

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2018-2019

Volumen 63 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Panorama actual del arbitraje
2018-2019**

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2018-2019

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, febrero 2019

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2019-02518

ISBN: 978-612-4400-11-7

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Palabras de presentación	9
1. De laboratorio: el conflicto en la contratación pública y su solución, de cara al futuro <i>Gina Isabel Vargas Herrera</i>	11
2. Entrevistando potenciales árbitros: la necesidad de un estándar transparente y minucioso <i>Alonso Bedoya Denegri</i>	47
3. La iniciativa probatoria del árbitro para disponer y actuar pruebas de oficio: ¿es compatible con la carga probatoria de las partes? <i>Jorge Luis Huamán Cachay</i>	65
4. La eficacia de la Junta de Resolución de Disputas en el sistema de solución de conflictos de las contrataciones del Estado <i>Miguel Ángel Sipán Velásquez</i>	117

PALABRAS DE PRESENTACION

Desde hace varios años, la «Biblioteca de Arbitraje» publica la serie denominada *Panorama actual del arbitraje*.

En ella, siempre han aparecido trabajos que reflejan los problemas más actuales de este medio de solución de controversias en nuestro país.

El volumen que presentamos —el 63 de nuestra colección— sigue esta misma línea, y en él aparecen cuatro muy importantes trabajos de abogados en ejercicio.

Así, tenemos el de la doctora Gina Isabel Vargas Herrera, titulado «De laboratorio: el conflicto en la contratación pública y su solución, de cara al futuro».

En segundo lugar, publicamos el trabajo del doctor Alonso Bedoya Denegri, el mismo que lleva por título «Entrevistando potenciales árbitros: la necesidad de un estándar transparente y minucioso».

El tercero corresponde al doctor Jorge Luis Huamán Cachay y se denomina «La iniciativa probatoria del árbitro para disponer y actuar pruebas de oficio: ¿es compatible con la carga probatoria de las partes?».

Y, finalmente, el aporte del doctor Miguel Ángel Sipán Velásