo normativo; por tal motivo, se tenía que diferenciarla del arbitraje y entender la necesidad de contar con otro medio de resolución de conflictos, que no resulte del montón, como lo sucedido con la conciliación.

Se determinó que la Junta de Resolución de Disputas debería adaptarse a otros supuestos – bienes y servicios – o reformularse sus límites para generar mayor participación o conocimiento de potenciales usuarios, caso contrario, el arbitraje se consolidaría como el medio de resolución de conflictos por excelencia.

Entre los aportes de la presente investigación, se concluyó que el éxito de la Junta de la Resolución de Disputas radicará en la implementación de herramientas que le permita competir con los atributos que ostenta el arbitraje. Del mismo modo, el uso intensivo de la mencionada junta dependerá del conocimiento y capacidades de las personas que recurran a ella, por lo que el incremento de su demanda se dará en el largo plazo.

En sí, se identificó la necesidad que el Estado pueda dar cierta flexibilidad a los procuradores para que recurran y negocien en una Junta de Resolución de Disputas, de lo contrario, una herramienta introducida por el mismo Estado para reducir los conflictos perdidos en arbitraje no tendría razón de ser si los procuradores no la pueden invocar.

INDICE

INDICE	3
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I: Dispute Board / Aspectos Generales	6
1. Contrato administrativo	6
2. Contrato de obra pública	7
3. Métodos Alternativos de Solución de Conflictos Convencionales	9
3.1. El Dispute Board	10
3.2. Características del Dispute Board	11
3.2.1. Liberalidad privada	11
3.2.2. Naturaleza contractual	12
3.2.3. Flexibilidad	12
3.2.4. Inversión y rapidez	12
3.2.5. Resultado satisfactorio	12
3.2.6. Panel	13
3.3. Clases de Dispute Board	13
3.3.1. Dispute Review Boards	13
3.3.2. Dispute Adjudication Boards	13
3.3.3. Combined Dispute Boards	13
4. Los Dispute Board y su Desarrollo Internacional	15
4.1. Antecedentes	15
4.2. Experiencia Anglosajona	16
4.3. Experiencia Europea	17
4.4. Experiencia Latinoamericana	18
5. Los Dispute Boards en el Perú	19
5.1. Ámbito Privado	19
5.2. Ámbito Público	21
CAPITULO II: Nuevo Sistema de Resolución de Conflictos en las Contrataciones del Estado	25
1. Etapa Precontractual	25
2. Etapa Contractual	27
2.1. Suscripción de Contrato	29
2.1.1. Motivaciones	30
2.1.2. Centro de resolución de conflictos	30
2.1.3. Operatividad de la JRD	31
2.2. Ocurrencias durante el desarrollo de la obra	32
2.2.1. Incidencias relativas al Objeto del Contrato	32
2.2.2. Incidencias relativas a los Plazos Contractuales	34
2.2.3. Determinación de Daños y Perjuicios (Lucro Cesante)	35
2.3. Actuar de la JRD	37
3. Etapa Poscontractual	39
CAPITULO III: LA JRD COMO VIA PRE ARBITRAL	42
1. Poder Jurisdiccional	44
2. Composición	45
3. Poder Cautelar	46

4. Costos	48
5. Canal de Panamá y el Dispute Board	50
6. Laudos nacionales relativos a contratos de obra	53
7. Cumplimiento inmediato de la decisión de la JRD	56
CONCLUSIONES	59
BIBLIOGRAFIA	60



LA JUNTA DE RESOLUCION DE DISPUTAS EN EL SISTEMA DE SOLUCION DE CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

INTRODUCCION

El tema a tratar en el presente trabajo versa sobre la eficacia de la Junta de Resolución de Disputas (en adelante “JRD”) que se ha incorporado en la nueva Ley de Contrataciones del Estado (en adelante “LCE”) como una forma de solución de conflictos dentro de la ejecución de los contratos de obra pública. Dicho mecanismo se proyecta a ser la respuesta a los problemas que vienen presentando los contratos con el Estado.

La consideración de las JRD vendría a ser una apuesta por cambiar el sistema de resolución de conflictos en las contrataciones públicas. Existe mucha expectativa sobre su funcionamiento y su respuesta ante los problemas que se originan durante la ejecución de los contratos públicos, teniendo en cuenta que en el Perú la experiencia nivel privado y público es de reciente data y por tanto limitada.

El presente trabajo de investigación relativo a las JRD en el ámbito de las contrataciones públicas se encuentra estructurado en tres capítulos. El primer capítulo está destinado a brindar al lector un acercamiento al mundo de los Dispute Boards (en adelante “DB”), sobre su naturaleza, clases y evolución para la solución de conflictos a nivel contractual. De la misma forma, se dará un alcance sobre la aparición de la referida figura en el Perú (incluyendo los contratos de obra en el ámbito administrativo).

En el segundo capítulo se podrá apreciar una visión global del nuevo marco normativo sobre la JRD, que contempla la nueva LCE y su Reglamento. En esta misma sección, se podrá entender la forma en que funcionarán las JRD, a partir de las posibles incidencias que se puedan originar antes, durante y después de la ejecución de un contrato de obra.

El tercer capítulo se centra en realizar un análisis sobre los problemas que pueden presentar las JRD en su ejecución, para ello se evaluarán aspectos que están directamente relacionados a la efectividad de dicha figura jurídica, como la composición y capacidad del panel de expertos, las decisiones que se emitan y el costo-beneficio que pueden implicar para las partes contratantes, considerando que la realidad peruana en las contrataciones públicas se distingue por problemas de corrupción y escasa capacidad de gestión de las Entidades contratantes.

Asimismo, se hará una distinción con la figura del arbitraje y su relación con él; se revisará el reciente uso de un DB en la última obra de envergadura mundial, “Ampliación del Canal de Panamá”; y se analizarán determinados procesos arbitrales nacionales a manera de entender la real utilidad de la JRD.

La figura de la JRD está teniendo cada vez mayor reconocimiento como medio de resolución de conflictos, pero en el presente trabajo se evaluará hasta qué punto dicho mecanismo puede resultar ser un mero requisito formal para acudir al arbitraje, como sucede con la conciliación, que no brinda ningún aporte al sistema de resolución de conflictos.

En sí, el presente trabajo busca contribuir al estudio sobre la solución de controversias a nivel público, desde una visión teórica (con un enfoque administrativo - contractual), a partir de la inclusión de la JDR en la normativa de contrataciones del Estado y su esperada eficacia de sus decisiones para evitar conflictos.

CAPITULO I

DISPUTE BOARD / ASPECTOS GENERALES

1. Contrato administrativo

La introducción de la JRD en la LCE no solo implica un mejoramiento del sistema de resolución de disputas, sino en el afianzamiento de las instituciones de origen civil en el derecho administrativo, ámbito normativo en el que se desenvuelven las compras públicas, que se fundamentan en el uso de fondos públicos por parte de la Administración Pública.

En base a lo anterior, las contrataciones que realice el Estado con los proveedores o contratistas vendrían a ser considerados contratos administrativos porque se rigen bajo parámetros normativos de carácter público, definición que no se distanciaría mucho del expresado por Richard Martin¹, para quien dicho contrato vendría a ser una categoría jurídica que permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales conforme a las normas de derecho público que definen su contenido y que en ciertas formas lo diferencian de los contratos privados.

Como se puede apreciar, una distinción entre el contrato administrativo y el privado sería que en el primero hay una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, es decir que la entidad estatal deberá actuar en base al principio de legalidad (los actos que realice estén expresamente regulados en la norma respectiva), mientras que el proveedor deberá ceñirse a las reglas establecidas en las bases del proceso de selección y al contrato que se suscriba; pero, más que una limitación a la referida autonomía, parecería que las partes contratantes deben ser conscientes de la formalidad a respetar para actuar acorde a derecho y así lograr el objetivo planteado.

Otra distinción está referida a la desigualdad jurídica que existe en un contrato administrativo, dado que la Administración Pública es quien establece desde un inicio las condiciones contractuales a manera de superponer los intereses públicos sobre los particulares del contratista, lo cual tal vez no necesariamente debería entenderse así, debido a que ambos intereses son tutelados por el ordenamiento jurídico, lo cual resulta más notorio en la reciente normativa de contrataciones públicas².

En sí, lo anterior estaría intrínsecamente relacionado al tema de la mutabilidad, por el hecho que es el Estado tiene la potestad de variar las especificaciones técnicas iniciales debido a causas de fuerza mayor, sustentado en el interés público, por lo que el contratista debe limitarse a aceptar y cooperar, sin que ello implique un desconocimiento a la reformulación de su contraprestación.

Por otra parte, lo del interés público en los contratos administrativos resulta interesante desde el punto de vista de la afectación de terceros, en otras palabras, ante el retraso de la ejecución de una obra se estaría perjudicando a los potenciales usuarios de la

¹ MARTIN TIRADO, Richard. "El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú." Revista Arbitraje PUCP. Pg. 42.

² Artículo 135.- *Causales de resolución*
(...)

El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

misma, por lo que habría una necesidad pública no cubierta; sin embargo, ello no implica que en los contratos privados no pueda existir una afectación a terceros.

En resumen, la diferencia entre el contrato administrativo y el privado no estaría del todo clara si se tiene en cuenta que la contratación moderna viene evolucionando cada vez más, al punto que ha dejado atrás la teoría dualista sobre la contratación administrativa, permitiendo que la teoría unitaria sea quien explique que un contrato celebrado por el Estado es administrativo porque le corresponde la aplicación de un régimen de derecho público específico.

Teniendo claro el contexto en que se desenvolverá la JRD, procede revisar su adecuación al ámbito administrativo, para ello basta remontarse a la experiencia de la conciliación y el arbitraje en la LCE, que al final de cuentas no resultaron incompatibles con la contratación administrativa, por el contrario, han contribuido con la actual evolución del sistema de resolución de controversias con el Estado, una figura jurídica más que la otra.

La acogida de la conciliación se da en el marco de la promoción del diálogo directo, rápido y económico que planteó el Estado en diversos ámbitos, como el requisito de haber solicitado una audiencia de conciliación antes de recurrir a la administración de justicia (para aquellos derechos que pueden ser objeto de negociación).

Al no ser la conciliación un método de resolución de disputas que emita decisiones firmes, permite que las partes logren solo un acercamiento y/o puedan buscar otra salida a sus problemas, como el arbitraje de derecho, que si ofrece una respuesta decisiva en mérito de sus facultades jurisdiccionales.

En ese sentido, es evidente que en el ámbito de resolución de conflictos en la etapa contractual la Administración Pública no puede ser juez y parte a la vez y el Poder Judicial carece de la capacidad para responder a la demanda. Siendo las instituciones de naturaleza civil las mejores opciones y que en principio no se contrapondrían con el derecho administrativo debido a que han pasado por un proceso de adaptación (sin que la calidad de una de las partes contratantes - entidad estatal - sea la que importe).

2. Contrato de obra pública

Con la nueva LCE el uso de los DB debe estar limitado a los contratos de obra, ello porque son las contrataciones que demandan un mayor presupuesto público, a diferencia de las contrataciones de bienes o servicios, que a su vez no son tan complejas. Adicional a ello, las obras trascienden en el tiempo - a pesar de su uso constante - y deben cumplir con ciertos parámetros de seguridad a manera de evitar potenciales daños personales o materiales.

De acuerdo con Alexander Campos y Luis Hinostroza³, el contrato de obra simplemente consistiría en que el contratista se obliga a efectuar una obra determinada, mientras que el comitente, se encarga del pago; no obstante, a nivel público el acuerdo de voluntades originaría una serie de documentos que formarían parte del contrato, bases, expediente técnico, entre otros.

³ CAMPOS MEDINA, Alexander y HINOSTROZA SOBREVILLA, Luis Martin. "El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir". Revista PUCP. N° 05. Círculo de derecho Administrativo de la facultad de derecho de la PUCP. 2008. Pg. 298. Visto el 12.04.16. http://pbeabogados.facipub.com/facipub/upload/publicaciones/1/71/el_contrato_de_obra_publica.pd.

Resulta cierta dicha afirmación si consideramos que el Estado debe emitir su voluntad bajo ciertas reglas o formalidades, es decir que mediante un proceso de selección preestablecido por norma especial el Estado debe manifestar su voluntad y de presentarse alguna irregularidad, la entidad contratante tendría que verse sometido a un examen de control de gestión a manera de determinar responsables.

La razón de ser del control público es que la financiación de una obra pública se basa en el fondo público proveniente de los contribuyentes, por lo que hay un deber de velar por el correcto uso de dicho fondo.

De esta forma, al proyectarse una obra se debe tener identificar el interés público en cuestión, la necesidad pública, utilidad, potenciales beneficiarios y su eficiencia económica; en base a dichos aspectos la entidad estatal debe procurar que el presupuesto a asignar no se mal gestionado (pagar por una adicional de obra no justificado).

Por otra parte, en un contrato de obra pública no solamente se pueden encontrar dos partes, ya que la Entidad es responsable de designar un supervisor o un ingeniero que se encargue de verificar que el contratista realice los trabajos según las especificaciones del contrato y los documentos técnicos que lo componen.

Luego de superada la etapa del proceso de selección y definida las partes involucradas en el contrato de obra, las partes contratantes deben evitar cualquier contratamiento relacionado al plazo, precio, avance de obra y el expediente técnico, considerados como los elementos que mantienen el equilibrio financiero de una obra.

Para Ramón Huapaya⁴, en un contrato de obra no se puede descuidar el principio del equilibrio económico financiero, con el fin de no perjudicar a ninguna de las partes contratantes, y que las obligue a iniciar un medio de resolución de conflictos.

Conforme a ello, se puede inferir que dicho equilibrio se podría afectar con la sola modificación del expediente técnico, por parte de la entidad estatal en base a su potestad del ius variandi del contrato, que no debe implicar el perjuicio económico del contratista; por el contrario, de la mano con la reformulación del expediente técnico debe acompañarse el reconocimiento de un nuevo precio del resultado final a entregar.

Según Libardo Rodríguez⁵, el principio económico de los contratos nació como un derecho exclusivo de la entidad estatal, por el hecho que a pesar de los cambios que debían efectuarse al expediente técnico no podía paralizarse la ejecución de la obra, más, si hay un interés público de por medio. Consecuentemente, se debía considerar una contraprestación al contratista por las variaciones propuestas por la entidad estatal con el fin de mantener el equilibrio económico financiero del contrato de obra.

En sí, el desequilibrio se desencadenaría por variaciones extraordinarias e imprevistas al momento de suscribir el contrato de obra, por causas imputables a terceros o de fuerza mayor (circunstancias ajenas a las partes). Ante un desequilibrio las partes contratantes deberán recurrir a ciertos instrumentos jurídicos para que se restablezca su derecho al

⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón. "Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura". Revista IUS ET VERITAS. N° 46. 2013. Pg. 46.

⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. "El equilibrio económico en los contratos administrativos". Revista Derecho PUCP. N° 66. 2011. Pg. 69.

equilibrio económico, como el establecimiento de una cláusula de reajuste de precios o de solución de conflictos (conciliación, JRD y/o arbitraje).

En consecuencia, el contrato de obra pública debe estar acorde a los procedimientos establecidos por la normativa correspondiente y cualquier potestad o prerrogativa atribuida a la entidad estatal no puede presumirse ni tenerse por implícita, puesto que derivan directamente de norma expresa. Con ello se garantiza que las contrataciones con la Administración Pública ostentarán de la estabilidad jurídica necesaria para no desalentar la inversión privada (además del interés público y/o la finalidad administrativa contenida en el objeto del contrato). Los actos de la Administración Pública serán fiscalizados por los órganos de control, y por ende, si se presentara un desequilibrio económico financiero que no pueda ser superado, las partes tendrán la facultad de recurrir a método de solución de conflictos que esté acorde a su necesidad (siempre y cuando se haya consignado la cláusula pertinente en el contrato).

3. Métodos Alternativos de Solución de Conflictos Convencionales

Durante el desarrollo de las relaciones contractuales las partes contratantes se encuentran con una serie de diferencias que pueden llegar a comprometer un proyecto en particular, lo cual implicaría que se recurra a diversos mecanismos de solución de controversias, ya sea en el ámbito privado o público, solo que en este último caso, las partes se verán limitadas a lo regulado en las normas especiales, como la LCE, que fija taxativamente los métodos de resolución de conflictos a utilizar en caso de originarse una controversia durante la ejecución de un contrato.

Conforme a lo anterior, las partes contratantes de forma previa a la suscripción de un contrato tendrían que definir él o los mecanismos de solución de conflictos que más les convenga o que les brinde las garantías necesarias para obtener una solución rápida y razonable. Lo que no ocurre a nivel público, dado que, por norma expresa las partes deben regirse a los mecanismos ya preestablecidos, en cierto sentido, ello representaría una ventaja por el hecho que ya no se invertiría tiempo y esfuerzo para acordar la forma en que se resolverán las disputas.

Ante lo mencionado, resulta pertinente traer a colación los medios de resolución de conflictos que se fundamentan en la voluntad de las partes, y que tanto la doctrina como las normativas han reconocido, a modo de entender la naturaleza de los DB y su relación con ellos:

- a. **Negociación:** se encuentra regido íntegramente por la liberalidad de las partes contratantes, sin que se permita ningún atisbo de uso de la fuerza o de coerción que obligue a una de las partes a ceder a favor de la otra. La intervención de un tercero es ajena a la naturaleza de este mecanismo de solución de conflictos, que, si bien no está regulado dentro de la normativa de contrataciones del Estado, su recurrencia es muy común entre las partes contratantes para evitar que los problemas que surjan durante la ejecución de un contrato público puedan afectar la terminación de un proyecto.
- b. **Mediación:** en este tipo de mecanismo de solución de conflictos interviene un tercero neutral que acompaña a las partes contratantes y que no necesariamente puede formular una propuesta de solución para que arriben a un acuerdo, según Juan García Montúfar⁶.

⁶ GARCÍA MONTUFAR, Juan. "Los medios alternativos de solución de conflictos". 2008. Revisado el 30.10.15. blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/18/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos/.

- c. **Conciliación:** mediante este medio el tercero interviniente o conciliador asiste a las partes contratantes para encontrar una posible solución al problema. Por dicho motivo se le ha considerado como un complemento en el sistema de solución de controversias de la LCE.
- d. **Arbitraje:** Conforme a lo señalado por Aníbal Sierralta Ríos⁷, es otro medio de solución de conflictos que se basa en un acuerdo de voluntades de las partes limitado al mandato de la moral y orden público, caso contrario, carecería de validez lo que se decida. Con el arbitraje las partes buscan un resultado que nazca de una igualdad de condiciones y de la confianza en el criterio del árbitro, lo cual sirvió de fundamento para que su uso en las contrataciones del Estado sea de forma obligatoria.

En definitiva, los referidos medios son ampliamente conocidos, en comparación con los DB, que aún se mantienen en el umbral de lo desconocido para la mayoría de personas, es por ello que su reciente inclusión de la nueva LCE resulta innovadora, por ende, conviene conocer el mundo de los DB.

3.1. Dispute Board

De acuerdo con Juan Eduardo Figueroa Valdés⁸, los DB serían una especie de órgano para solucionar conflictos de origen contractual de forma inmediata, debiendo conformarse una vez firmado el contrato, con uno o tres panelistas (miembros).

De lo anterior, resulta necesario entender ciertos aspectos como ¿A qué tipo de contrato se podría aplicar un método de prevención de conflictos como los DB?

Conforme a lo expresado por María Laura Velazco⁹, los DB son ideales para las relaciones contractuales relacionadas a los contratos de obra, específicamente para proyectos de envergadura, que presenten una gran complejidad.

Lo señalado indicaría que un DB solamente sirve para proyectos de obra, pero, si es un instrumento que nace de la voluntad de las partes, dentro de un contexto contractual ¿Por qué limitarlo a un ámbito específico? ¿Acaso la conciliación o el arbitraje se limitan a determinadas relaciones de orden contractual?

Si bien es cierto que los contratos de obra se destacan por la complejidad que presentan, unos más que otros, nada quita que los DB puedan experimentarse en contratos de suministro de bienes o de prestación de servicios, dado que nacen de la voluntad y reglas establecidas por las partes.

Ahora, durante la fase precontractual las partes pueden definir un mecanismo que prevenga futuros conflictos y que consista de una forma similar al arbitraje, no habría problema para que se pueda recurrir al uso de los DB para contratos que no necesariamente estén referidos a una obra.

⁷ SERRALTA RÍOS, Aníbal. "El Arbitraje Obligatorio en las Contrataciones del Estado". Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Pg. 144.

⁸ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. "Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción. Pg. 2. Revisado el 18.11.15. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-Los-Dispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construccion-M%C3%A9xico.pdf>.

⁹ VELAZCO, María Laura. "Los Dispute Boards". Argentina International Chamber of Commerce. Visto el 21.11.15. <http://www.iccargentina.org/index.php/dispute-boards-5-preguntas-a-maria-laura-velazco/>.

No obstante, siguiendo con lo expresado por Fernando Capuñay y Gianfranco Ferruzo¹⁰, los DB están íntimamente relacionados con los contratos de construcción, debido a que son órganos cuya finalidad es prevenir conflictos de índole técnico y que su recurrencia no implique la suspensión de la ejecución de un proyecto.

Con los DB se pueden resolver diferencias sobre las características de los productos a utilizar en una obra, metrados, avances de obra, entre otros aspectos, lo cual implicaría que las personas que compongan el panel del DB cuenten con conocimientos especializados sobre ingeniería y arquitectura, lo que lo distingue con el arbitraje “administrativo”, conciliación o el fuero judicial, por el hecho que las personas que dirigen los conflictos necesariamente son juristas.

Como se puede apreciar, la efectividad y atracción de los DB radicaría en la calidad de las personas que compongan el panel, los mismos que deberán contar con conocimientos técnicos, relegándose a un segundo plano los aspectos de derecho, ya que ello podría implicar en cierta medida que se asemeje al arbitraje (procedimental y más formalista).

Por otra parte, si nos remitimos al concepto de DB de Eduardo Solís Tafur¹¹, podemos observar que hace referencia a lo establecido por la Cámara de Comercio Internacional, la misma que considera que los DB se establecen desde que inicia un contrato, debiendo estar activo durante toda la ejecución, lo cual implicaría que se mantenga remunerados a los miembros del panel técnico.

Conforme a ello, se descartaría la idea que la constitución del DB se efectúe apenas se origine una diferencia entre las partes sobre un aspecto específico que comprometa el avance de obra. La duda estaría en qué tan rentable puede ser para las partes mantener activo un panel remunerado durante la ejecución del contrato, si se puede recurrir a un arbitraje cuyo costo puede asemejarse al del DB.

En sí, el DB vendría a ser un órgano que se origina de la voluntad de las partes y que dependiendo de la envergadura o complejidad del proyecto podrá componerse por uno o tres miembros, los mismos que deberán contar con conocimientos técnicos especializados y estar familiarizados con la obra en cuestión.

3.2. Características del Dispute Board

Expuesta la definición de DB, resulta conveniente identificar las características que lo definen:

3.2.1. Liberalidad privada

No hay duda que los DB se basan y se desenvuelven conforme a lo que decidan las partes contratantes, quienes determinan la forma en que se reglamentará, sin que ello implique la transgresión de las leyes, orden público y buenas costumbres.

¹⁰ CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y FERRUZO DÁVILA, Gianfranco. “Breves Apuntes sobre los Dispute Board Resolution”. Lumen. Ed. UNIFE. 2014. Pg. 106.

¹¹ SOLÍS TAFUR, Eduardo. “La Nueva Ley de Contrataciones del Estado y la Junta de Resolución de Disputas (los dispute boards)”. Lumen. Ed. UNIFE. 2014. Pg. 114.

El tipo de DB y los efectos del pronunciamiento del tercero miembro del panel también son decididos por las partes. Esto último llevaría a pensar que ante la disconformidad de una de las partes respecto a algún aspecto del DB, le permitiría salir del mismo en cualquier momento, pero, de acuerdo con Carolina Macho Gómez¹², se puede establecer que para renunciar al DB necesariamente la disconformidad tiene que ser manifestada por ambas partes involucradas.

3.2.2. Naturaleza contractual

Las decisiones o recomendaciones del panel del DB se darán en un ámbito contractual, sin que ello implique que ostenten la condición de cosa juzgada o título ejecutivo. No se puede negar que las decisiones de naturaleza vinculante que pueda tener un DB deben ser tan eficaces como cualquier acuerdo contractual, por el hecho que emanan de un acuerdo de voluntades.

3.2.3. Flexibilidad

Es inherente en este tipo de mecanismo que su regulación se base en la voluntad de las partes, en vista de la poca regulación que existe, basta observar la reciente incorporación de las JRD a la nueva LCE, que no será ajena a posibles modificaciones en el futuro como ha venido sucediendo en los últimos lustros con las demás disposiciones contenidas en las normas de contrataciones públicas.

3.2.4. Inversión y Rapidez

El motivo por el cual las partes contratantes recurren a la instalación de un DB es para evitar que los costos de un proyecto de obra se sigan incrementando y/o tener que invertir en un arbitraje. De igual forma un DB tiene la ventaja de desarrollarse durante la ejecución del contrato, por lo que permite evitar los retrasos en el avance de obra, sin olvidar que al constituir un mecanismo de resolución de conflictos como el DB, las partes se concientizan para llegar a un acuerdo rápido, pero, la interrogante sería ¿Si en el ámbito de las contrataciones con el Estado podrán poner todo de su parte tanto los contratistas como las Entidades contratantes? A sabiendas que actualmente hay muchas paralizaciones de obra, sea por deficiencias en las construcciones o problemas de déficit presupuestal¹³.

3.2.5. Resultado satisfactorio

Con el DB las partes involucradas buscan obtener un resultado que les permita terminar una obra sin demora, por lo que la motivación estará intrínsecamente relacionada con los intereses de las partes.

¹² **MACHO GÓMEZ**, Carolina. “Los ADR «alternative dispute resolution» en el comercio internacional”. Cuadernos de Derecho Transnacional 2013, Vol. 5, Nº 2, Pg. 398-427.

¹³ **LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**. Obras Paralizadas. Infoobras. Ed. La Contraloría General de la República. 2015. Pg. 2 y 4.

3.2.6. Panel

El DB podrá estar conformado por uno o tres miembros expertos, especialistas técnicos y con conocimientos de gestión de conflictos, cuya función principal es emitir recomendaciones o decisiones vinculantes, para ello, los miembros del panel deberán estar continuamente informados respecto a los avances de obra.

3.3. Clases de Dispute Board

Al ser el DB un producto de la liberalidad de las partes, es lógico pensar que puedan existir una serie de tipos surgidos en base a la necesidad que se pueda presentar, por dicho motivo se ha podido identificar los siguientes tipos de DB:

3.3.1. Dispute Review Boards (en adelante “DRB”) o Juntas Revisoras de Disputas

Este tipo de DB se caracteriza por emitir recomendaciones, los mismos que no tienen fuerza vinculante. Estas recomendaciones pueden ser rechazadas por las partes en disputa en un plazo predeterminado, caso contrario, dichas recomendaciones pasarían a ser obligatorias, según lo expresado por Juan Eduardo Figueroa Valdés¹⁴.

3.3.2. Dispute Adjudication Boards (en adelante “DAB”)

A diferencia de los DRB, los ADB si emiten decisiones de carácter vinculante, es decir, que si la parte que no está conforme con el resultado necesariamente tendrá que recurrir al arbitraje para dejar sin efecto la decisión que hasta la emisión del laudo tiene que cumplirse.

3.3.3. Combined Dispute Boards (en adelante “CBB”)

Acá se puede apreciar una combinación de los DRB y DAB, donde el panel puede emitir recomendaciones y decisiones obligatorias, ello dependerá de su poder discrecional, que se deberá basar en una posible resolución de contrato, urgencia para definir un aspecto de la ejecución de la obra en cuestión y según Juan Figueroa, *a fin de preservar una prueba o evidencia que no podría reconstruirse con posterioridad*¹⁵.

En sí, la referida clasificación se basa en los efectos que origine el DB, según la naturaleza del conflicto, entendiéndose que los DRB y los CDB muestran a un tercero se dedica a analizar la documentación que las partes en conflicto presentan, a fin de emitir recomendaciones, es decir que se está ante un tercero “bastante activo”, a diferencia de otros métodos de resolución de conflictos, en el que el tercero no es tan activo.

¹⁴ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. “Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción”. Pg. 3. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-LosDispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construcci%C3%B3nM%C3%A9xico.pdf>. Revisado el 18.11.15.

¹⁵ Op. Cit. Pg. 3.

En cuanto a los DRB, el tercero resulta mucho más activo que en un DRB o CDB, dado que el análisis de toda la documentación y su investigación los realiza con mayor detenimiento, a fin de emitir una decisión de cumplimiento obligatorio.

Asimismo, las decisiones que los DAB emitan podrían servir de referentes en el caso que las partes contratantes decidan recurrir a un arbitraje, tomando en cuenta que dichas decisiones son emanadas por especialistas en las materias que han sido objeto de controversia.

Sin embargo, el problema con dicha clase de DB podría recaer en que los costos puedan resultar altos, si es que la presentación y análisis de la documentación puede conllevar más tiempo de lo planificado, al igual con la investigación que realice el panel del DB, sin olvidar la posibilidad que las partes recurran al apoyo de letrados que implique una posible dilatación del problema, debido a que se preferiría el uso de estrategias eminentemente legales, relegando los aspectos técnicos a un segundo plano y así evitar llegar a una solución concreta.

Por otra parte, desde el punto de vista de autores como Fernando Capuñay y Gianfranco Ferruzo¹⁶, la JRD vendría a ser un Dispute Resolution Board de naturaleza mixta, debido a que se vincularía o coexistiría con otros medios de resolución de conflictos, conforme a se describe a continuación:

- a. **Negociación:** los Dispute Resolution Board heredan de la negociación las técnicas de comunicación y la composición de los conflictos como resultado de las concesiones mutuas entre las partes.
- b. **El Partnering:** se conforma por personas ajenas al proyecto de obra en cuestión (evaluadores, mediadores o árbitros) con el fin de facilitar el diálogo entre las partes involucradas en dicho proyecto y evitar conflictos durante la ejecución del mismo. Los Dispute Resolution Board pueden coexistir con el partnering en base al principio de colaboración o ser conformadas con la ayuda de las personas que componen el partnering.¹⁷
- c. **Early Neutral Evaluation (Evaluación Temprana Neutral):** se basa en la participación independiente de un tercero experto que emite una recomendación de hecho y de derecho no vinculante para las partes, dependiendo de ellas para llegar a un acuerdo a partir de dicha recomendación. De lo referido, se desprende que los DRB recogen la figura del tercero neutral que emite recomendaciones no vinculantes.¹⁸
- d. **Adjudication (Adjudicación):** es un instrumento de naturaleza mixta similar al Early Neutral Evaluation, diferenciándose en el carácter vinculante de las decisiones del tercero independiente. En esta figura el adjudicador juega un rol muy participativo, interactúa con las partes, solicita y revisa la documentación que requiera, hasta puede actuar como una institución pre arbitral. Los DAB recogen aspectos como el tercero independiente que emite decisiones de obligatorio cumplimiento, pero no necesariamente la capacidad de continuar un arbitraje sin paralizar la ejecución de una obra.¹⁹
- e. **Juicio de Peritos:** realizado por un tercero especializado en temas técnicos que emite un pronunciamiento vinculante para las partes. Distinguiéndose del

¹⁶ CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y FERRUZO DÁVILA, Gianfranco. "Breves Apuntes sobre los Dispute Board Resolution". Lumen. Ed. UNIFE. 2014. Pg. 108.

¹⁷ Op. Cit. Pg. 109.

¹⁸ IBID

¹⁹ IBID

dictamen pericial que se emite dentro de un proceso y que no necesariamente el que resuelva el conflicto debe ceñirse a lo plasmado en dicho dictamen. Caso contrario es lo que ocurre con el Juicio de Peritos, que también se puede desenvolver al interior de otro método de resolución de conflictos, como el arbitraje, solo que en este caso los árbitros ya no tendrían que pronunciarse al respecto, porque lo indicado por el perito es vinculante²⁰. Como se puede apreciar, los Dispute Resolution Board recogen de esta figura al tercero especialista que emite una decisión vinculante para las partes.

- f. **Mediación:** se relaciona específicamente con los DRB, por la labor facilitadora del mediador que no tiene efecto vinculante.
- g. **Arbitraje:** a través del cual se ventilan los conflictos en su etapa crítica, a diferencia de los DB, que desde un inicio conocen los problemas que se originan durante la ejecución de la obra. Debido a ello es que se considera al DB como un complemento del arbitraje.

4. Los Dispute Boards y su Desarrollo Internacional

4.1. Antecedentes

De acuerdo con Herfried Woss, los DB surgieron en los Estados Unidos de América durante la década de los años sesentas, en Washington, con el caso Boundary dam en Washington²¹.

Al inicio de la década de los años setentas, el DB fue utilizado nuevamente durante la ejecución de la segunda perforación del Túnel Eisenhower, en Colorado, Estados Unidos, a través del cual se lograron resolver tres conflictos²².

A partir de la década de los años ochenta ya se pueden destacar experiencias a nivel internacional con los DB (en 1988 se pudieron contabilizar un total de 1,100 proyectos que se desarrollaron con un dispute de por medio)²³, en países como Honduras, Suecia, Neva Zelanda, Sudáfrica, Reino Unido, Francia, India China, Uganda, entre otros.

Como consecuencia de dichas experiencias, es que a los DB se les ha relacionado con proyectos de envergadura o internacionales, un ejemplo de ello es el “EL Cajón” en Honduras, llevado a cabo en 1980, su relevancia se debe a que fue el primer proyecto internacional que recurrió al uso de un DB, específicamente del DRB²⁴.

Ante el avance internacional de los DB, organismos como el Banco Mundial comenzaron a reconocer dicha figura como una alternativa eficaz para la resolución de conflictos en la ejecución de proyectos de obra, un ejemplo de ello fue la publicación del Procurement of Works, que contiene un modelo de contrato FIDIC (Federación

²⁰ CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y FERRUZO DÁVILA, Gianfranco. “Breves Apuntes sobre los Dispute Board Resolution”. Lumen. Ed. UNIFE. 2014. Pg. 109.

²¹ WOSS, Herfried. “Panel de Adjudicación de Desavenencias “Una retrospectiva”. Boletín Informativo PAUTA. Cámara Internacional de Comercio. México. N° 50. 2006. Pg. 13.

²² ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina. “Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura”. Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. 2014. Pg. 12.

²³ BUNNI, Nael G. “Dispute Boards with Particular Emphasis on FIDIC’s DAB Procedure” International Construction Contracts and Dispute Resolution Conference. Egipto. 2005. Pg. 7.

²⁴ Op. Cit. Pg. 7

Internacional de Ingenieros Consultores) modificado, que contempló el uso de los DB²⁵.

Asimismo, para mediados de la década de los años noventa se emitieron una serie de documentos relativos a las licitaciones financiadas por el Banco Mundial, a través de los cuales se estableció que los conflictos que surjan durante la ejecución de los contratos cuya cuantía supere los US\$ 50 millones de dólares debían ser sometidos al DRB (cuyas recomendaciones serían no vinculantes para las partes)²⁶.

Posteriormente, la FIDIC publicó sus modelos de contratos para plantas, diseño, construcción y contratos llave en mano, mediante los cuales se definió que los conflictos que se generen en la ejecución de los contratos serían sometidos al DAB. Lo cual llevó a que en 1999 la FIDIC incorporará dicho mecanismo en todos sus modelos de contratos²⁷.

Para la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el DB se convirtió en un método de resolución de controversias clave, lo cual implicó la creación de un Centro de Dispute Boards y la publicación de un Reglamento²⁸.

4.2. Experiencia Anglosajona

Desde 1987 los DB han cobrado notoriedad en Australia, debido a su recurrencia en 20 contratos²⁹ que se han destacado por ser proyectos de gran presupuesto y que se basaron en los siguientes criterios para apostar por un DB (según Donald Charrett³⁰):

- Se promueve el acuerdo bilateral.
- Se facilita la comunicación abierta.
- Se facilita la confianza y cooperación.
- De antemano se verifican y analizan las diferencias entre las partes a fin de llegar a un acuerdo rápido.
- Resuelven de forma imparcial.
- Se reducen los costos de transacción.

Como se puede apreciar, este mecanismo se destaca por su dependencia en la voluntad de las partes, quienes por lo general se mostrarían predispuestas a resolver sus diferencias dentro del desarrollo de un proyecto de gran envergadura.

Asimismo, una de las ventajas de los DB en Australia fue la capacidad y conocimiento que presentaban los miembros que componían los paneles de expertos, no solo en temas de construcción, diseño, interpretación y aplicación de los documentos contractuales, sino también, en procesos de resolución controversias, lo

²⁵ **WOSS**, Herfried. "Panel de Adjudicación de Desavenencias "Una retrospectiva". Boletín Informativo PAUTA. Cámara Internacional de Comercio. México. N° 50. 2006. Pg. 13.

²⁶ **ESCOBAR MUÑOZ**, Andrea Karina. "Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura". Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. 2014. Pg. 13.

²⁷ **CAIRNS**, David J.A. e **MADALENA**, Ignacio. El Reglamento de la ICC relativo a los "Dispute Boards". Cremades y Asociados. España. <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634528963777658688.pdf>. Pg. 3. Revisado el 04.12.15.

²⁸ **Op. Cit.** Pg. 4.

²⁹ **CHARRETT**, Donald. "Dispute Boards and Construction Contracts". Society of Construction Law. 2009. Pg. 17.

³⁰ **Op. Cit.** Pg. 19.

cual ha significado que los resultados obtenidos se reflejaran en la reducción de los costos de transacción.

En sí, basta recordar que en el sistema Common Law lo que predomina es el derecho que emana de las cortes³¹, por lo que el desenvolvimiento de los contratos no están rígido como en un sistema en el que las leyes son la regla general y de aplicación obligatoria, como en el derecho civil romano germánico. Cuando un contrato no se ve limitado estrictamente por las leyes, se deja espacio a la voluntad de las partes, por ende, los DB van a tener una mayor factibilidad para aplicarse.

Por otra parte, y debido al fenómeno de los DB, en el año 2000 la Asociación Americana de Arbitraje (EEUU) implementó el servicio de administración de los DRB, del cual se puede destacar que las partes que recurran a este método de solución de conflictos deberán costear en partes iguales los gastos y honorarios que se generen³².

Otra peculiaridad, que resalta en los DB que administra la Asociación Americana de Arbitraje es que los miembros que componen el panel de expertos no serán responsables personal ni profesionalmente por los actos que realicen dentro de un DB³³, lo cual sería contradictorio con la importancia que se da dentro de un arbitraje a la decisión que se emite en un DB (medio probatorio), porque se estaría liberando de responsabilidad a aquellas personas expertas que han conocido del proyecto al detalle desde un inicio, y por ende, trasladando dicha responsabilidad al árbitro que le toque conocer el conflicto en particular.

4.3. Experiencia Europea

En el 2004 la Cámara Internacional de Comercio de París publicó las reglas de funcionamiento de los DB, con el objetivo de que este mecanismo pueda ser aplicado tanto a proyectos de larga duración, como a los de mediano plazo, así como, a industrias que no necesariamente estén relacionadas al de la construcción³⁴.

Conforme a lo expresado por Juan Figueroa³⁵, en el artículo 21 del referido Reglamento se contempló la posibilidad de que las partes por común acuerdo permitan a la Cámara Internacional de Comercio revisar la decisión que emita el DB antes de su respectiva notificación. Lo cual resulta peculiar, debido a que si la referida Cámara tuviera alguna observación sobre el fondo tendría la influencia de cambiarlo, actuando de alguna forma como un órgano revisor o de doble instancia, lo que sería conveniente en caso de existir algún indicio de irregularidad en el panel de expertos, pero, la interrogante estaría en saber si la Cámara tendría las condiciones para dar una

³¹ **ESCOBAR MUÑOZ**, Andrea Karina. "Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura". Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. 2014. Pg. 38.

³² **FIGUEROA VALDÉS**, Juan Eduardo. "Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción". <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-LosDispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construccion-Mexico.pdf>. Pg. 6. Revisado el 18.11.15.

³³ **American Arbitration Association**. "The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution". 2004. Pg. 9.

³⁴ **FIGUEROA VALDÉS**, Juan Eduardo. "Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción". <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-LosDispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construccion-Mexico.pdf>. Pg. 6. Revisado el 18.11.15.

³⁵ **Op. Cit.** Pg. 6.

opinión sobre algo que no conoce al detalle o si se puede mantenerse imparcial en la controversia.

Por otra parte, en el artículo 17° del mencionado Reglamento se contempla la posibilidad que las partes puedan buscar una solución a la controversia de forma paralela al DB activado, ello respondería a la convivencia de dicho mecanismo con otros medios de resolución de conflictos, como el de la negociación directa, la cual prácticamente se desarrolla durante toda la ejecución de un proyecto en particular, siempre y cuando, se mantengan abiertos los canales de comunicación.

Para dicho efecto, la Cámara Internacional de Comercio ha implementado un Centro de Dispute Board³⁶, que permite contar con personas capacitadas en temas concernientes ingeniería, diseño y resolución de conflictos, más, si dicha institución puede intervenir en la elección de los miembros que compondrán el panel de expertos.

Por último, los DB en el Reino Unido han posibilitado la reducción de los litigios ante las cortes y arbitrajes³⁷, lo cual ayudaría a entender la existencia de la London Court of International Arbitration (centro de resolución de conflictos), al igual que en España, con la Corte Española de Arbitraje y la Corte de Arbitraje de Madrid³⁸.

4.4. Experiencia Latinoamericana

En el caso venezolano los métodos de resolución de disputas han tenido su espacio de desarrollo a través del artículo 61° del Título VII del Decreto N° 318 de fecha 17.09.99 que modificó el Decreto-Ley N° 138 de fecha 20.04.94 (sobre concesiones de obras públicas y servicios nacionales):

“Cuando se trate de la solución de diferencias de carácter exclusivamente técnico, las partes podrán someter la solución del asunto al conocimiento de expertos directamente designados por ellas. En tales casos, la decisión adoptada siguiendo el procedimiento previamente establecido, tendrá carácter definitivo.”

Como se puede colegir de dicho párrafo, los DB encajarían dentro de este supuesto, por referirse a la necesidad de llevar una controversia surgida durante la ejecución de un proyecto a un grupo conformado de expertos que puedan emitir una decisión de carácter definitivo. Creo que esto último debió estar acompañado con una precisión respecto a un condicionamiento de un plazo para impugnar lo decidido por el panel de expertos, considerando que lo regulado está referido a las obras públicas.

Del mismo modo, se puede encontrar en la legislación Colombiana un tratamiento sobre los mecanismos de resolución de disputas a nivel público (Ley 80 de fecha 28.10.93 relativa al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública),

³⁶ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. “Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción”. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-LosDispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construcci%C3%B3n-M%C3%A9xico.pdf>. Pg. 7. Revisado el 18.11.15.

³⁷ ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina. “Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura”. Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. 2014. Pg. 13.

³⁸ DÍAZ BARCIA, Christian. “Los Comités de Disputas. Su aplicación en Costa Rica”. Visto el 01.12.15. <http://abogados.or.cr/uploads/CMS/Articulo/f18e01a51085ac0f262051b59b651dc1fe4b12b6.pdf>. Pg. 3.

mediante el cual las partes pueden someter su controversia ante un panel de expertos designados por ellos **o ante un organismo consultivo del gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior**³⁹.

De lo anterior, se puede desprender una serie de alternativas para que las partes decidan a las personas que resolverán su controversia, lo cual resulta inventivo, ello sumado a que las decisiones que emitan los terceros serán definitivas, podría ser una buena alternativa, lo cual se podrá analizar más adelante.

Si bien, países como Ecuador o Costa Rica aún no regulan de forma expresa los DB, si podemos encontrar predisposiciones normativas en dichos países para que las partes puedan hallar la forma de solucionar sus controversias al amparo de la liberalidad de las partes, lo cual posibilita que en el futuro se conciba una regulación específica de dicho método de resolución de conflictos.

En el caso de Uruguay y Argentina las experiencias más cercanas que se dan con los DB en el ámbito público, específicamente en los contratos de concesión, sin embargo, estrictamente aún se mantienen dentro del concepto genérico de métodos de resolución de conflictos, por lo que sería conveniente que en algún momento su avance con los DB alcance un nivel como el logrado por Chile o El Salvador, que han insertado contratos modelo, similares a la FIDIC⁴⁰.

5. Los Dispute Boards en el Perú

5.1. Ámbito Privado

En el Perú los DB de carácter privado han sido introducidos de forma reciente, específicamente por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP), que en el año 2013 implementó un reglamento relativo a los DB para su utilización en el sector de la construcción.

Ahora, con la entrada en vigencia de la LCE y sus directivas en el 2016, no debe ser difícil encontrar otro centro de resolución de conflictos en el Perú que haya incorporado una reglamentación para los DB, y si bien, los DB en el Perú se han pensado para un limitado sector empresarial, representa un paso para su continuo desarrollo, para ello sería conveniente destacar sus principales características:

- a. Las determinaciones no tienen fuerza ejecutiva. (Art. 1°).
- b. Las partes acuerdan si las determinaciones serán vinculantes sobre ellas. (con ciertas excepciones)
- c. La Cámara de Comercio Internacional podrá nombrar a los miembros del panel de expertos por intermedio del CARC-PUCP.
- d. Al momento de suscribir el contrato las partes deben definir si contemplarán un DB y de qué tipo.
- e. Se establecen los tres tipos de DB antes mencionados.

³⁹ ROSSI, Mónica. "Solución de controversias – aplicación de métodos de resolución alternativa de disputas en contratos de concesión de obras y servicios públicos". Centro de Estudios de Justicia de las Américas. 2000. Pg. 13.

⁴⁰ CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y FERRUZO DÁVILA, Gianfranco. "Breves Apuntes sobre los Dispute Board Resolution". Lumen. Ed. UNIFE. 2014. Pg. 112.

- f. Ante una recomendación (no vinculante) o decisión (vinculante) las partes tienen un plazo para manifestar su desacuerdo sobre el mismo, a fin de que no le sea aplicable. (Art.4°).
- g. El incumplimiento de la recomendación o decisión posibilita a la otra parte a recurrir al arbitraje.
- h. En el CDB si una de las partes solicita que se emita una decisión y la otra se opone, quedará a criterio del panel emitir lo que crea conveniente, caso contrario sería en el caso que nadie se oponga, por lo que el panel estaría en la obligación de emitir una decisión. (Art. 6°).
- i. El Reglamento se aplicará de forma supletoria al contrato respecto a la constitución del DB.
- j. Si las partes no se ponen de acuerdo con la cantidad de miembros del DB, el mismo se compondrá por tres miembros. (Art. 7°).
- k. En el caso que el panel de expertos deba estar compuesto por tres miembros, las partes de común acuerdo decidirán los dos primeros miembros del DB, caso contrario será el CARC-PUCP quien decida, criterio que se aplica a la elección del presidente del panel.
- l. Los miembros del panel deben ser neutrales a las partes y no deben participar en un proceso judicial, arbitral u otro similar relacionado a uno de los desacuerdos sometidos al DB.
- m. Cada miembro del panel debe suscribir un contrato con las partes, quienes pueden rescindir el contrato de forma conjunta sin motivación alguna, siempre y cuando, se paguen los honorarios respectivos.
- n. En caso que las partes no acuerden el lugar en que se deberán realizar las visitas, será el panel quien lo decida, previa consulta de las partes.
- o. Las controversias que surjan luego de disuelto el DB serán resueltos mediante un arbitraje.
- p. A pedido de las partes, la decisión que emita el DB podrá ser revisada por el CARC-PUCP (Art. 21°).
- q. La determinación podrá ser admitida en un proceso judicial o arbitral, siempre y cuando, sean las mismas partes involucradas.
- r. Las partes pagarán en partes iguales los honorarios de los miembros del DB.
- s. Los miembros del DB, la CARC-PUCP y la Cámara de Comercio Internacional no serán responsables por los hechos, actos u omisiones ocurridas relacionadas con el funcionamiento del DB (Art. 33°).

Es evidente que el Perú se vale del modelo de la Cámara de Comercio Internacional para regular la operatividad del DB en los conflictos relacionados con la construcción (que se pueden originar por la mala redacción de los contratos o problemas de diseño).

Considerando que los DB nacen y se implementan de la voluntad de las partes, y que la realidad peruana puede presentar casos particulares, no se debería descartar la idea que con el transcurrir de los años el reglamento relativo a los DB muestre unos matices que lo diferencien un poco del modelo de la Cámara de Comercio Internacional.

Por otro lado, se debe destacar que dentro de las características antes descritas se encuentran una serie de funciones que debe cumplir el CARC-PUCP para la funcionalidad del DB, como los siguientes:

- Recepción del documento de sometimiento de la controversia a un DB y de su respectiva contestación. (el CARC-PUCP tiene que brindar la seguridad necesaria a las comunicaciones)
- Canaliza las comunicaciones entre el DB y las partes por medio de la notificación. (el CARC-PUCP tiene que brindar la seguridad necesaria a las comunicaciones)
- La elección del tercer o único adjudicador. (tiene que existir un trato equitativo con las partes)
- Mediante el Acta de Inicio de Funciones establece el comienzo de las actividades del DB. (las partes requieren que exista una certeza sobre el inicio de computo de plazos)
- Decisión sobre la imparcialidad o independencia del adjudicador. (las partes deben contar con adjudicadores que no tengan conflictos de intereses)
- Organización de la audiencia de determinación de disputas sometidas al DB. (es un derecho de las partes que se tenga un registro de lo que se efectúe en la audiencia)

A nivel privado las partes tienen una serie de opciones para evitar conflictos, todo se deja a su liberalidad y a la coincidencia de sus intereses. Sin embargo, al igual que el arbitraje, los DB representan un costo alto, debido a que se les tiene que mantener desde el inicio hasta la culminación del proyecto, ello implica pagar mensualmente a los miembros del panel de expertos, hasta al mismo CARC-PUCP.

Las partes tienen que considerar que le es rentable, un arbitraje o un DB, y si es este último, por obvias razones tendría que ser un órgano que emita decisiones, a manera de compensar el gasto que realizan ambas partes para mantener el DB.

Por otro lado, desde la aparición del referido reglamento, ya se han presentado proyectos que han experimentado la utilización del DB, como **la Hidroeléctrica Cheves y en la Autoridad de Saneamiento de Lima, Sedapal, se ha dado la utilización de los Comités de Disputas**⁴¹.

En sí, el reglamento del CARC-PUCP deja a las partes que elijan los mecanismos a utilizar para la resolución de sus disputas, así como, la manera en que se desenvolverá el proceso ante el DB, en caso que se evidencie una intencional demora o falta de acuerdo, el reglamento cuenta con las salidas apropiadas a fin de evitar que se llegue a un acuerdo, como bien puede pasar con la elección de los expertos, en especial cuando el panel sea unilateral.

5.2. Ámbito Público

Recientemente con la undécima disposición complementaria modificatoria de la Ley 30114 de Presupuesto del Sector Público para el 2014 (02.12.13) se ha ampliado el texto del numeral 9.6 del artículo 9 del Decreto Legislativo 1012 que aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas⁴² para la Generación de Empleo Productivo y

⁴¹ **DÍAZ BARCIA**, Christian. "Los Comités de Disputas. Su aplicación en Costa Rica". Pg. 12. Visto el 01.12.15. <http://abogados.or.cr/uploads/CMS/Articulo/f18e01a51085ac0f262051b59b651dc1fe4b12b6.pdf>.

⁴² De acuerdo al Artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 1012, las Asociaciones Público – Privadas (APP) son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.

para Agilizar los Procesos de Promoción de la Inversión Privada, con el fin de incorporar la figura de un Amigable Compondor (en adelante “AC”) y de la JRD (DB) en los contratos de Asociación Público – Privado cuando se presenten conflictos y antes de iniciar un arbitraje.

Como se puede distinguir, esta sería la primera vez en que se reconoce legalmente la incorporación del DB como mecanismo de solución de conflictos contractuales, manteniéndose su espíritu no definitivo de sus decisiones, dado que ello se deja al arbitraje, a diferencia del AC, quien podrá emitir decisiones que tendrán efectos de cosa juzgada, lo cual a mi parecer se trataría de fomentar que los conflictos se resuelvan por una persona y no por un cuerpo colegiado (DB que puede estar compuesto por uno o tres miembros), sino no habría necesidad de darle un poder decisorio, es decir que no podrá ser cuestionado ni por arbitraje o judicialmente.

En cambio, las decisiones que se emitan en las JRD serán pasibles de ser revisadas en un arbitraje, siempre y cuando sea promovido por una de las partes.

De igual manera, se debe resaltar que el DB en el ámbito de las Asociaciones Público – Privadas se pueden iniciar con el solo pedido de una de las partes involucradas en el conflicto, distinguiéndose de lo contenido en el reglamento del CARC-PUCP, donde se precisa que ambas partes tienen que estar de acuerdo para contemplar un DB.

De este modo, el éxito de ambas figuras recaerá en la recepción que puedan tener en ambos sectores (Estado-particular), dado que, si se recurre al AC, lo mínimo que uno espera es que presente un alto porcentaje de recurrencia y procesos resueltos, mientras que, con las JRD, lo que se espera es que los conflictos no lleguen a ser revisados en un arbitraje.

La regulación de AC y de la JRD en los contratos de Asociación Público - Privado fue el preámbulo para que el Estado decida insertar en la Ley N° 30225, LCE, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11.07.14, la institución de la JRD, en conformidad con la política de que las contrataciones sean más eficientes.

Con la publicación del Decreto Supremo N° 350-2015-EF el 10.12.15 tanto la LCE como su Reglamento (en adelante “RLCE”) entraron en vigencia el 2016, por lo que la utilización de la Junta de Resolución de Disputas solo será cuestión de tiempo.

En las Asociaciones Público - Privadas, tanto el AC como los miembros de la JRD podrían ser elegidos por un centro o institución que administre mecanismos de solución de conflictos (por delegación) lo cual posibilitaría la elección de gente con capacidad de resolver conflictos, no obstante, el cuestionamiento estaría en la posibilidad de recurrir a terceros neutrales extranjeros para que compongan el panel de la JRD, con lo que se estaría permitiendo que los profesionales nacionales sean relegados a un segundo plano, dado que las partes podrían confiar más en la neutralidad y capacidades de un foráneo.

Por otra parte, y contrario a lo que se pueda pensar, la utilización de las JRD a nivel de obras públicas ya se venía experimentando con anterioridad a la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, para ser más preciso, desde el año 2010, con ocasión a la suscripción del 19.11.09 de los Contratos de Préstamo N° 2092/OC-PE y el N° 7643-

PE con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), respectivamente.⁴³

Los referidos contratos se dieron para fomentar la ayuda al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II del Ministerio de Salud, cuyo fin se centra en incrementar el uso de servicios de salud materno – infantiles y reducir la morbilidad infantil de los niños y niñas menores de tres (03) años de familias de las zonas rurales, y al no ser sus fondos públicos era obvio que dentro de sus procedimientos y lineamientos se puedan contemplar medidas que permitan la solución rápida de las controversias que surjan durante el desarrollo de las obras.

De este modo, contemplar la figura del DB en las obras del PARSALUD II ha posibilitado que el mencionado programa tenga éxito (porque las obras no se paralizaban gracias a la Conciliación Decisoria, denominación utilizada para el tipo de DB en el PARSALUD II), a pesar de que no fue fácil, por el hecho que se tuvo que adaptar el mencionado DB a la realidad peruana, así como, capacitar a los consultores legales y coordinar con la Procuraduría⁴⁴, toda vez que la JRD es un mecanismo nuevo, poco conocida y que aún tiene que desarrollarse.

Como es sabido, los organismos internacionales suscriben con las entidades públicas convenios de cooperación para el desarrollo de proyectos financiados por fondos internacionales, y por tanto, se encuentran fuera del ámbito de la LCE. Cada organismo cuenta con su propio procedimiento para adjudicar la buena pro a una empresa, de la misma forma para ejecutar un contrato y solucionar las controversias.

Con la participación de un organismo internacional se asegura que un proyecto se va a llevar a cabo sin demora y con mejor eficiencia en su dirección o administración. Lo cual se ha visto reflejado con las Conciliaciones Decisorias en el PARSALUD II, al no haberse registrado ninguna paralización de obra, y si bien, 25 de 29 controversias fueron derivadas a arbitraje la mayoría fueron resueltas a favor de PARSALUD II⁴⁵.

En ese sentido, y tomando en cuenta que estas obras fueron financiadas con fondos internacionales, por organismos internacionales, con procedimientos y figuras diferentes de la LCE, y con funcionarios que fueron especializados en Conciliaciones Decisorias, los dispute board van a ser más eficientes, que los que se desarrollen en el ámbito de las contrataciones públicas, donde aún se presentan problemas en la administración de los contratos.

Asimismo, la experiencia en el PARSALUD II ha demostrado que a pesar de contar con una figura jurídica que permite resolver conflictos sin paralizar la ejecución de las obras, igual las partes no conformes recurren al arbitraje para buscar una segunda opinión, que les dé la razón y sea definitiva.

La eficacia de un mecanismo de resolución de disputas es que las controversias se definan en su fuero, pero, si no cuenta con las herramientas necesarias que vuelva firme y ejecutable su decisión será solo una vía pre arbitral.

⁴³ **ORTEGA ORBEGOSO**, Lissete Elizabeth. Dispute boards: experiencia en Sector Público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas”. Ed. Revista Actualidad Jurídica. Febrero 2016. Tomo 267. Pg. 257.

⁴⁴ **Op. Cit.** Pg. 258-259.

⁴⁵ **IBID**

En sí, es destacable el avance que el Estado realiza con los DB, sumándose a la red de países que ya vienen trabajando con dicha institución. Los DB aún tienen que ganarse un nombre en nuestro país, a fin de no quedar circunscrito en un centro de resolución de conflictos. Para lo cual, se tendría que trabajar más en la cultura de la negociación y la capacitación de destrezas para resolver disputas.

Igualmente, es innegable que el Estado cada vez cede a la liberalidad de las partes para resolver los conflictos, a buscar una solución en procesos simplificados, rápidos, especializados y hasta en cierta forma, económicos, lo que en un proceso judicial no encontrarían ¿Será que está bajo un fenómeno que se caracteriza por la huida de la competencia jurisdiccional?

Por último, corresponde analizar en el siguiente capítulo la conveniencia del Estado para recurrir a los DAB en la LCE y el RLCE, y dejar de lado otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos.



CAPITULO II

NUEVO SISTEMA DE RESOLUCION DE CONFLICTOS EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

Entró en vigencia una nueva normativa de contrataciones públicas que supuestamente permitirá que el Estado realice compras más eficientes y obras que se culminen en el menor tiempo posible, sin obviar la reducción de la corrupción.

Las medidas implementadas ya están generando suspicacias y críticas entre muchos, siendo la más resaltante, la que permite a las contrataciones menores o iguales a 8UIT no se encuentren reguladas por la LCE, algo que en mi criterio posibilitaría el aumento de la corrupción, ya que no habrá tanto control en la selección de los proveedores o contratistas y en la ejecución de los contratos.

Si bien hay cambios que no necesariamente podrían contribuir mucho en las contrataciones del Estado, existen otros que al parecer sí, como la contemplación de una JRD, figura relativamente nueva a nivel mundial, novísima en el Perú y “experimental” en las contrataciones del Estado.

La inserción de la JRD en la normatividad de contrataciones públicas no tomó mucho tiempo respecto a sus antecedentes, el reglamento del CARC-PUCP (2013) y las JRD en los contratos de Asociación Público - Privado, ello debido a que el Estado y el empresariado consideraron conveniente que todas las obras públicas puedan tener opción a las JRD.

El hecho de trasladar un método de resolución de conflictos emanado de la liberalidad de las partes no quiere decir que va a generar los resultados que uno puede esperar, solo habría que dar un vistazo al impacto que generó la conciliación en las contrataciones del Estado.

1. ETAPA PRECONTRACTUAL

En esta etapa resulta relevante describir la proyección de una obra a manera de entender su complejidad que en última instancia pueda justificar el inicio de una JRD.

El diseño de una obra partirá de una necesidad pública, el Estado deberá identificar un problema de infraestructura y la importancia de brindar mejor servicio público o mejorar la calidad de vida de los potenciales beneficiarios. Conforme a ello, el Estado puede elaborar por su propia cuenta (administración directa) o por el ejecutor de la obra (obras que se realizan bajo las modalidades llave en mano o concurso oferta) o un consultor de obra (previa convocatoria), para que elabore un expediente técnico.

Dicho expediente contendrá todos aquellos documentos de carácter técnico y/o económico que posibilitarán la adecuada ejecución de una obra, entre los cuales se encuentran el presupuesto de obra, memoria descriptiva, calendario de avance de obra valorizado, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, valor referencial, análisis de precios, fórmulas polinómicas y hasta estudios de suelos y de impacto ambiental.

Con el expediente técnico aprobado la Entidad puede proceder con la contratación del contratista que ejecutará la obra, para ello se debe definir el tipo de proceso a convocar (ello dependerá del valor referencial) y elaborar las bases del proceso en base al modelo que establece la Directiva N° 001-2016-OSCE/CD de fecha 09.01.16, el cual no contempla de

forma expresa la posibilidad que durante la ejecución de una obra las partes puedan recurrir a una JRD, como bien se hace para la conciliación o el arbitraje.

A pesar de la inclusión de la JRD en la norma de contrataciones, debería incluirse dicha figura en las bases estándar de licitación pública para la contratación de ejecución de obras a manera de internalizar en la mentalidad de los proveedores y Entidades la existencia de un mecanismo de resolución de conflictos con atributos superiores a la conciliación y algo comparable con el arbitraje.

Producida la convocatoria, supuestamente en las bases del proceso las reglas de juego y especificaciones técnicas tienen que estar claras, pero, en el ámbito de la ejecución de obras sería utópico pensar que todo estuviese tan claro para los proveedores como para no presentar consultas u observaciones, mediante las cuales puedan solicitar aclaraciones o cuestionar alguna irregularidad que implique una posible causal de nulidad.

Llevar a cabo una obra conlleva a que las partes involucradas tengan toda la información posible, pero si las bases adolecen de precisión o contenido los proveedores tendrán el derecho de cuestionar las bases a través de las consultas y observaciones, a manera de que el comité que dirige la convocatoria las absuelva e incluya las acogidas en las bases integradas, que no podrán modificarse posteriormente debido a que es resultado de un consenso entre los participantes del proceso y la Entidad convocante, a menos que el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) notifique mediante el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE) las posibles incongruencias de las bases respecto a la normativa de contrataciones del Estado y que deben ser subsanadas a fin de que se prosiga con la convocatoria.

Hasta acá los participantes de un proceso deberían contemplar todos los pormenores y posibles contingencias que se puedan presentar durante la ejecución de una obra para plantear una propuesta económica competitiva y obtener la buena pro, pero, lo cierto es que una vez iniciado el contrato se presentarán aspectos que no fueron considerados en el expediente técnico y que las partes contratantes tendrán que resolver. Ningún contrato de obra es perfecto, por lo que no será difícil encontrar un contrato que al final tuvo que incrementar su presupuesto inicial, ampliar o reducir el proyecto.

Si hasta antes del consentimiento de la buena pro no se hubiera apelado algún acto del proceso, las partes demostrarán su acuerdo sobre el desarrollo del proceso y las condiciones generales de las bases, aspectos que una JRD tendría que resolver, hasta temas de índole legal o normativo (resolución de contrato).

En sí, con la adjudicación de la buena pro se termina una etapa en el expediente de contratación (el cual contiene la documentación de todos los actos realizados durante la contratación, como el expediente técnico, bases, contrato, resolución de liquidación, conformidad, entre otros), una vez superada dicha etapa el contratista tiene que planificar su operación para realizar sus actividades apenas se firme el contrato y la Entidad cumpla con las condiciones para el inicio de la ejecución de la obra⁴⁶.

⁴⁶ Artículo 152.- Inicio del plazo de ejecución de obra

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que la Entidad notifique al contratista quien es el inspector o el supervisor, según corresponda;
2. Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecuta la obra;
3. Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación;

2. ETAPA CONTRACTUAL

Después de pasar una etapa relevante para el buen desarrollo de una obra, por el cual se definen aspectos como el tiempo de ejecución, materiales, ingenieros encargados de la obra (residente y asistente), etapas de ejecución y validez de la contratación (que se descarte cualquier indicio de nulidad del proceso o del futuro contrato), corresponde evaluar el momento en que la JRD empieza a concebirse.

De acuerdo con el RLCE la JRD se debe acordar antes de comenzar la ejecución de obra:

“Artículo 205.- La Junta de Resolución de Disputas

(...)

Las partes pueden pactar hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, una cláusula de solución de disputas a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean superiores a veinte millones de Nuevos Soles (S/. 20 000 000,00), siendo sus decisiones vinculantes para las partes.”

Conforme se desprende del párrafo que antecede, las partes contratantes tienen oportunidad de establecer la JRD como medio de resolución de diferencias después de suscrito el contrato, implicando que se realice una adenda al mismo, por el hecho que tanto las bases estandarizadas, la proforma de contrato contenido en las bases convocadas y el contrato no contemplan una cláusula específica de JRD.

Por otro lado, dejar que después de firmado el contrato se pueda incluir una nueva cláusula, no necesariamente las partes podrían ponerse de acuerdo, como bien se sabe los más beneficiados de los procesos arbitrales han sido los contratistas, debido a la ineficiencia de los funcionarios de la administración pública en su capacidad para administrar los contratos públicos y la forma irregular en que el Estado ha llevado su defensa, por lo que el principal solicitante de una JRD sería el Estado, porque vería una oportunidad para subsanar fallas durante la ejecución de la obra sin que se sea necesario su paralización.

También queda claro que una JRD puede implicar una mejor opción en términos de costo-beneficio respecto a un arbitraje. Desde el punto de vista del contratista (representado por las constructoras internacionales y grandes constructoras nacionales) se puede sacar un mejor provecho del arbitraje que de un JDR, es verdad que dicho supuesto se devendría de motivaciones relacionadas a problemas o relaciones poco llevaderas o salvables y por tanto se busque un mejor provecho económico.

Sin embargo, si ambas partes tienen internalizada la idea de hacer el esfuerzo conjunto de terminar una obra con gran relevancia social y económica entonces el pacto de una JRD podrá ser viable, pero, sería ideal que desde un primer momento se incluya una cláusula que posibilite su recurrencia.

-
4. Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo, en caso este haya sido modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones;
 5. Que la Entidad haya otorgado al contratista el adelanto directo, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 156.

Lo mismo opina Maximiliano Rodríguez Fernández⁴⁷, para quien las JRD deberían *“originarse desde el momento mismo en que se adjudican el o los contratos de obra, ello seguramente redundaría en un mejor conocimiento del proyecto mismo, aunque esa no sea la tendencia en la práctica”*.

Ahora, resulta necesario revisar lo contenido en el Punto 6.1 de la Directiva⁴⁸ N° 020-2016-OSCE/CD⁴⁹ de febrero del 2016 (en adelante “Directiva”), respecto a la formalidad o condición para recurrir a una JRD:

“6.1 Las partes pueden pactar en el contrato de obra o hasta antes del inicio de la ejecución de obra una cláusula de solución de disputas a cargo de una JRD en aquellos contratos cuyos montos sean iguales o superiores a veinte millones de soles, debiendo designar al Centro a cargo de su administración. Las partes pueden incorporar en el contrato de obra respectivo la cláusula modelo que figura como Anexo 2. La JRD debe designarse antes del inicio de la ejecución de la obra conforme al procedimiento indicado en el numeral 7.3.”

Resulta evidente que el Punto 6.1 recoge el mismo tenor del Art. 205 de la RLCE, pero añade las siguientes particularidades:

- a. Centro que gestionará la composición de la JRD.
- b. Cláusula modelo para establecer una JRD.
- c. La existencia de la JRD una vez iniciado la ejecución de la obra.

Si bien queda a la potestad de las partes contratantes incorporar en el contrato de obra la cláusula modelo relativa a la JRD, sería conveniente que se la incluya en los formatos de bases correspondientes, a manera de inducir a las partes a recurrir en primera instancia a una JRD.

Si la idea es fomentar la aceptación de la JRD como una buena alternativa frente al arbitraje, debería obligarse el uso de la cláusula modelo e incorporarla en las bases.

En cuanto a la brecha establecida en el referido articulado, es obvio que uno de los motivos principales para incluir la JRD en la normativa de contrataciones era asegurar la culminación de las obras de gran envergadura, y si bien el monto mínimo fijado tenía que ser arbitrario, no necesariamente debía ser alto, en ese sentido se diría que la cifra de S/. 20 000 000,00 resultaría relativamente baja, comparándola con proyectos de sumas superiores a 100 000 000,00, los mismos que se encuentran comprendidos dentro de un grupo limitado. En consecuencia, dicha brecha permitiría que una buena cantidad de obras tengan la oportunidad de experimentar (en el peor de los casos) una JRD, aún así se debería reformular la brecha y bajarla a S/. 10 000 000,00, con ello se ampliaría el número casos y las empresas constructoras medianas adquirirían mayor experiencia.

⁴⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano. “Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del engineer y de los dispute boards”. Revista e – Mercatoria. Volumen 5, N° 2. 2006. Colombia. Pg. 12.

⁴⁸ Es un instrumento normativo de carácter interno que los entes administrativos emiten, a fin dar un mayor alcance a los administrados respecto a un procedimiento en particular, creado y/o regulado mediante ley, decreto, reglamento, etc.

⁴⁹ Se emitió con el fin de complementar la LCE y el RLCE en lo referido a la JRD con el objetivo de definir la forma en que se desarrollará.

Cabe precisar, que para otros como Daniel Triveño⁵⁰, la inclusión de la JRD a todos los contratos de obra sería muy ventajoso, porque posibilitaría la mejora en la administración de los mismos.

La misma posición la tiene Lisette Ortega⁵¹, para quien la aplicación de la JRD a todos los contratos de obra debería ser una consecuencia a la experiencia institucional de PARSALUD II en la ejecución de obras relativas a la infraestructura hospitalaria, que han permitido preservar los fondos públicos y atender la necesidades de las madres gestantes, niños y niñas de las regiones más pobres del país.

Sin embargo, más allá de la intención se debería considerar que los gobiernos locales no cuentan con la experiencia y personal capacitado para sobrellevar una JRD, sin considerar el presupuesto que ello implique (especialmente si la JRD no le resulta favorable y tenga que recurrir al arbitraje).

De este modo, la JRD en el ámbito administrativo todavía debe superar una etapa experimental, la cual permita medir su evolución y posible aplicación a todas las obras que se rijan por la LCE.

2.1. Suscripción de contrato

Es sabido que la ejecución de una obra no se inicia desde el día siguiente de suscrito el contrato, debido a que el Estado tiene que cumplir una serie de condiciones para que el contratista inicie el plazo de ejecución, es decir, sin terreno y expediente técnico no se puede comenzar con el avance obra y ¿Mucho menos recurrir a una JRD? Para ello debemos remitirnos nuevamente al referido articulado:

“Artículo 205.- La Junta de Resolución de Disputas

La finalidad de la Junta de Resolución de Disputas es que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente sus controversias durante la ejecución de la obra, desde el inicio del contrato hasta la recepción total de la obra.”

Del párrafo se distinguen dos aspectos, por un lado, el inicio del contrato y por el otro la ejecución de la obra, entonces ¿Es posible que una JRD pueda iniciarse antes de que se comience la ejecución de una obra? Lo dudo, por el hecho que la demora del inicio de la ejecución se deberá a condiciones legales y no técnicas, como la entrega del terreno.

Cabe recordar que tanto en el tercer párrafo del Art. 205 del RLCE como en el Punto 6.1 de la Directiva se precisa que basta que la JRD esté conformada al momento que se inicie la ejecución de la obra, por lo que sus acciones al parecer estarían supeditadas al desarrollo de la obra, lo cual demostraría una incongruencia con el primer párrafo del mencionado articulado, respecto a las funciones que deberá realizar la JRD antes del inicio de la ejecución de obra, cuando por naturaleza su actuación se condiciona a que ya se estén realizando los trabajos en obra.

⁵⁰ TRIVEÑO DAZA, Daniel. “Las juntas de resolución de disputas deberían intervenir en cualquier contrato de obra, independientemente del monto”. Ed. Revista Actualidad Jurídica. Marzo 2016. Tomo 268. Pg. 274.

⁵¹ ORTEGA ORBEGOSO, Lisette Elizabeth. Dispute boards: experiencia en Sector Público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas”. Ed. Revista Actualidad Jurídica. Febrero 2016. Tomo 267. Pg. 260.

2.1.1. Motivaciones

Antes de iniciar una JRD, las partes deben evaluar si las controversias surgidas deben ser revisadas por la junta, tomando en cuenta que los miembros que la compongan no se caracterizan por ser jurisconsultos.

En el Artículo 45 de la LCE se encuentran aquellos supuestos que no pueden ser objeto de conciliación, arbitraje o JRD, como la aprobación o no de prestaciones adicionales. Del mismo modo se precisa que las controversias relacionadas a la nulidad del contrato solamente pueden ser vistas mediante arbitraje, mientras que las controversias relativas a la ejecución e interpretación del contrato deberán seguirse a través de una conciliación o arbitraje, esto último se complementa con lo descrito en el cuarto párrafo del numeral 45.2:

“(…)

En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.”

En concreto, la JRD tiene competencia para resolver controversias referidas al objeto del contrato (trabajos adicionales y variación de costos), incumplimiento de los plazos contractuales (retrasos, ampliaciones e interferencias) y reclamo de daños y perjuicios (responsabilidad contractual) que estén previstos en la normativa de contrataciones del Estado, lo cual debería ser más precisa con el fin de evitar confusiones respecto a las pretensiones indemnizatorias que se presenten.

Conforme a ello, la JRD tendría facultades para revisar las mismas pretensiones que el arbitraje, solo que su verificación y dictamen sería más técnico debido a las personas quienes resolverán la controversia, ventaja del que se puede sacar provecho, pero ¿Realmente beneficiaría al arbitraje? Pues desde el punto de vista de los árbitros no creo, ya que se estaría beneficiando a especialistas en ingeniería y arquitectura, rezagando a los juristas a un pequeño porcentaje de participación. No sería descabellado pensar que en un mediano plazo se considere la incorporación de juristas especializados en derecho de la construcción y contrataciones públicas al sistema de JRD a manera de mermar dicha afectación.

2.1.2. Centro de resolución de conflictos

Con la nueva LCE y sus normas complementarias se han establecido una serie de condiciones para autorizar a un centro de resolución de conflictos que organice y administre las JRD que se generen⁵². Algo que en principio

⁵² 7.1 Requisitos del Centro. Las partes podrán designar a cualquier Centro que cumpla con los siguientes requisitos:

1. Tener 4 años de experiencia actuando como institución arbitral.
2. Contar con un código de ética propio aplicable para miembros de la JRD, el cual debe contener como mínimo los mismos supuestos de infracción establecidos en el artículo 216 del Reglamento para los árbitros.
3. Llevar un registro de adjudicadores nacionales y/o internacionales. Dicho listado debe ser difundido, conjuntamente con las especialidades y experiencia de los citados expertos para conocimiento del público al menos a través de su página web.

beneficiaría a un grupo limitado de centros, tomando en cuenta que solo un centro en el Perú tiene regulado la JRD por lo novedoso del mecanismo.

¿Qué implica un centro de resolución de conflictos? Un alto costo para establecer un arbitraje o una JRD. Desde el punto de vista económico las partes contratantes deben considerar que ante un mal resultado en la JRD se tendrá que recurrir a otro gasto, el arbitraje.

La discusión está en que uno es más oneroso que el otro, pero si ambos medios de resolución poseen similitudes en forma de composición e instalación, así como, en la carga que tienen que conocer, no creo que exista mucha la diferencia en costo, a menos que un especialista jurídico (arbitraje) resulte más oneroso que un ingeniero o un arquitecto (JRD).

2.1.3. Operatividad de la JRD

Para que se ponga en funcionamiento la JRD se debe proceder con su composición, según el Art. 205 del RLCE:

“(…)

La Junta de Resolución de Disputas puede estar integrada por uno o por tres miembros, según acuerden las partes. A falta de acuerdo entre las partes o en caso de duda, la Junta de Resolución de Disputas se integra por un (1) miembro cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a veinte millones de Nuevos Soles (S/. 20 000 000,00) y menor a cuarenta millones de soles (S/. 40 000 000,00); y, por tres (3) miembros, cuando el respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cuarenta millones de Nuevos Soles (S/. 40 000 000,00).”

Conforme se desprende del texto, resulta lógico pensar que las partes contratantes preferirían establecer una JRD compuesta por tres miembros por una cuestión de confianza, para ello deben lograr un consenso, caso contrario, se verán forzados a someter sus diferencias a una JRD dirigida por una persona, en el supuesto de estar en una obra que no supera el tope de los S/. 40 000 000,00.

En sí, queda a la conveniencia de las partes y a su presupuesto que más les resulta satisfactorio, considerando que los expertos que se designen siempre estarán expuestos a factores que distorsionen o influyeran su decisión.

4. Estar constituida como persona jurídica, con o sin fines de lucro.

5. Poseer un tarifario de honorarios de los miembros de la JRD y de los gastos administrativos del Centro, los que deben ser difundidos para conocimiento público al menos través de su página web.

6. Contar con un plantel de profesionales que brinde soporte y asistencia a la JRD.

7. Poseer como infraestructura mínima una (1) sala de audiencias, una (1) oficina para el plantel de profesionales, un (1) ambiente para la atención al público y usuarios, un (1) ambiente para el archivo de documentos y expedientes, así como contar con una página web y correo electrónico institucional en funcionamiento.

Por otra parte, el RLCE ha limitado el tipo de experto⁵³ que dirigirá las JRD, especialistas en construcción, con conocimiento de contrataciones del Estado y de la normativa nacional aplicable al contrato en cuestión, siendo este último aspecto muy abierto, dado que un ingeniero o arquitecto puede conocer las diversas normas técnicas peruanas (NTP), pero no de normas civiles o contractuales, como un jurista.

Respecto a los miembros que elijan las partes contratantes, el RLCE ha precisado que solamente sean peritos en ejecución de obras, siendo muy abierta la definición, por el hecho que no solo el ingeniero o el arquitecto conocen de construcción, también están los abogados que se especializan en derecho de la construcción y que administran contratos de obra.

No es clara la norma en este punto, porque si su intención es dejar que participen abogados en las JRD debería precisarlo y permitir que presida la JRD en caso de ser colegiada. De igual manera si quisiera mantener su esencia de instrumento técnico, debería exigir que todo experto que componga la JRD sea ingeniero o abogado.

Este aspecto es importante para determinar si una JRD es viable o no, dado que en un arbitraje los abogados son la pieza clave para su éxito, por ser una jurisdicción reconocido constitucionalmente y que en cierta forma compite con el ámbito judicial, mientras que una JRD debe caracterizarse por su especialización técnica, no dejando espacio a la participación de un abogado. No se puede dejar a interpretaciones si la JRD se comportará netamente como instrumento técnico o como un arbitraje, porque si una JRD actuara como un arbitraje todos preferirán la vía arbitral por el carácter de cosa juzgada de los laudos y el costo–beneficio.

2.2. Ocurrencias durante el desarrollo de la obra

Una vez precisado las causales que puedan motivar una JRD y definido el plantel de expertos, es pertinente mencionar aquellas circunstancias que justifican el trabajo de la JRD:

2.2.1. Incidencias relativas al Objeto del Contrato

a. Delimitación del Alcance de Obra

Dentro de esta categoría se encontrarían los problemas relacionados al alcance de obra y las obligaciones de las partes contratantes en un contrato de obra, que, a manera de evitarlos, se debe redactar de forma clara el alcance obra, a fin de que las partes obtengan al final lo que en principio deseaban.

Asimismo, es recomendable no dejar algún punto del contrato a la mera interpretación, una posible situación sería cuando se traslada al contratista la responsabilidad de elegir el tipo de materiales a utilizar en una obra o

⁵³ Artículo 207.- Designación de miembros Cuando la Junta de Resolución de Disputas esté integrada por un (1) solo miembro, este debe ser un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado. En caso esté integrada por tres (3) miembros, el Presidente debe contar con las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único de la Junta de Resolución de Disputas, los demás miembros deben ser expertos en la ejecución de obras.

discriminar los que no considere apropiados según su criterio, por el hecho que el presupuesto de la obra se verá directamente afectada al igual que su calidad.

b. Aspectos de ingeniería básica, detalle y pre-ingeniería

En principio, las responsabilidades de las partes contratantes deben estar de delimitadas, siendo obligación de los arquitectos el diseño de los planos iniciales (que no necesariamente pueden estar bien detallados) que contemplan el concepto general de la obra a desarrollar posteriormente.

Resulta importante mantener el objeto del contrato hasta el final de la obra, por lo que cualquier variación del mismo se debe documentar con el fin de evitar posibles conflictos.

c. Verificación del sitio de obra previas a la firma del contrato

No necesariamente la visita al sitio de obra antes de suscribir un contrato debe ser obligatoria, pero es lo más recomendable, considerando que la falta de una visita conlleva a que el contratista deje de conocer determinadas condiciones del terreno o de la zona que lo fuercen a demandar ampliaciones de plazo y mayor presupuesto para el respectivo acondicionamiento o mejoramiento del acceso, lo cual puede derivar en un incumplimiento del contrato y por ende, a la exigencia de daños y perjuicios.

Una forma de reducir las controversias relacionadas a este punto, es que en la convocatoria se precise al responsable de adecuar el terreno de la obra, dejando a un lado cualquier reclamo de prestaciones adicionales.

d. Subsuelo

Del mismo modo que el anterior supuesto, acá el contratista debe cerciorarse de las condiciones del lugar en que se realizará la obra a fin de que la Entidad alegue una omisión por parte del contratista al no ser debidamente diligente. La solución está en la correcta definición de las obligaciones en el contrato de obra.

e. Trabajos adicionales vs. trabajos extraordinarios

La controversia se centra en la determinación del responsable que los llevará a cabo y si justifican su aprobación, sin dejar de lado la posible afectación del plazo de obra.

f. Costos que varían por causas extraordinarias

En los contratos de construcción se contemplan cláusulas relacionadas a la variación de precios, con excepción de los contratos a suma alzada, que solo pueden evaluarse variaciones extraordinarias.

Es cierto que durante la ejecución de una obra los precios de los materiales de construcción pueden variar, pero es el riesgo que debe asumir el contratista. Ahora si la variación de dichos materiales resultó ser algo anormal

o difícil de pronosticar, podría discutirse si corresponde un reajuste de los costos.

2.2.2. Incidencias relativas a los Plazos Contractuales

a. La Buena Fe y el rápido cumplimiento

El principio de buena fe debe predominar en una relación contractual, especialmente con los plazos de ejecución, toda vez que los mismos deben ser lo suficientemente razonables para que se puedan cumplir de forma eficiente.

En sí, la buena fe debe ser recíproca a fin de evitar disputas referidas a los retrasos o demoras en la ejecución de las obras.

b. La recepción de obra

Las controversias que se encuentran en este rubro serían aquellas relacionadas a las entregas parciales o totales que se efectúan de forma tardía o que presentan imperfecciones o problemas de calidad. Esto conlleva a determinar si hay alguna responsabilidad por parte del contratista y si amerita la aplicación de una penalidad.

c. El trabajo debe ser eficiente y ejecutado en el plazo apropiado

Las diferencias que surgen están referidas a la realización de los trabajos de forma eficiente y completa en un plazo razonable, por ello se debe evaluar la productividad del personal y los daños que puedan presentar los equipos o maquinarias.

d. Ruta crítica

Dentro de un calendario de obra se pueden identificar dos tipos de etapas, el de ruta crítica y el de holgura; el primero se compone con una serie de etapas secuenciales que se desarrollan en el tiempo una después de la otra, es decir, que de producirse un retraso en la ejecución de una etapa, las demás también se verán afectadas, como un efecto dominó, implicando que el proyecto no se termine en el plazo planificado; mientras que el segundo se destaca por sus plazos holgados, que ante una demora que se dé en este tipo de etapa todo el proyecto no se verá afectado.

La evaluación de la ruta crítica es para determinar si una demora o retraso se debe a la responsabilidad de una de las partes contratantes, y el impacto que pudo haber generado. La justificación del contratista es crucial para saber si cabe o no la imposición de una penalidad (no toda demora necesariamente está relacionada a la ruta crítica).

e. Retrasos por causas ajenas a las partes contratantes

Así como las partes pueden tener responsabilidad por algún retraso que provoquen durante la ejecución del contrato, existen circunstancias generadas por terceros o por la naturaleza, como una huelga que impida el acceso a la obra o un derrumbe. Los mismos que en ocasiones pueden ser previsibles,

para esos casos sería conveniente contemplar un tratamiento específico en el contrato.

2.2.3. Determinación de Daños y Perjuicios (Lucro Cesante)

Es obvio que durante la ejecución de un contrato se pueden presentar casos de dolo, negligencia o morosidad, que causen daños y perjuicios a la otra parte contratante, quien buscará ser resarcido.

Si nos remitimos a un contrato de obra para construir un colegio, el contratista está obligado a terminarlo antes de que empiecen las clases, caso contrario, tendría que resarcir el perjuicio que puede causar su demora en entregar la obra.

Por otra parte, si la Entidad resultara ser la responsable del retraso de la obra, debería resarcir económicamente al contratista.

Como se puede apreciar, una JRD sería una alternativa al arbitraje para revisar esta serie de situaciones, solo que en lo correspondiente al carácter indemnizatorio no puede ir más allá de los conceptos previstos en la norma de contrataciones.

Una vez que se sabe que ambos mecanismos de resolución de controversias pueden tener competencias comunes, una interrogante que se presenta es la referida a los costos relacionados a la tramitación de las causas en un arbitraje o una JRD. Si ambas opciones tienen que recurrirse a través de una institución de resolución de conflictos, los costos no se van a diferenciar grandemente, más aún, si al miembro o miembros de la JRD van a tener que realizar visitas in situ o estar dispuestos de forma perenne hasta que acabe la ejecución de la obra, así como, deben contar con experiencia en resolución de controversias.

Resulta indiscutible que el Estado debe ser diligente en la elaboración de las bases de un proceso y en la redacción del contrato, a fin de evitar que se generen cuestionamientos durante la ejecución de una obra, y si las presentan, las partes deberían mantener un canal de comunicación abierto para que las negociaciones directas sean fructíferas.

Cabe recordar que el ámbito privado es más flexible que el público, debido a que éste se regula por una serie de normas administrativas que limitan el actuar de la Administración Pública, por lo que no es tan sencillo que el Estado ceda su posición frente al contratista, quien desde un principio debe entender que las reglas las pone el Estado y si contratar con él es un buen negocio - por el margen que se pueda obtener – hay que asumir las posibles consecuencias.

La ventaja que un contratista pueda sacar de un contrato de obra con problemas será la que obtenga de un arbitraje, como viene sucediendo según Alfredo Bullard⁵⁴, mientras que el Estado continúe mostrando deficiencias en la manera de administrar los contratos administrativos y lleve una defensa poco

⁵⁴ BULLARD, Alfredo. "Arbitraje con trampita". Diario El Comercio 19.07.14. Visto el 28.05.16. <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/arbitraje-trampita-alfredo-bullard-noticia-1744015>.

prometedora, los contratistas buscarán la razón en un arbitraje que les permite obtener un resarcimiento acorde con sus expectativas.

Lo cual tendría lógica si se da una mirada a lo expresado por Andrés Talavera Cano y Julio Olórtégui Huamán⁵⁵:

“A inicios del mes de junio del 2015, la Contraloría General de la República (en adelante, «la Contraloría») publicó un estudio denominado «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013»¹ (en adelante, «el Estudio»).

Dicho Estudio señala que el Estado ha perdido alrededor del 70% de los arbitrajes a los que se ha sometido; no obstante, lejos de responsabilizar a la institución del arbitraje, dicha cifra identifica una serie de problemas que, según la misma Contraloría, serían la causa de este resultado:

«Errores del área usuaria al formular sus requerimientos, sobre todo los expedientes técnicos para obras que son mal elaborados con especificaciones técnicas equivocadas y programaciones irrealistas.

Deficiente gestión por parte del Estado en el seguimiento de los contratos en la etapa de ejecución contractual.

Deficientes consultas y observaciones por parte de los privados durante el proceso de selección.

Deficiente o nula coordinación interna entre las entidades, oficina logística o administrativa, dirección de asesoría jurídica y procuraduría pública para una defensa adecuada y coordinada de sus intereses.

Falta de empoderamiento, de capacitación y de respaldo al procurador público, que, si bien con el Decreto Legislativo No. 1068 se le ha otorgado una serie de facultades, éstas no pueden ser ejercidas adecuadamente justamente por una falta de respaldo» (Énfasis agregado)

En el ámbito de las contrataciones públicas la JRD vendría a proyectarse como la herramienta que permita al contratista ser escuchado, mientras que para el Estado la experiencia sería distinta, debido a que de alguna forma se vería inducido por la reforma de la LCE a no resistirse mucho a la participación en una JRD.

⁵⁵ **TALAVERA CANO**, Andrés y **OLÓRTEGUI HUAMÁN**, Julio. “¿El Sistema del Amigable Composedor Podría Ser el Respaldo que Necesita el Procurador para Poder Transar las Controversias y No Someterlas a Arbitraje?” Revista Derecho & Sociedad N° 44. 2015. Pg. 272.

2.3. Actuar de la JRD

Una vez formalizada y formada la JRD por el centro de resolución de disputas respectivo, solo es cuestión de saber cómo operaría para decidir sobre las incidencias antes mencionadas, para ello será conveniente dar un vistazo a las cuatro (4) etapas en que se desarrolla la JRD:

“La solución de controversias es una de las funciones más resaltantes de la Junta de Resolución de disputas. Esta función toma cuerpo en un procedimiento que –con fines didácticos- puede ser dividido en 4 etapas.

1. Presentación de la controversia. La parte interesada debe presentar una petición escrita que incluya:

- Una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la controversia.
- Una lista de peticiones que serán sometidas a las decisiones de la JRD.
- Una presentación de la posición de la parte.
- Cualquier sustento que fundamente la petición, tales como documentos, planos, cronogramas, etc.
- La respuesta que dio la parte contraria, de ser el caso.

2. La contestación de la petición. El centro notifica a la otra parte sobre la petición presentada en un plazo máximo de 3 días. De ese momento se contará con 15 días para contestar la petición.

La contestación debe incluir una presentación clara y concisa de la posición respecto de la controversia, así como cualquier sustento que fundamente su posición, tales como documentos, planos, cronogramas o programas de actividades que resulten pertinentes.

3. La audiencia. Culminada la contestación. La JRD define si es necesario llevar a cabo una audiencia para que cada parte sustente su punto de vista.

- La audiencia debe desarrollarse de la siguiente manera:
- La presentación de caso por la parte solicitante
- Presentación de la parte que responde
- Indicación de la JRD a las partes de las cuestiones que requieren mayores aclaraciones para su esclarecimiento
- Aclaración por las partes de las cuestiones identificadas por la JRD.
- Contestación de cada parte a las aclaraciones presentadas por la otra parte.

4. La decisión. Culminada la audiencia, la JRD delibera en privado en cualquier lugar que considere apropiado. Luego, toma la decisión y la formula por escrito. El documento que contiene la decisión debe contar con los siguientes elementos:

- Un resumen de la controversia, de las posiciones respectivas de las partes y de los pedidos que se solicitan

- **Un resumen de las disposiciones pertinentes del contrato de obra y de la legislación aplicable.**
- **Una cronología de los hechos relevantes**
- **Un resumen del procedimiento seguido por la JRD**
- **Una lista de los escritos y los documentos entregados por las partes durante el procedimiento**
- **La decisión en sí misma y su motivación.**⁵⁶

Internalizadas las etapas, corresponde revisar lo concerniente a las visitas en obra, para lo cual se debe recurrir al punto 3 del artículo 208 del RLCE, en el cual se precisa que la JRD está facultada para realizar visitas a la obra durante su ejecución. Lo que resulta bastante práctico para efectos de constatar el avance de obra y la situación en que se encuentra realmente el área donde se realizan los trabajos.

Respecto a la absolución de consultas que la JRD puede efectuar (punto 4 del artículo 208 del RLCE), en la norma se especifica que previamente se debe consultar al proyectista y al supervisor de obra. Dicho mecanismo sería lógico para emitir una decisión, pero para una consulta, es más conveniente que mediante una negociación directa las partes puedan pedir consultas al supervisor de obra o proyectista, si al final de cuentas serían meras recomendaciones.

Asimismo, para la absolución de consulta, tampoco cabría la participación de un jurista en la JRD, debido a que no estaría en condiciones de brindar una opinión sin una formación técnica sobre ingeniería de detalle o subsuelos.

Lo más resaltante sería lo dispuesto en el punto 1 del artículo 208 del RLCE, sobre la facultad de la JRD para emitir decisiones vinculantes⁵⁷. Resulta obvio pensar que si se introducía una figura como la JRD, debía contar con un poder que le permita ser atractivo, una recomendación u opinión no bastan para invertir tanto en una JRD. Sin embargo, la decisión de la JRD carece de un carácter firme si es que una de las partes no está de acuerdo, y tampoco vendría a ser una instancia.

⁵⁶ INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. "La Junta de Resolución de Disputas en las Contrataciones del Estado". 13.06.16. <http://incispp.edu.pe/blog/junta-de-resolucion-de-disputas-contrataciones-del-estado/>. Visto el 20.08.16.

⁵⁷ Artículo 212.- *Las decisiones y su obligatoriedad*

La decisión que emita la Junta de Resolución de Disputas es vinculante y de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes desde su notificación, vencido el plazo para su corrección o aclaración, y/o una vez corregida o aclarada la decisión, de ser pertinente.

Ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir el cumplimiento de las decisiones que emita la Junta de Resolución de Disputas.

Las partes están obligadas a cumplir la decisión sin demora, aun cuando cualquiera de ellas haya manifestado su desacuerdo con la misma y/o desee someter la controversia a arbitraje. Cuando la decisión de la Junta de Resolución de Disputas implique el surgimiento de obligaciones de pago a cargo de la Entidad, estas se sujetan a los plazos y procedimientos establecidos en el contrato y/o normativa pertinente, según corresponda.

El cumplimiento de la decisión de la Junta de Resolución de Disputas es una obligación esencial. Su incumplimiento otorga a la parte afectada la potestad de resolver el contrato.

Cualquiera de las partes que se encuentre en desacuerdo total o parcial con una decisión emitida por la Junta de Resolución de Disputas debe, dentro de un plazo de siete (7) días de notificada, enviar a la otra parte y a la Junta de Resolución de Disputas una comunicación escrita manifestando las razones de su desacuerdo y su reserva a someter la controversia a arbitraje.

Si ninguna de las partes comunica por escrito a la otra y a la Junta de Resolución de Disputas su desacuerdo total o parcial con la decisión en el plazo indicado en el párrafo anterior o si, habiéndolo comunicado, no se inicia el respectivo arbitraje dentro del plazo indicado en el artículo 45 de la Ley, la decisión adquiere el carácter de definitiva e inimpugnable.

El Estado se ha preocupado por consolidar su política de desvincular lo más posible las controversias que surjan en las contrataciones públicas de la jurisdicción del ámbito judicial, el arbitraje ha sido una respuesta efectiva a los problemas que habían, y ahora con la JRD se busca que mejoren, pero aun así resulta peculiar que una figura que nació del derecho civil y de la voluntad de las partes pueda ser objeto de regulación administrativa que limite su actuación.

De acuerdo con el artículo 212 del RLCE, apenas se conozca la decisión de la JRD las partes deben de cumplirla, al margen de si están de acuerdo o no con todo, o si recurrirán al arbitraje. Si no se cumple de forma inmediata la parte afectada tendrá la posibilidad de resolver el contrato.

Asimismo, en el referido articulado se ha hecho hincapié sobre que ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir que las partes incumplan las decisiones que emitan la JRD, con ello queda claro que la Administración Pública se ha preocupado por ofrecer una figura que se pueda comprarse con el arbitraje y que lo suficientemente atractiva.

No obstante, un problema que deben considerar los contratistas es que dentro de una JRD se puede llegar a pensar que una estrategia de defensa legal debería de prescindirse debido a que se tratan temas de índole técnico. Lo cual sería comprometedor, si es que la controversia deriva a un arbitraje, donde el aspecto jurídico cobra una gran trascendencia. Como indica Francisco González de Cossío⁵⁸, si durante el desarrollo de las JRD (especialmente en las visitas a obra) un contratista efectúa aseveraciones sin una base jurídica, en un eventual arbitraje dichas aseveraciones pueden ser utilizadas en su contra y no va a poder reformularlas.

Otra cuestión sería lo relacionado a las decisiones de la JRD que adquieran el carácter de definitivas o inimpugnables, es decir, que dicha potestad otorgada de forma expresa (artículo 212 del RLCE), es en mérito de reforzar el principio de libertad contractual reconocida por la Constitución (artículo 62), a manera de reconocer el poder que tienen las partes de acordar y que se respete su decisión como consecuencia de una negociación llevada a través de un mecanismo denominado JRD.

En ese sentido, la disyuntiva principal para las partes contratantes será el de evaluar el costo-beneficio de costear una JRD con posibilidad de recaer en un arbitraje o el de recurrir a dicho mecanismo de forma directa. Es valedero pensar que en la fase inicial de adaptación de la JRD pesará más la experiencia acumulada a través de los años con el arbitraje antes que experimentar suerte en una JRD.

3. ETAPA POSCONTRACTUAL

Ya emitida la decisión de la JRD y notificada a las partes, solo es cuestión que se convierta en definitiva o se comunique su desacuerdo, si se diera este último caso, no sería un problema para la parte que esté disconforme para llevar la controversia a un arbitraje (por lo menos si es un contratista), pero resulta peculiar lo enunciado en el quinto párrafo del artículo 213 del RLCE:

⁵⁸ **GONZÁLES DE COSSÍO**, Francisco. "Efecto legal de las determinaciones de los dispute boards: un comentario". GONZÁLES DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. México. Pág. 7. Visto el 10.05.16. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf>

“Artículo 213.- Sometimiento a arbitraje de una decisión de la Junta de Resolución de Disputas

(...)

Corresponde al Titular de la Entidad, bajo responsabilidad, evaluar la conveniencia o no de someter a arbitraje las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas, sobre la base de criterios de costo – beneficio, así como los costos y riesgos de no adoptar la decisión. Dicha evaluación debe estar contenida en un informe técnico legal.”

Como se puede apreciar, el Titular de la Entidad será quien diga si el arbitraje es conveniente o no después de pasar por una JRD, sin embargo, si lo decidido por la JRD resulta ser perjudicial para la Entidad (interés público), necesariamente se tendría que iniciar un arbitraje. Considerando que la JRD está pensada para obras de gran presupuesto, todo perjuicio que se genere a la Entidad con la decisión de la JRD tendrá una valoración nada despreciable, por lo que evaluación de costo-beneficio debería ser siempre positiva, a menos que efectivamente la Entidad tenga todas las de perder.

El fin de la Administración Pública es velar por los intereses públicos y que los recursos públicos sean utilizados de forma razonable y responsable, por ende, la evaluación del costo-beneficio debería realizarse para la procedencia de una JRD (para ello desde un inicio en las bases y el contrato se debe incluir la cláusula de la JRD) y no después de terminada, porque una JRD al último puede representar un costo adicional al arbitraje si es que no se obtiene la razón.

Por otro lado, cuando las partes contratantes toman conocimiento de la decisión de la JRD tienen un plazo de siete (7) días de notificada para manifestar su desacuerdo y su reserva de recurrir a un arbitraje (artículo 212 del RLCE), además de treinta (30) días hábiles para iniciar el arbitraje, ello implica que durante todo ese tiempo la parte que inicie el arbitraje de forma obligada tiene que cumplir con lo dispuesto por la JRD sin demora (artículo 212 del RLCE), pero un problema que se presentaría sería cuando en el arbitraje se dé la razón a la recurrente.

No es posible pensar que todos los casos que pasen de una JRD a un arbitraje van a ratificarse, es por ello que se debió contemplar la aplicación de una medida - después de conocida la decisión de la JRD y antes de que se inicie el arbitraje - que permita amortiguar los efectos de un laudo que no refleje lo decidido por una JRD.

En sí, se debe insistir que el Perú es una realidad distinta a las demás en que las JRD han podido tener un éxito rotundo a nivel privado⁵⁹, no es extraño para todos que el Perú presenta una Administración Pública con problemas de articulación, corrupción y profesionalización, por lo que el éxito de las JRD en la normativa de contrataciones públicas dependerá de qué tanto el Estado internalice la idea de acabar una controversia a mitad de camino.

⁵⁹ HURTADO FALVY, Juan Manuel. “De la Conciliación Decisoria a la Junta de Resolución de Disputas: Apuntes en relación a la Junta de Resolución de Disputas Como Nuevo Método de resolución de conflictos para un contrato de Obra Formalizado Bajo el ámbito de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado”. Revista Derecho & Sociedad N° 44. 2015. Pg. 210.

De acuerdo con Juan Hurtado⁶⁰, el funcionario público de alguna forma se verá obligado agotar las instancias jurisdiccionales posibles a fin de no tener problemas con el Sistema Nacional de Control, siendo el arbitral el definido por la LCE, donde se podrá obtener una solución definitiva en última instancia.



⁶⁰ **HURTADO FALVY**, Juan Manuel. “De la Conciliación Decisoria a la Junta de Resolución de Disputas: Apuntes en relación a la Junta de Resolución de Disputas Como Nuevo Método de resolución de conflictos para un contrato de Obra Formalizado Bajo el ámbito de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado”. Revista Derecho & Sociedad N° 44. 2015. Pg. 210.

CAPITULO III

LA JRD COMO VIA PRE ARBITRAL

El arbitraje administrativo también fue objeto de reformulación por la nueva LCE, a fin de que sea más eficiente, y ahora tiene un acompañante además de la conciliación, la JRD, que juega un papel importante como descongestionante o filtro pre arbitral.

El Estado está decidido consolidar la vía consensual como la mejor alternativa para solucionar las controversias que originen las contrataciones públicas y no dar cabida a la participación del poder judicial.

Tanto el arbitraje y la JRD nacen de la voluntad de las partes, de un consenso o acuerdo. No obstante, la actuación de ambas figuras se ven limitadas por la normativa de contrataciones del Estado, es decir, una de las partes es la que define las reglas de juego de antemano, lo cual mantiene un aspecto positivo, el que la actuación de la Entidad se vea circunscrito a las normas específicas y que su potestades provengan necesariamente de ley expresa; en cambio, por el lado negativo o no tan positivo, los contratistas no podrían hacer uso de su libertad contractual, debido a los parámetros que establecen las normas.

Si bien, es cierto que un sector desearía que las diferencias contractuales se resuelvan en el ámbito judicial, pero ya se ha visto que por el momento esa idea estaría descartada. Resulta claro que una vía judicial te permite revisar una decisión en varias instancias, lo cual es razonable, sin embargo, la idea no es que las obras se estanquen hasta que finalice la controversia y se vean perjudicados los potenciales usuarios de la obra.

No se puede olvidar que ante una controversia nacida en el ámbito privado las partes pueden decidir a qué vía recurrir, judicial o arbitral, dependiendo de su conveniencia, por lo que resulta extraño que se insista en la desaparición del monopolio arbitral en las contrataciones públicas para volver al ámbito judicial.

Según lo citado por Juan Carlos Lozano⁶¹, para Fernando De Trazegnies ***“(…) el arbitraje ha existido siempre. Los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. Dentro de este orden de ideas, se puede decir que el arbitraje es anterior a la justicia formal”***

Efectivamente, los medios de solución devenidos de las mismas partes involucradas han existido desde antes de la concepción de un ente que administre justicia y cuyas atribuciones sean legitimadas por una constitución. La mediación es un buen ejemplo de la utilización de un tercero para llegar a un acuerdo.

A todo esto, convendría hacer una breve comparación entre las principales formas de resolución de conflictos que se podrían aplicar a los contratos de obras, a nivel privado y público (LCE), a manera de identificar sus ventajas y desventajas y determinar la posible preferencia de las partes contratantes al momento de decidir la forma de resolver sus controversias:

⁶¹ **LOZANO HERNÁNDEZ**, Juan Carlos. “Medidas necesarias para fortalecer la solución de controversias originadas en materia de contratación del Estado”. Centro de Investigación de Arbitraje (CIAR) de la Facultad de Derecho. Universidad de San Martín de Porres. 2013. Pg. 18.

FACTOR	NEGOCIACIÓN DIRECTA	MEDIACIÓN	CONCIUACIÓN	JUNTA DE RESOLUCION DE DISPUTAS	ARBITRAJE	PROCESO JUDICIAL
Formalidad	Informal (definido por las partes)	Informal (definido por las partes)	Informal (definido por las partes)	Cierta (puede ser definida por las partes)	Cierta (puede ser definida por las partes)	Rígido y Estructurado (se define por normas)
Carácter	Privado	Privado	Privado	Privado	Privado	Público
Composición	Sólo las partes	Partes (ayuda de tercero)	Partes (tercero puede sugerir)	Se elige a un tercero	Se elige a un tercero	Tercero que no puede ser elegido
Decisión	Partes deciden	Partes deciden	Partes deciden	Tercero decide	Tercero decide	Tercero decide
Poder coercitivo	Cuando las partes acuerdan	Cuando las partes acuerdan	Cuando las partes acuerdan	Ninguna de las partes manifiesta su desacuerdo	Laudo	Decisiones de cumplimiento obligatorio
Participación	Voluntaria	Voluntaria	Voluntaria	Voluntaria	Voluntaria	Obligatoria

Como se puede apreciar, a nivel privado se pueden disponer de una mayor gama de medios de solución de conflictos a diferencia de la LCE, ello porque la mayoría nacieron de la voluntad de las partes, y que no han requerido mayor formalidad que la del consenso voluntario y que no han tenido mayor estructura que la definida por las partes.

La LCE no ha creído conveniente regular la negociación directa y la mediación en el ámbito de las contrataciones públicas, ello porque son medios que se recurren desde una primera instancia por inercia o porque no aportan muchos beneficios a las partes.

De acuerdo con Jaime Gustavo Paredes⁶², el funcionario público tiene una limitada capacidad para negociar, debido a que las decisiones que tomen no sólo deben ser avaladas por su superior jerárquico, sino también por el propio tribunal arbitral, caso contrario su actuar será objeto de fiscalización por la Contraloría de la República.

El mismo razonamiento lo encontramos en Andrés Talavera Cano y Julio Olórtegui Huamán⁶³:

“La falta de empoderamiento, capacitación y respaldo que reciben los procuradores públicos ha generado un manejo ineficiente de los recursos públicos en la solución de controversias en la contratación pública. Durante la etapa de «Solución de Controversias», los procuradores prefieren llevar todos los litigios a arbitraje en vez de solucionarlos de forma amigable y directa debido a las posibles acciones de control que la Contraloría podría iniciarles. ¿Cuál es la consecuencia de esto? Que conflictos que fácilmente podrían ser resueltos de forma amistosa y directa sean llevados a arbitraje, lo cual representan un mayor costo para el Estado y para el contratista.”

⁶² GUSTAVO PAREDES, Jaime Gray. “Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción”. Revista de Derecho Administrativo. PUCP. Revisado el 10 de mayo del 2016. https://www.google.com.pe/search?q=Mecanismos+Alternativos+de+Resoluci%C3%B3n+de+Disputas+en+Construcci%C3%B3n&rlz=1C1VFKB_enPE631PE631&oq=Mecanismos+Alternativos+de+Resoluci%C3%B3n+de+Disputas+en+Construcci%C3%B3n&aqs=chrome..69i57.1448j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Pg. 10.

⁶³ TALAVERA CANO, Andrés y OLÓRTEGUI HUAMÁN, Julio. “¿El Sistema del Amigable Componedor Podría Ser el Respaldo que Necesita el Procurador para Poder Transar las Controversias y No Someterlas a Arbitraje?” Revista Derecho & Sociedad N° 44. 2015. Pg. 277.

Para los mencionados autores, un mecanismo que puede ayudar a descongestionar el arbitraje “administrativo” mejor que la JRD es el AC, ello en base a la potenciación de la figura del procurador público, quien tendría que resolver de forma amigable las controversias antes de recurrir a un arbitraje, para ello se tendría que fortalecer su poder de transacción que vaya de la mano con los incentivos que debe lograr el AC.

1. Poder Jurisdiccional

Por su parte, la conciliación presenta una estructura muy limitada, debido a que no hay un tercero que evalúe y decida sobre una controversia o que obligue a las partes a cumplir con lo acordado. Solo se limita a escuchar, velar que se mantenga un buen canal de comunicación, controlar el proceso y consignar el acuerdo en acta.

En cuanto a la JRD y el arbitraje, fueron incorporadas en la LCE como voluntarias, quedando a criterio de las partes a escoger la más ventajosa. Entre ambas se pueden encontrar diferencias relevantes como lo jurisdiccional, característica que no ostentan otros medios de resolución de conflictos nacidos de la voluntad de las partes.

Por jurisdiccional se entiende que el Estado (en el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución se establece una jurisdicción - poder a ejercerse de forma obligada - diferente a la ordinaria, en la arbitral y la militar) otorga poder a un mecanismo de solución de disputas como el arbitraje, que tendrá la atribución exclusiva y excluyente para solucionar válida y oficialmente toda controversia, y a la vez, evitar la realización de la justicia por mano propia.

Según Franz Kundmüller ⁶⁴, lo que hay en el arbitraje es una cesión de soberanía a través de una ley que autoriza al arbitraje a excluirse de la vía jurisdiccional estatal, que se concreta con un convenio arbitral y/o por norma legal, es decir, que lo esencial del arbitraje es el efecto de exclusión convenido por las partes o establecido por ley.

En sí, sería esta jurisdicción lo más atrayente del arbitraje, las partes contratantes buscarían que una decisión goce firmeza y se emita en una instancia que otorgue las prerrogativas necesarias para hacerla cumplir. En cambio, la JRD adolece de poder jurisdiccional, ello se puede deber a naturaleza intrínseca, órgano de origen privado eminentemente técnico, donde lo jurídico queda relegado.

Para el sector privado el arbitraje resulta ser una alternativa más efectiva que la vía judicial para aplicar la legislación sustantiva (administrar justicia), por la rapidez y especialización de los árbitros.

Es así, como una institución nacida de la voluntad de las partes ostenta un poder público (expresión de la soberanía del Estado), que sirve para satisfacer el interés de la sociedad de resolver las controversias. Lo cual permitiría entender el razonamiento del legislador al obligar a que las partes contratantes se sometan a la única vía jurisdiccional establecida (arbitraje).

⁶⁴ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. “Es urgente “arbitrabilizar” al Arbitraje Peruano”. Revista Arbitraje PUCP. file:///C:/Users/Marco/Downloads/9358-37059-1-PB%20(2).pdf. Visto el 06.10.15. Pg. 59.

El arbitraje nació para quedarse, sería la conclusión a lo mencionado por Aníbal Quiroga⁶⁵, sobre la crisis del sistema judicial que ha permitido ver con otros ojos al arbitraje, más en el ámbito administrativo, específicamente en la LCE, donde se trata al arbitraje como administrativo (conforme al OSCE⁶⁶), lo cual vendría a ser una desnaturalización del arbitraje, según Gonzalo García Calderón Moreyra y Alberto Molero Rentería⁶⁷, para quienes en la LCE no se ha tenido en cuenta que el árbitro ejerce jurisdicción independiente y autónoma a la función administrativa, por ende, no debe sujetarse a un control administrativo.

Hay quienes piensan que el control arbitral debería estar en el cumplimiento de los requisitos para ser árbitros y en la calidad de los laudos que se publican obligatoriamente en el ámbito público, bajo dichas premisas se puede perfeccionar el arbitraje y no desnaturalizarlo.

Es indudable que el tema de la jurisdicción pesará en la decisión de las partes contratantes involucradas en un proyecto de obra frente a lo que pueda ofrecer una JRD, la firmeza de la decisión del laudo arbitral que podrá ejecutarse sin que el poder judicial lo cuestione.

2. Composición

La composición del arbitraje y de la JRD es crucial para saber lo que las partes buscan, en ambos casos se conocerán los detalles que se están cuestionando, pero, la interrogante está en el entendimiento del árbitro sobre cuestiones técnicas, lo cual es factible, basta observar la Resolución 035-2012-OSCE/PRE del 20.02.12, donde se declara infundada la recusación presentada por Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa contra el árbitro Luis Cornejo Navarretty, porque ser ingeniero no es causal de recusación, por lo que si un árbitro puede ser un ingeniero, fácilmente puede el tribunal entender aspectos técnicos de la obra en cuestión.

La diferencia es clara, mientras que en la Junta de Resolución de Disputas la dirección va a depender de un ingeniero o arquitecto, en el arbitraje la dirección necesariamente debe seguirla un letrado, por lo que estaría descartado que un arbitraje no esté en condiciones para conocer y resolver sobre detalles de una obra, como la delimitación de su alcance, aspectos del subsuelo y de ingeniería básica.

Dicha posición sería contraria a la de María Larraín⁶⁸, quien considera que ***“(...) lo trascendente, en torno a los DBs, es el poder tener a profesionales expertos en la materia***

⁶⁵ QUIROGA LEON, Aníbal. “Conciliación y Arbitraje en el Perú: presente y futuro”. 2000. Pg. 775. Visto el 20.05.16. file:///C:/Users/Marco/Downloads/Dialnet-ConciliacionYArbitrajeEnElPeru-5085004.pdf.

⁶⁶ Es aquel arbitraje mediante el cual se busca solucionar cualquier controversia que pueda presentarse entre el contratista y la Entidad durante la ejecución de un contrato regulado por la normativa de contrataciones del Estado. Visto el 50.03.16. <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/conciliacion-y-arbitraje>.

⁶⁷ CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo García y MOLERO RENTERÍA, Alberto. “Entre la cura y la enfermedad a propósito de las modificaciones a la ley de contrataciones del estado y su reglamento en materia arbitral”. https://www.google.com.pe/search?q=ENTRE+LA+CURA+Y+LA+ENFERMEDAD+A+PROP%C3%93SITO+DE+LAS+MODIFICACIONES+A+LA+LEY+DE+CONTRATACIONES+DEL+ESTADO+Y+SU+REGLAMENTO+EN+MATERIA+ARBITRAL&rlz=1C1VFKB_enPE631PE631&oq=ENTRE+LA+CURA+Y+LA+ENFERMEDAD+A+PROP%C3%93SITO+DE+LAS+MODIFICACIONES+A+LA+LEY+DE+CONTRATACIONES+DEL+ESTADO+Y+SU+REGLAMENTO+EN+MATERIA+ARBITRAL&aqs=chrome..69i57j98j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Revista PUCP. Lima. 2014. Visto el 01.03.16. Pg. 24.

⁶⁸ LARRAIN CHAVEZ, Claudia. “EVADIENDO EL PROBLEMA ANTES QUE APAREZCA: LOS DISPUTE BOARDS”. Estudio Caballero Bustamante. www.caballerobustamante.com.pe/plantilla/2013/rj/setiembre/dispute_board.pdf. Visto el 02.05.16. 2013. Pg. 8.

para poder resolver controversias altamente técnicas, lo que muchas veces costaría explicar a un profesional que no es entendido en la materia.”

En cuanto a su actividad, la JRD al parecer ostenta una ventaja sobre el arbitraje, debido a su inmediatez para responder a un problema, pero eso no evita que las partes se dediquen a tratar de parcializar a los miembros de la junta. Ello debido a la poca solemnidad o formalidad del acto a realizar.

En una visita de campo necesariamente la comunicación debe ser muy fluida y constante, no supeditada a comunicaciones formales o solemnes, y ello es lo que permite la figura de la JRD, cuyo desenvolvimiento no se ve limitado por la LCE, que deja a las partes que decidan por sí mismos lo más conveniente para sacar adelante una obra.

No obstante, es de destacar que el Estado como diseñador de la obra será quien no cederá con facilidad en las negociaciones, especialmente en el reconocimiento de adicionales. En temas como el suelo o calidad de los materiales las controversias podrían extinguirse en la JRD, pero cuando se trata de aumento de presupuesto el Estado siempre va a preferir acabar con todas las vías posibles para evitar desembolsar más dinero.

3. Poder Cautelar

Como bien es sabido, el artículo 47 de la Ley de Arbitraje regula la adopción de las medidas cautelares en un proceso arbitral, así que apenas constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar la medida cautelar (figura jurídica procesal que en principio se limitaba al ámbito judicial) que considere necesaria para garantizar la eficacia del laudo.

La medida cautelar arbitral tendrá razón de ser si es emitida por el tribunal arbitral, es decir, que mientras no se proceda con la instalación del referido tribunal no se podrá solicitar una medida cautelar en dicha jurisdicción, a menos que se dirija la solicitud cautelar al Poder Judicial, quien podría no admitir la medida si es que toma conocimiento de la instalación del tribunal arbitral correspondiente (la LCE limita la resolución de conflictos a determinados mecanismos).

Cabe resaltar, que el tribunal arbitral también ostenta la potestad de modificar, sustituir y dejar sin efecto la medida cautelar de innovar que se dicte (para impedir el daño actual inminente), lo cual permite reconsiderar los alcances de la medida (ponderar sus efectos) y su real necesidad.

Por otro lado, el Tribunal Arbitral para proceder con la medida cautelar (no requiere de convenio arbitral) podrá exigir la constitución de las garantías que aseguren el resarcimiento de los daños y perjuicios que se puedan originar con la ejecución de la medida adoptada, lo que se entendería como una contracautela, que por naturaleza sirve para compensar al que padece la medida cautelar cuando el laudo no termina a favor del solicitante de dicha medida.

Esta potestad del arbitraje no la ostenta la JRD, ya que es un órgano consultivo en principio, que puede emitir recomendaciones y su poder decisorio está condicionado al acuerdo de las partes. No cuenta con el poder de aseguramiento de una decisión, ello podría atribuirse a su carencia de poder jurisdiccional.

De acuerdo con lo mencionado por Madrid Horna⁶⁹, la ventaja de la medida cautelar es que permite que el objeto de la controversia se vea asegurado una vez que se dictamine y ejecute el laudo, así como, se conserve la evidencia. En concreto, la medida cautelar es una herramienta jurídica de naturaleza procesal que facilitaría a la persona que la solicita que el laudo se pueda ejecutar.

En cuanto a la JRD, carece de aquella potestad que le permita afectar un derecho o condición de una de las partes contratantes, a pesar de que se pueda exigir una contracautela. Tanto el Poder Judicial como el arbitraje gozan de aquel poder jurisdiccional que les permite actuar con cierta discreción y basada en criterios de razonabilidad para emitir una medida que evite un daño mayor al afectado (verosimilitud o apariencia y peligro de demora).

Como se puede apreciar, el interesado en salvaguardar sus intereses económicos en un contrato de obra, en primera instancia va a considerar al arbitraje como mejor opción porque podrá solicitar una medida cautelar ante la posibilidad de no lograr lo esperado. Lo cual resulta ser una ventaja frente a la JRD, teniendo en cuenta que este último no implica que el conflicto cese de forma inmediata el avance de obra.

Lo anterior llevaría a formular una interrogante respecto al tipo de diferencia que puede justificar una medida cautelar, siendo el más preciso el relacionado al pago de los avances de obra, dado que la Entidad al final puede aducir que no cuenta con el presupuesto para el cumplimiento inmediato o que el expediente técnico no contemplaba la ejecución de una determinada sección o parte de la obra.

Cabe precisar que para un sector de la doctrina los tribunales arbitrales no deberían dictar medidas arbitrales si es que las partes no lo establecieron de forma expresa en el convenio arbitral, al margen de que se encuentre regulado en una Ley específica; sin embargo, si el árbitro va a resolver sobre el fondo de la controversia no hay inconveniente para dicta una medida (cautelar y contracautela) para asegurar la eficacia de lo que decida, al fin y al cabo las partes han estado de acuerdo en brindar a los árbitros la confianza en realizar las actuaciones que consideren pertinentes y debidamente razonadas, sin que exista una facultad expresa sobre medidas cautelares (que se emiten mediante resolución), según la tesis citada por Ana María Arrarte⁷⁰.

En sí, el arbitraje sería más eficaz que la JRD desde el punto de vista de las medidas cautelares, especialmente en controversias centradas a aspectos dinerarios, como liquidaciones, monto de los adicionales e indemnizaciones por daños y perjuicios. Aun cuando las medidas cautelares se comunican previamente antes de concederse (dar oportunidad a la otra parte para que formule sus descargos respecto a la no procedencia de la medida cautelar) o que se pueden cuestionar vía recurso de reconsideración ante el mismo tribunal arbitral⁷¹.

⁶⁹ **CASTILLO FREYRE**, Mario, **SABROSO MINAYA**, Rita y **CHIPANA CATALÁN**, Jhoel. "La Constitución del Tribunal Arbitral y las Medidas Cautelares en el Arbitraje". Arbitraje PUCP. Pg. 11.

⁷⁰ **ARRARTE ARISNABARRETA**, Ana María. "Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano" Revista Peruana de Arbitraje N° 7. 2008. Pg. 124-125.

⁷¹ *Artículo 47 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.*

3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

4. Costos

Se dice mucho que el arbitraje es más oneroso que una JRD, lo cual podría ser, pero para ello resulta necesario revisar el sistema de cálculos de la Dirección de Arbitraje del OSCE⁷² y la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD de fecha 28.06.16 relativa a la nueva tabla de gastos arbitrales aplicables a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE y los arbitrajes ad hoc.

De acuerdo con la reciente directiva y el sistema de cálculos, el costo total del arbitraje dependerá del monto de la cuantía en controversia, es decir que un contrato de obra (cuyo monto es superior a S/. 20, 000,000.00) podrá ser sometido a un arbitraje por cualquier monto.

Conforme a ello, entre más puntos controvertidos susceptibles de ser valorizados económicamente se discutan en un arbitraje mayor será el gasto a asumir, ello sin contar el costo del abogado arbitral que asuma la defensa.

Ante lo mencionado, correspondería a las partes decidir si recurrir a una JRD permitirá que la cantidad de puntos controvertidos sea la mínima posible para que el futuro arbitraje no resulte muy oneroso; a su vez, considerar que una JRD no puede garantizar que algún punto controvertido dejará de ser revisado en un arbitraje, a menos que las partes estén conformes con lo resuelto por el panel.

Respecto a los costos de la JRD, se debe precisar lo siguiente:

- a) **Costos directos:** son los que están relacionados con el proyecto de obra, como los honorarios diarios⁷³ y mensuales⁷⁴, que son establecidos por el Centro de Administración de JRD que se elija⁷⁵, en función a las labores que los panelistas deben realizar, como el de familiarizarse con el contrato y la obra, lectura de los informes de progreso periódicos, mantenimiento y custodia de los archivos, gastos generales de oficina. En la tabla de gastos se deberá establecer una tarifa diaria para las visitas a la obra, o una tarifa mensual, la misma que tendría que ser mayor a la tarifa diaria. Por otro lado, se tienen los costos relacionados a las visitas a la obra, como el transporte y el tiempo de viaje. Adicionalmente, existen costos relativos a la elaboración de las audiencias, como el de alquiler de salas, hoteles (de ser el caso), viajes⁷⁶, logística (correos, copias, llamadas, escaneos y demás) y servicio de refrigerios.
- b) **Costos indirectos:** no están íntimamente ligados al proyecto, pero se generan con la sola recurrencia a la JRD, siendo los más destacables el referido a los asesores de las partes contratantes, que se encargarán de preparar las defensas (temas de negociación), participar en las JRD (audiencias que se desarrollarán de forma periódica) y proporcionarla información que requiera la JRD sobre la obra.

No hay duda que uno de los costos más relevantes es el referido al de los honorarios, los cuales deben compensar el tiempo de los panelistas para asistir a las reuniones (internas

⁷² <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/content/calculo-de-gastos-arbitrales-del-sna-osce>.

⁷³ Artículo 24 del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (Dispute Boards) del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁷⁴ Artículo 27 del Reglamento de la CCI relativo a los dispute boards "Remuneración de los miembros del Dispute Board y de la CCI". Pg. 27.

⁷⁵ Artículo 209 del RLCE.

⁷⁶ Óp. Cit. Pg. 28.

o no) del DB con las partes contratantes, para estudiar la correspondencia que se aporte, entre otros rubros.

De lo anterior, se podría inferir que la sumatoria de los costos de la JRD sería equiparable al costo total de un arbitraje, si es que la JRD se desarrolla en un periodo extenso, coincidiendo de alguna manera con lo opinado por Juan Gushiken Doy y Rodrigo Freitas:

“Los costos totales de un Dispute Boards permanente que funciona durante un proyecto de cuatro o cinco años de duración, sería sensiblemente inferior a los costos totales de un arbitraje, tomando en consideración los costos de abogados especializados necesariamente activos en el arbitraje, pero poco activos en el procedimiento de los Dispute Boards.”⁷⁷

Como se puede distinguir, los costos por visitas en obra, honorarios, transporte (vuelos, buses, etc.), manutención, hoteles se incrementan si es que la obra se extiende en el transcurso de los años. Lo cual no solo responde a la complejidad de la obra sino también a que una JRD no realiza toda su actividad en un solo lugar, a diferencia del arbitraje (local fijo).

Asimismo, no se puede obviar que las partes tienen que costear las tasas por instalación de la JRD que establece cada centro de resolución de conflictos.

En ese sentido, la real importancia para definir entre uno u otro medio de solución de conflictos es si en la JRD se podrán concluir todas las controversias a manera de evitar realizar otro gasto con el arbitraje, solo por una o dos pretensiones residuales (como únicas que no pudieron ser solucionadas en la JRD), toda vez que la idea es lograr que los costos de transacción sean los más bajos posibles.

Por otro lado, mediante la Directiva N° 020-2016-OSCE/CD se ha precisado que, a falta de acuerdo entre las partes respecto a los honorarios y gastos de los miembros del panel, los mismos serán definidos por el Centro de Administración de JRD, conforme a su reglamento. Aspecto que lo diferencia con el arbitraje, cuyos gastos se rigen por la tabla aprobada por la Directiva N° 10-2016-OSCE/CD (en caso de arbitrajes ad hoc o administrados por el OSCE, cuyas pretensiones hayan sido cuantificadas).

De lo anterior, se puede deducir que la libertad de acuerdo que existe en la JRD para definir los honorarios y gastos permitirá en cierta forma holgar los montos hasta equiparar los costos del arbitraje. Como la labor de la JRD dependerá de la complejidad de la obra, los gastos y honorarios se incrementarán en la medida que pase el tiempo (visitas, viajes, hoteles, manutención, comunicaciones, etc.).

En cuanto a la proporcionalidad de los honorarios, no cabe duda que todos los miembros de la JRD deben recibir en partes iguales sus honorarios, por lo que no sería factible concebir la idea que la persona que dirija la JRD perciba un monto mayor al de los demás miembros del panel, por el solo hecho de su función administrativa.

⁷⁷ GUSHIKEN DOY, Juan Diego y FREITAS CABANILLAS, Rodrigo Andrés. “Dispute board: mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción”. Tesis. PUCP. Lima. 2014. Pg. 108.

Cabe añadir, que con la Directiva N° 020-2016-OSCE/CD se incluyó un modelo de contrato tripartito, por el cual los miembros de la JRD se obligan a ciertas obligaciones, a cambio del pago de honorarios y gastos (más no bonificaciones), con ello se intenta simplificar los costos de negociación que conlleva el definir las obligaciones contractuales.

En el referido modelo de contrato se deja a la libertad de las partes definir los conceptos a reconocer, es decir, que se establezca la posibilidad de que el honorario sea mensual o diario, pero lo que no se debe obviar es la consideración del reajuste de los honorarios por la inflación de precios cuando el plazo de ejecución se siga extendiendo (debe acordarse por todas las partes) del contrato tripartito.

En cuanto los gastos, serán reembolsables en la medida que sean reconocidos por las partes contratantes y se presenten los documentos que acrediten los gastos (factura del alojamiento en hotel), la forma y procedimiento de pago dependerá de lo que indique el reglamento de cada Centro de Administración de JRD, por lo que podría disponerse que cada panelista de la JRD presente sus facturas a ambas partes contratantes, a manera de aplicar la proporcionalidad del pago.

De no efectuarse el pago por parte de una de las partes, la otra parte puede proceder con el pago, pero en caso de mantenerse la falta de pago, la JRD tiene la potestad de disolverse, por lo que las partes deben tener la plena seguridad de contar con un presupuesto que pueda cubrir dicho gasto durante un largo periodo, caso contrario, los panelistas de la JRD pueden recurrir al arbitraje para cobrar el monto que se les adeude más intereses.

5. Canal de Panamá y el Dispute Board

Los DB están de moda, llegaron para quedarse al igual que el arbitraje administrativo, se seguirá reinventando a nivel público, dado que el Estado no es una contraparte muy colaborativa al momento de resolver ciertas diferencias, a menos que el proyecto en cuestión se ejecute con fondos internacionales, por el cual el Estado (ente favorecido) puede ser más flexible en las negociaciones respecto a la conformidad de los trabajos que realiza el contratista a manera de no comprometer los recursos del organismo internacional que efectuó la contratación.

El DB nace del acuerdo de privados que ponen todo de su parte para resolver sus problemas sin retrasos y sin intervención de un procedimiento arbitral, por lo que el contexto en que nació siempre va a ser diferente al “administrativo” (en referencia a la participación obligatoria del Estado), el cual en principio se ve recortado para que se adecue a las necesidades públicas.

Basta dar un vistazo a la controversia surgida entre la Autoridad del Canal de Panamá (ACP) y los contratistas (agrupados en el Grupo Unidos por el Canal - GUPC) en el proyecto de la ampliación del Canal de Panamá para saber sobre la conveniencia del Dispute Board.

De acuerdo con el diario “EL MUNDO”⁷⁸ las partes acordaron en el contrato de obra del 2009 que en caso de surgir alguna controversia durante la ejecución del proyecto podrían recurrir en primera instancia a una mediación, si no funcionara, quedaría abierta la

⁷⁸ “El Canal de Panamá deberá pagar parte de los sobrecostos de la ampliación por 'negligencia'”. Periódico “EL MUNDO”. España. <http://www.elmundo.es/economia/2015/01/06/54abdd20268e3e23688b4572.html>. Visto el 12.06.16.

posibilidad de iniciar un DAB, a fin de evitar que se paralice (siendo la resolución que emita de efecto vinculante para las partes), y si aun así, una de las partes no estuviera conforme con lo resuelto, tendría la opción de solicitar el arbitraje.

Iniciada la obra, se presentaron ciertas discrepancias en torno a las condiciones reales de acceso al basalto y su calidad que no se contemplaron en la documentación anterior al contrato. Para el DAB, la ACP fue negligente y usó de manera injusta dicho contrato, por lo que le corresponde reconocer el pago de los sobrecostos exigidos por el principal contratista del proyecto,

Fue enfático el DAB al precisar que era procedente el reclamo del GUPC (integrado por las empresas constructoras Jan de Nul, Sacyr, Cusa y Impregillo), quien señaló que al iniciar con la ampliación del canal no hallaron el basalto en el lugar, la calidad y la cantidad que se les había ofrecido, representando para el GUPC un sobrecoste en el precio total de la obra. Evidentemente, ante un actuar negligente de una parte contratante corresponde una reparación a la parte que ha sufrido las consecuencias de la manipulación del contrato de obra.

Del mismo modo, el DAB dio la razón al GUPC sobre el reclamo de sobrecostos originados por los retrasos injustificados de la ACP para aprobar la mezcla del hormigón que se debía utilizar en la obra (Según Giuseppe Quarta, director ejecutivo GUPC, hubo un total de 20 meses de retraso, además de huelgas y filtraciones de agua por fisuras en las nuevas instalaciones)⁷⁹.

En sí, el valor total reclamado por el GUPC ascendía a 463 millones de dólares y entre la interposición de las reclamaciones en la mediación y la emisión de la decisión del DAB tomó tres años (casi 9 años de ejecución)⁸⁰; sin olvidar que, durante ese tiempo el GUPC tuvo que paralizar las obras temporalmente por la falta de liquidez originado por las reclamaciones que se iban acumulando.

Como se tiene conocimiento, la obra ya está culminada y siendo utilizada (26.06.16)⁸¹, pero para que se terminara, la ACP tuvo que cumplir con los primeros pagos al GUPC para que retomara las obras, lo cual no implicó que ACP descartara iniciar un arbitraje (en la Corte de Miami – EEUU) por los montos a compensar al GUPC.

De lo descrito, se puede desprender que las negociaciones directas no han tenido éxito en un megaproyecto como el canal de Panamá, menos aún la mediación, que no se diferencia mucho de la conciliación. Las partes, Estado y privados, llegaron a un punto en que no podían valerse por sí mismos para llegar a una solución y ello debido a la acción deliberada del Estado para favorecerse de la inocencia y buena fe del grupo de empresas, que actúan conforme a las directrices del contrato de obra.

Respecto a las instancias, las partes de antemano definieron la secuencia a seguir, para solucionar sus problemas, siendo lo resuelto por el DAB como una antesala a lo que se pueda resolver en el arbitraje, porque si lo definido por el DAB es contundente, no habrá duda que la corte arbitral emitirá un laudo que coincidirá con la decisión del DAB, que jugaría un papel pre arbitral, un filtro que sirve para aligerar la carga arbitral.

⁷⁹ “Se inauguró la ampliación del Canal de Panamá”. Diario Correo. <http://diariocorreo.pe/mundo/se-inauguro-la-ampliacion-del-canal-de-panama-video-681329/>. Visto el 26.06.16.

⁸⁰ **IBID**

⁸¹ **IBID**

Asimismo, se debe destacar el tiempo que ha llevado a las partes obtener una decisión sobre sus diferencias, ello quiere decir, que a pesar de ser el DAB menos formalista y procedimental que el arbitraje, igual resuelve en un tiempo que se puede asemejar al arbitraje, tanto que rompió con la concepción de que con el DB se evita paralizar la ejecución de una obra.

Durante el trámite de las reclamaciones el grupo de empresas tuvo que paralizar la obra por problemas de liquidez, eso demuestra que, si bien hay inmediatez entre el panel de especialistas del DB, las partes contratantes y la obra, ello no implica que también se cumpla con la continuación de los trabajos. Lo cual llevaría a pensar que se debió recurrir a un arbitraje, porque de igual modo el Estado no estuvo conforme con el resultado y planteó iniciar un arbitraje.

Por otra parte, si lo que se privilegiaba era no detener las obras, tampoco nada garantizaba que las partes cumplan del todo lo que decida el DAB, en fin, la ACP cumplió con compensar un monto al GUPC, era para que se retomen los trabajos y se pueda culminar, de igual modo, en el arbitraje el ACP buscaría revertir lo decidido por el DAB.

Finalmente, lo resuelto por el DAB se circunscribió en dos puntos específicos, costos adicionales no reconocibles por demoras y cantidades no cumplidas, lo cual se traduce en una discusión netamente dineraria más que técnica; no se requiere de una gran capacitación técnica para determinar si hubo retraso o no para aprobar la mezcla del hormigón que se utilizaría y tampoco para determinar las cantidades, calidad y el lugar en que el basalto debía encontrarse según lo indicado por la ACP.

Es evidente que, si el resultado se mantiene negativo para la Entidad, hubiera sido más económico recurrir al arbitraje directamente si es que no fuera obligatoria la secuencia de instancias de resolución de conflictos.

En cuanto al sistema administrativo para resolver controversias en que el Estado es el principal partícipe, es él quien abusa de su posición para administrar el contrato de acuerdo a sus intereses y para no afectar el presupuesto aprobado. La mediación tal vez no tuvo éxito porque la ACP no fue tan maleable para que reconozca su error y proceda con la compensación de los sobrecostos.

De igual forma, se puede apreciar la intención de la Entidad de llevar la controversia hasta el final, no hay política de dejar que la decisión del DAB se vuelva firme, ello por la dimensión de la reparación y es lógico pensar que el ente contralor resulta ser tan disuasorio para no conformarse con la decisión vinculante del DAB.

De lo anterior, se puede colegir que a nivel administrativo en el Perú las partes contratantes, especialmente el Estado, van a preferir un mecanismo de solución de conflictos que estructuralmente se asemeje al Poder Judicial o al arbitraje, que brinde la posibilidad de interponer una medida cautelar con conocimiento previo de la otra parte (con ciertas excepciones), el disponer de una contracautela o reconsideración de la medida y generar una decisión firme que ostente la calidad de título ejecutivo.

Con relación a ello, cabe traer a colación lo mencionado por Franz Kundmüller⁸²:

⁸² **KUNDMÜLLER CAMINITI**, Franz. "Es urgente "arbitrabilizar" al Arbitraje Peruano". Revista Arbitraje PUCP. file:///C:/Users/Marco/Downloads/9358-37059-1-PB%20(2).pdf. Visto el 06.10.15. Pg. 58.

“En el Perú hay una errónea tendencia a la “jurisdiccionalización” y por ende, a la “procesalización” innecesaria del arbitraje, que hoy incluso se ha desbordado, al punto de que ya podemos hablar de la “hiperconstitucionalización” del arbitraje peruano, ante las diversas sentencias “legalmente correctas” que el Tribunal Constitucional ha emitido durante los últimos años, bajo el pretexto de la aplicación de la doctrina de la “Drittwirkung”, atropellando así a las principales disciplinas del Derecho Arbitral.”

En concordancia con lo citado, para el autor los usuarios del arbitraje (árbitros y litigantes arbitrales) *“(…) confunden el proceso judicial con el arbitraje, aplicando estructuras conceptuales procesales al íter arbitral, generando así diversos problemas y costos innecesarios al comercio; y, lo que es peor, generando una percepción del arbitraje como “jurisdicción de tercera” o “jurisdicción diminuta”. En forma colateral y de cara a esta absurda situación, se generan las condiciones para otras confusiones, como la que se refiere al procedimiento administrativo y el arbitraje, en el caso del arbitraje en contrataciones y adquisiciones del Estado, donde la práctica arbitral ha tenido una expansión significativa en los últimos años, pero donde también hay una aún sutil tendencia hacia la innecesaria “administrativización” del arbitraje, que felizmente no alcanza los niveles de la “jurisdiccionalización” e “hiperconstitucionalización” a que hemos aludido líneas arriba.”⁸³*

Conforme a lo anterior, en un contexto en que los actores de los arbitrajes se mueven en un ambiente más procesalista que de negociación (arbitral) el éxito de las JRD no será inmediato como lo fue el arbitraje administrativo. Sin especialistas con conocimiento jurídico del arbitraje y poca doctrina, el concepto de la instancia única puede difuminarse en un tiempo no muy remoto, debido a que se han presentado casos en que luego de agotados todos los medios impugnativos arbitrales al laudo la parte que está en desacuerdo interpone una acción de amparo, llevando la causa a sede constitucional.

En resumen, la idea de la JRD es que los conflictos terminen en su instancia, pero, mientras no se respete el principio de buena fe contractual (ausencia de dolo o mala fe) siempre habrá un motivo para llevar la controversia a un arbitraje.

6. Laudos nacionales relativos a contratos de obra

Con la inclusión de la JRD en la normativa de contrataciones se espera que cause un gran impacto para disminuir la carga arbitral, pero habría que revisar algunos laudos para determinar si la JRD puede resultar ser una buena opción desde el punto de vista del filtro pre arbitral

1) Resolución N° 24 del 05.04.10 relativa a la LP N° 57-2005-BN (arbitraje seguido por Consorcio Puma contra el Banco de la Nación).

La discusión se centró en la nulidad o ineficacia de la Carta Notarial N° 92.2610 N° 287/2008 emitida por la Entidad, mediante la cual se resuelve el contrato de obra; nulidad o ineficacia de la Resolución de Gerencia de Logística EF/922600 N° 020/2008 que aprobó la liquidación con un saldo en contra del Consorcio demandante; nulidad

⁸³ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. “Es urgente “arbitrabilizar” al Arbitraje Peruano”. Revista Arbitraje PUCP. file:///C:/Users/Marco/Downloads/9358-37059-1-PB%20(2).pdf. Visto el 06.10.15. Pg. 60.

de la constatación física de obra por vicios de nulidad; aprobación de la liquidación final realizada por el demandante o por el demandado; y, sobre la procedencia del pago a la Entidad por concepto de daños y perjuicios.

Como se puede apreciar, la JRD puede pronunciarse respecto a temas de daños y perjuicios, pero en cuanto a la resolución de contrato, cabe recordar que de acuerdo con el actual RLCE⁸⁴ la JRD es un mecanismo para prevenir conflictos durante la ejecución de obra, por lo que la validez de una resolución de contrato no sería de su competencia, debido a que está referido al cese de obra y delimitado por el inciso 45.1 del Artículo 45 de la LCE. Lo que correspondería es que la JRD pueda conocer de las controversias antes de llegar al punto de la resolución del contrato.

En cuanto a las liquidaciones, la JRD puede conocer las causas que impliquen un reconocimiento de una partida no contemplada en la liquidación parcial determinada por una de las partes., porque se da durante la ejecución de una obra.

Respecto a la nulidad de la constatación de obra, se declaró infundada la pretensión, debido a que se respetaron las formalidades de la norma de contrataciones y como está relacionada a la resolución de contrato el cuestionamiento a su validez deberá conocerse en un arbitraje y no en una JRD.

En sí, si se hubiera aplicado una JRD tal vez se habría evitado la procedencia de la resolución de contrato porque en el presente caso se declaró solo se declaró fundada - de forma parcial - la pretensión referida a la liquidación elaborada por la Entidad, quien debió considerar mayores gastos generales generados como consecuencia de la ampliación de plazo aprobada.

2) Resolución N° 04 del 10.02.10 relativa al Contrato N° 052-2009/P.E.E. N° 001-2009-MVCS (arbitraje seguido por Consorcio Pisco contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento).

En el presente caso la discusión se centró en el adelanto directo y de materiales que solicitó el demandante conforme al contrato y las bases respectivas. El cual tuvo como resultado que el árbitro único declarada fundada la pretensión debido a la obligatoriedad del contrato, la buena fe y común intención entre las partes.

Para este tipo de situación, la JRD puede intervenir sin importar que se haya iniciado la ejecución de obra, ello porque está relacionada directamente a la misma obra (se busca que el contratista pueda empezar con la ejecución en base al adelanto) y no a la validez de un contrato.

No hay mucho tecnicismo en este tipo de discusiones, por lo que, si se aplica la JRD para este caso, necesariamente se le tendría que utilizar durante todo el desarrollo de la obra. De este modo se podría obviar la recurrencia del arbitraje en casos de adelantos, a menos que la parte disconforme no esté de acuerdo.

3) Expediente N° 1463095-2008 del 01.06.10 relativo a la LP N° 033-2006-OEI-GRL (arbitraje seguido por Consorcio Jáuregui contra el Gobierno regional de Loreto y la Organización de Estados Iberoamericanos – OEI).

⁸⁴ Artículo 205.- La Junta de Resolución de Disputas.

En el presente expediente la demanda se centra en el reconocimiento del pago por concepto de daños y perjuicios por retrasos injustificados de la Entidad; por mayores gastos generales; y, que se deje sin efecto la penalidad impuesta.

Al respecto, el árbitro único declaró infundadas las dos primeras pretensiones del Consorcio debido a que había transcurrido el plazo para que inicie el arbitraje. Sobre la penalidad, se declaró inundada la pretensión porque realmente si hubo un retraso injustificado del contratista.

Una JRD puede resolver respecto a temas de indemnización por daños y perjuicios derivados de retrasos injustificados (siempre y cuando se encuentren contemplados en la LCE), del mismo modo, con la imposición de una penalidad.

4) Resolución N° 40 del 18.05.10 relativa al proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 11-2003/VIVIENDA/VMCS/PARSSA (arbitraje seguido por Consorcio Pasco contra el Programa Agua para todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento).

La demanda estuvo compuesta por cuatro pretensiones: i) se declare nula la observación que se efectuó en el Acta de Verificación de Obra y Observaciones de fecha 2007 respecto a la calidad del material arcilloso que se utilizó en la obra; ii) se fije el 12.01.07 como fecha de inicio para la ejecución del plazo de ejecución de los adicionales aprobados; iii) se añada una cantidad de días al plazo de ejecución de los adicionales; iv) se reconozcan gastos generales; y, v) se reconozca los daños y perjuicios ocasionados por la demora en la entrega de la obra.

Para el tribunal, el primer punto controvertido se declaró fundado debido a que el material utilizado estaba contemplado por el expediente técnico como alternativa al material que se debía utilizar, por lo que no habría motivo para no recibir la otra y seguir retrasando su entrega.

Sobre la segunda pretensión se declaró infundada porque ya había un plazo aprobado y no cabía añadir un plazo adicional. Por su parte si se dio al reconocimiento de los gastos generales por el periodo que transcurra hasta la recepción de la obra, porque fue responsabilidad de la Entidad la demora de la entrega, pero ello no conlleva a reconocer daños y perjuicios (infundado), porque no hubo las pruebas suficientes para convencer al tribunal que hubo un daño generado.

La idea de la JRD es que pueda disminuir la cantidad de pretensiones en una demanda, pero eso dependerá del ánimo de las partes para llegar a un acuerdo definitivo sobre ciertas diferencias.

La JRD puede conocer sobre observaciones de obra, porque su competencia alcanza hasta la misma entrega definitiva, dado que siempre se presentan diferencias sobre los detalles finales de la obra.

Como ya se dijo anteriormente, la JRD es competente para determinar sobre la procedencia de gastos generales y daños y perjuicios.

En cuanto a la fijación de fecha de inicio de una ampliación de plazo, la LCE no limita a la JRD para que defina si corresponde iniciar en un momento determinado o

no un plazo de ejecución, al igual que la determinación de un plazo adicional, sin que ello implique la aprobación de adicionales.

Si bien, los laudos corresponden a obras que no superan el tope mínimo establecido por el RLCE, ello no implica que no se puedan recoger aspectos comunes a los laudos relativos a megaproyectos de obra (al parecer lo del tope mínimo estaría en función a la falta de capacidad de las partes para solucionar sus diferencias en una JRD).

Como puede apreciar, la mayoría de pretensiones están referidas a temas que un jurista puede conocer sin complicación alguna (validez de una resolución de contrato), de la misma manera, se ha visto como en la mayoría de controversias no había que entrar a un análisis profundo de los trabajos que se debían realizar en obra, la única situación fue la referida a la calidad del material arcilloso (Resolución N° 40 del 18.05.10 relativa al proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 11-2003/VIVIENDA/VMCS/PARSSA) a utilizar en la obra, la cual ameritó que se revisara aspectos técnicos sobre las características y especificaciones técnicas de los materiales.

En sí, muchas de las pretensiones eran netamente dinerarias, derivadas de reconocimiento de daños y perjuicios, así como, de gastos generales, cuyo análisis se limitaba a la cantidad de días en que se realizaron. Con lo cual se puede concluir que el arbitraje sería la mejor alternativa para conseguir una decisión firme y que se fundamente en términos legales y previamente asegurada previamente mediante una medida cautelar.

La JRD será más efectiva, siempre y cuando, las obras presenten una mayor cantidad de conflictos de índole técnico que jurídicos (validez de un acta de verificación de obra), caso contrario, las partes preferirán ir directamente a un arbitraje y así evitarse un gasto adicional con una JRD.

7. Cumplimiento inmediato de la decisión de la JRD

De acuerdo con la nueva LCE y su reglamento, si las partes contratantes manifiestan su conformidad respecto a las decisiones de la JRD, no procedería el inicio de un arbitraje porque lo decidido habría adquiere el carácter de definitiva e inimpugnable y debe ser cumplida de forma inmediata⁸⁵, sin embargo, en la práctica se pueden presentar situaciones en que una de las partes se retrase en la ejecución de lo decidido por la JRD, lo cual no necesariamente puede justificar la resolución de contrato, por el hecho de que hay un avance, pero no en el ritmo que se puede esperar, y considerando la importancia social que puede tener la obra, no cabría tomar una medida que implique detener lo avanzado.

De acuerdo con el cuarto párrafo del Artículo 212 del RLCE, ***“El cumplimiento de la decisión de la Junta de Resolución de Disputas es una obligación esencial. Su incumplimiento otorga a la parte afectada la potestad de resolver el contrato.”***, lo cual daría a entender que el no efectuar una obligación justificaría la resolución del contrato, más no la demora, a menos que sea recurrente y la otra parte no tenga otra opción.

Como bien se sabe, durante la ejecución de una obra se pueden presentar retrasos injustificados, que posibiliten la imposición de penalidades⁸⁶ hasta llegar a la resolución de contrato. Pero, una interrogante sería si resulta necesario proponer una penalidad a la parte que no cumpla de forma inmediata la decisión de la JRD que no haya sido

⁸⁵ Artículo 212 del RLCE.

⁸⁶ Artículo 133 del RLCE.

cuestionada en su momento, con el fin de procurar que la obra prosiga de acuerdo con el calendario establecido.

Cabe recordar, que la JRD carece de poder coercitivo que le permita obligar a las partes a no demorar con la implementación de sus decisiones, por más que el primer y tercer párrafo del Artículo 212 de la JRD incidan en la obligatoriedad del cumplimiento; como es un mecanismo de naturaleza consensual, dependerá de la voluntad de las partes que las disposiciones de la JRD se apliquen rápidamente (considerando que un incumplimiento podría motivar la resolución de contrato).

El que se inserte un tipo de penalidad en el contrato tripartito con la JRD dependerá del acuerdo de las partes contratantes, toda vez que, si resulta viable, pero al final no creo que sea muy eficiente, por el hecho que las partes ya no solo tendrían que negociar aspectos relacionados al avance de obra, desenvolvimiento de la JRD, cumplimiento de la decisión de la JRD y lo que implique el arbitraje que se inicie, sino que también deberán definir el monto de la penalidad que se establezca por demora en el cumplimiento de lo dispuesto por la JRD, lo cual puede conllevar a que la relación contractual se desgaste mucho más, debido a que no resulta práctico estar negociando por todo y de forma continuada.

En sí, el cumplimiento inmediato de la decisión de una JRD (aceptada o no) por las partes involucradas estará condicionado a la resolución de contrato y recurrencia al arbitraje, de igual manera con el arbitraje, que para hacer cumplir el laudo (en caso de incumplimiento) la parte interesada tendría que recurrir a la jurisdicción ordinaria para apoyarse en la fuerza pública (Poder Judicial), lo cual implica que se tenga que seguir invirtiendo tiempo y dinero, por el hecho que la jurisdicción arbitral tiene sus limitaciones, conforme a lo expresado por Bernardo Cremades⁸⁷

“(…) una actividad inexpropiable de la autoridad judicial, precisamente porque los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes”; y que “más allá escapa a su competencia y sólo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia”

Para Julio Benetti Salgar⁸⁸ el laudo es ejecutable vía judicial por lo siguiente:

“la jurisdicción del árbitro es transitoria, de manera que se agota cuando dicta laudo, sin que quepa la posibilidad de tramitar el cumplimiento de éste. Es ésta por lo demás una doctrina universalmente aceptada.”

No hay duda que, las partes pueden acordar que se ejecute un laudo por parte del Tribunal Arbitral, pero en caso de necesitarse la fuerza pública para que se cumpla un laudo, se tendría que recurrir al Poder Judicial⁸⁹.

En conclusión, para muchos la inclusión de la JRD puede ser beneficiosa, pero en realidad solo implicaría una justificación para disponer de un presupuesto adicional que se destine a la resolución de posibles conflictos durante la ejecución de un contrato de obra.

⁸⁷ CREMADES, Bernardo. “El Proceso Arbitral en los Negocios Internacionales”. Revista Themis. Lima. 1998. N° 11. Pg. 13.

⁸⁸ BENETTI SALGAR, Julio. “El Arbitraje en el Derecho Colombiano”. Revista Temis. 2001. Pg. 181-182.

⁸⁹ Artículo 67 de la Ley de Arbitraje “Decreto Legislativo N° 1071”.

En principio la JRD podrá reducir la cantidad de discrepancias, pero no evitará que se recurra a un arbitraje, al margen de que lo que se decida sea producto de un grupo de profesionales técnicos y pueda resultar más económico que la vía arbitral.

La ventaja del arbitraje recae en el poder jurisdiccional que engloba un grupo de facultades (ejecución de laudo consensuado y poder cautelar), y que por más que presente desventajas relativas al exceso de formalismo o de ser muy procedimental, además de operar solo cuando se resuelva el contrato de obra, no dejará de ser la mejor alternativa para obtener una decisión firme e incuestionable en otra vía jurisdiccional, relegando a la JRD como una mera vía pre arbitral.



CONCLUSIONES

1. Con la inserción de la JRD en las contrataciones públicas no necesariamente se va a tener el éxito esperado, porque el arbitraje siempre va a ser el mecanismo que los contratistas van a elegir si la entidad estatal no se rige por el principio de buena fe contractual, lo cual responde a la mala administración de las obras por los funcionarios.
2. Las JRD podrán ser una buena opción, si es que las partes mantienen un interés común y los canales de comunicación abiertos, a fin de no recurrir a un arbitraje. Un aspecto que se debe trabajar mucho por el lado de la Contraloría de la República a fin de permitir que el Estado muestre su capacidad de definir acuerdos de forma rápida a través de un mecanismo que se basa en voluntad de las partes.
3. Con la JRD el Estado quiere que los conflictos en las contrataciones públicas se mantengan cada vez más ajenos al Poder Judicial, pero, en la práctica se estaría presentando un fenómeno procesalista y/o administrativista en los arbitrajes, que para algunos resultaría perjudicial porque la solución de los conflictos tardaría más y las inversiones disminuirían; en cuanto para otros, podría representar la posibilidad de remontar lo decidido en las juntas o en el arbitraje.
4. Mientras que la JRD pueda conocer una mayor cantidad de conflictos técnicos que jurídicos se podrá decir que dicha figura es lo mejor, pero los precedentes arbitrales que se dan solo demuestran que el porcentaje de pretensiones de índole técnico siempre se mantiene por debajo de conflictos enteramente jurídicos.
5. El arbitraje presenta características jurisdiccionales que lo diferencian grandemente de la JRD, por lo que la preferencia se mantendrá en el arbitraje.
6. La eficacia de la JRD dependerá de la capacidad de los especialistas que lo compongan y su imparcialidad frente a las partes contratantes, quienes se aprovecharán de la inmediatez que ofrece este mecanismo para que la comunicación sea fluida y de las visitas en obra, lugar que ideal para que se pueda influenciar la decisión de los expertos, especialmente si se trata de un árbitro único.
7. Para el contratista no habría razón de utilizar una JRD si el Estado mantiene una política pobre de defensa arbitral, por el cual se pueda sacar un mayor provecho que de otros mecanismos como la conciliación o la misma junta. Debería haber una política que posibilite a la procuraduría pública ser capaz de negociar, transar y resolver conflictos sin tener que llegar hasta el final; y a su vez, se tendría que considerar el uso de un AC en la LCE a fin de que la actuación del procurador sea más notoria y los conflictos se resuelvan de forma rápida sin tener que comprometer mayor presupuesto público en un arbitraje.
8. En sí, la selección de la JRD estará intrínsecamente relacionada al presupuesto a comprometer para obtener el resultado esperado, por lo que otro punto que ayuda al arbitraje es que las controversias podrán resolverse en una sola instancia, sin tener que gastar en una vía previa como la referida junta.
9. Si bien un punto clave es que la JRD puede ser menos oneroso que un arbitraje y que puede ayudar a disminuir el costo del proceso arbitral, la experiencia de los DB en las obras del PARSALUD II y en el Canal de Panamá, solo llevaría a entender que la JRD no será la última alternativa, y, por ende, económicamente se preferiría utilizar una sola vía de resolución de disputas.

Bibliografía

1. Obras y artículos de revista:

- **American Arbitration Association.** “The Construction Industry’s Guide to Dispute Avoidance and Resolution”. 2004. Pg. 9.
- **ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María.** “Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano” Revista Peruana de Arbitraje N° 7. 2008. Pg. 124-125.
- **BULLARD, Alfredo.** “Arbitraje con trampita”. Diario El Comercio 19.07.14. <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/arbitraje-trampita-alfredo-bullard-noticia-1744015>. Visto el 28.05.16.
- **BUNNI, Nael G.** “Dispute Boards with Particular Emphasis on FIDIC’s DAB Procedure” International Construction Contracts and Dispute Resolution Conference. Egipto. 2005. Pg. 7.
- **CAIRNS, David J.A. e MADALENA, Ignacio.** El Reglamento de la ICC relativo a los “Dispute Boards”. Cremades y Asociados. España. Revisado el 04.12.15. <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634528963777658688.pdf>. Pg. 3.
- **CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo García y MOLERO RENTERÍA, Alberto.** “Entre la cura y la enfermedad a propósito de las modificaciones a la ley de contrataciones del estado y su reglamento en materia arbitral”. https://www.google.com.pe/search?q=ENTRE+LA+CURA+Y+LA+ENFERMEDAD+A+PROP%C3%93SITO+DE+LAS+MODIFICACIONES+A+LA+LEY+DE+CONTRATACIONES+DEL+ESTADO+Y+SU+REGLAMENTO+EN+MATERIA+ARBITRAL&rlz=1C1VFKB_enPE631PE631&oq=ENTRE+LA+CURA+Y+LA+ENFERMEDAD+A+PROP%C3%93SITO+DE+LAS+MODIFICACIONES+A+LA+LEY+DE+CONTRATACIONES+DEL+ESTADO+Y+SU+REGLAMENTO+EN+MATERIA+ARBITRAL&aqs=chrome..69i57.989j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Revista PUCP. Lima. 2014. Visto el 01.03.16. Pg. 24.
- **CAMPOS MEDINA, Alexander y HINOSTROZA SOBREVILLA, Luis Martin.** “El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir”. Revista PUCP. N° 05. Círculo de derecho Administrativo de la faculta de derecho de la PUCP. 2008. Pg. 298. Visto el 12.04.16. http://pbeabogados.facipub.com/facipub/upload/publicaciones/1/71/el_contrato_de_obra_publica.pd.
- **CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y FERRUZO DÁVILA, Gianfranco.** “Breves Apuntes sobre los Dispute Board Resolution”. Lumen. Ed. UNIFE. 2014. Pg. 106.
- **CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita y CHIPANA CATALÁN, Jhoel.** “La Constitución del Tribunal Arbitral y las Medidas Cautelares en el Arbitraje”. Arbitraje PUCP. Pg. 11. CHARRETT, Donald. “Dispute Boards and Construction Contracts”. Society of Construction Law. 2009. Pg. 17.
- **DÍAZ BARCIA, Christian.** “Los Comités de Disputas. Su aplicación en Costa Rica.” <http://abogados.or.cr/uploads/CMS/Articulo/f18e01a51085ac0f262051b59b651dc1fe4b12b6.pdf>. Visto el 01.12.15. Pg. 3.

- **EL MUNDO.** “El Canal de Panamá deberá pagar parte de los sobrecostos de la ampliación por 'negligencia'”. Periódico “EL MUNDO”. España. Visto el 12.06.16. <http://www.elmundo.es/economia/2015/01/06/54abdd20268e3e23688b4572.html>.
- **ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina.** “Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura”. Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. 2014. Pg. 12.
- **FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo.** “Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción. Pg. 2. Revisado el 18.11.15. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-LosDispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construccion.pdf>.
- **GARCÍA MONTUFAR, Juan.** “Los medios alternativos de solución de conflictos”. 2008. Revisado el 30.10.15. blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/18/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos/.
- **GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco.** “Efecto legal de las determinaciones de los dispute boards: un comentario”. GONZÁLES DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. México. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf>. Visto el 10.05.16. Pág. 7.
- **GUSHIKEN DOY, Juan Diego y FREITAS CABANILLAS, Rodrigo Andrés.** “Dispute board: mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción”. Tesis. PUCP. Lima. 2014. Pg. 108.
- **GUSTAVO PAREDES, Jaime Gray.** “Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción”. Revista de Derecho Administrativo. PUCP. Revisado el 10 de mayo del 2016. https://www.google.com.pe/search?q=Mecanismos+Alternativos+de+Resoluci%C3%B3n+de+Disputas+en+Construcci%C3%B3n&rlz=1C1VFKB_enPE631PE631&oq=Mecanismos+Alternativos+de+Resoluci%C3%B3n+de+Disputas+en+Construcci%C3%B3n&aqs=chrome..69i57j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Pg. 10.
- **HUAPAYA TAPIA, Ramón.** “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura”. Revista IUS ET VERITAS. N° 46. 2013. Pg. 46.
- **HURTADO FALVY, Juan Manuel.** “De la Conciliación Decisoria a la Junta de Resolución de Disputas: Apuntes en relación a la Junta de Resolución de Disputas Como Nuevo Método de resolución de conflictos para un contrato de Obra Formalizado Bajo el ámbito de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado”. Revista Derecho & Sociedad N° 44. 2015. Pg. 210.
- **INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS.** “La Junta de Resolución de Disputas en las Contrataciones del Estado”. 13.06.16. <http://incispp.edu.pe/blog/junta-de-resolucion-de-disputas-contrataciones-del-estado/>. Visto el 20.08.16.
- **KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz.** “Es urgente “arbitrabilizar” al Arbitraje Peruano”. Revista Arbitraje PUCP. Visto el 06.10.15. [file:///C:/Users/Marco/Downloads/9358-37059-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Marco/Downloads/9358-37059-1-PB%20(2).pdf). Pg. 59.

- **LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.** Obras Paralizadas. Infoobras. Ed. La Contraloría General de la República. 2015. Pg. 2 y 4.
- **LARRAIN CHAVEZ, Claudia.** “Evadiendo el problema antes que aparezca: los Dispute Boards”. Estudio Caballero Bustamante. 2013. Visto el 02.05.16. www.caballeroibustamante.com.pe/plantilla/2013/rj/setiembre/dispute_board.pdf. Pg. 8.
- **LOZANO HERNÁNDEZ, Juan Carlos.** “Medidas necesarias para fortalecer la solución de controversias originadas en materia de contratación del Estado”. Centro de Investigación de Arbitraje (CIAR) de la Facultad de Derecho. Universidad de San Martín de Porres. 2013. Pg. 18.
- **ORTEGA ORBEGOSO, Lissete Elizabeth.** Dispute boards: experiencia en Sector Público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas”. Ed. Revista Actualidad Jurídica. Febrero 2016. Tomo 267. Pg. 260.
- **QUIROGA LEON, Aníbal.** “Conciliación y Arbitraje en el Perú: presente y futuro”. 2000. <file:///C:/Users/Marco/Downloads/Dialnet-ConciliacionYArbitrajeEnElPeru-5085004.pdf>. Visto el 20.05.16. Pg. 775.
- **MACHO GÓMEZ, Carolina.** “Los ADR «alternative dispute resolution» en el comercio internacional”. Cuadernos de Derecho Transnacional 2013, Vol. 5, Nº 2, Pg. 398-427.
- **MARTIN TIRADO, Richard.** “El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú.” Revista Arbitraje PUCP. Pg. 42.
- **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano.** “Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del engineer y de los dispute boards”. Revista e – Mercatoria. Volumen 5, Nº 2. 2006. Colombia. Pg. 12.
- **RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo.** “El equilibrio económico en los contratos administrativos”. Revista Derecho PUCP. Nº 66. 2011. Pg. 69.
- **ROSSI, Mónica.** “Solución de controversias – aplicación de métodos de resolución alternativa de disputas en contratos de concesión de obras y servicios públicos”. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. 2000. Pg. 13.
- **SERRALTA RÍOS, Aníbal.** “El Arbitraje Obligatorio en las Contrataciones del Estado”. Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Pg. 144.
- **SOLÍS TAFUR, Eduardo.** “La Nueva Ley de Contrataciones del Estado y la Junta de Resolución de Disputas (los dispute boards)”. Lumen. Ed. UNIFE. 2014. Pg. 114.
- **TALAVERA CANO, Andrés y OLÓRTEGUI HUAMÁN, Julio.** “¿El Sistema del Amigable Componedor Podría Ser el Respaldo que Necesita el Procurador para Poder Transar las Controversias y No Someterlas a Arbitraje?” Revista Derecho & Sociedad Nº 44. 2015. Pg. 277.

- **TRIVEÑO DAZA, Daniel.** “Las juntas de resolución de disputas deberían intervenir en cualquier contrato de obra, independientemente del monto”. Ed. Revista Actualidad Jurídica. Marzo 2016. Tomo 268. Pg. 274.
- **VELAZCO, María Laura.** “Los Dispute Boards”. Argentina International Chamber of Commerce. Revisado el 21.11.15. <http://www.iccargentina.org/index.php/dispute-boards-5-preguntas-a-maria-laura-velazco/>.
- **WOSS, Herfried.** “Panel de Adjudicación de Desavenencias “Una retrospectiva”. Boletín Informativo PAUTA. Cámara Internacional de Comercio. México. N° 50. 2006. Pg. 13.

2. Página web:

- <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/content/calculo-de-gastos-arbitrales-del-sna-osce>.

3. Legislación:

- Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de julio de 2014.
- Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado - Aprobado por DECRETO SUPREMO N° 350-2015-EF.
- Directiva N° 001-2016-OSCE/CD de fecha 09.01.16.
- Directiva N° 021-2016-OSCE/CD de fecha 28.06.16
- Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (Dispute Boards) del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ley 30114 de Presupuesto del Sector Público para el 2014 (02.12.13).
- Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje.

4. Jurisprudencia:

- Resolución N° 24 del 05.04.10 (laudo) relativa a la LP N° 57-2005-BN (arbitraje seguido por Consorcio Puma contra el Banco de la Nación).
- Resolución N° 04 del 10.02.10 (laudo) relativa al Contrato N° 052-2009/P.E.E. N° 001-2009-MVCS (arbitraje seguido por Consorcio Pisco contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento).
- Expediente N° 1463095-2008 del 01.06.10 (laudo) relativo a la LP N° 033-2006-OEI-GRL (arbitraje seguido por Consorcio Jáuregui contra el Gobierno regional de Loreto y la Organización de Estados Iberoamericanos – OEI).
- Resolución N° 40 del 18.05.10 (laudo) relativa al proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 11-2003/VIVIENDA/VMCS/PARSSA (arbitraje seguido por Consorcio Pasco contra el Programa Agua para todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento).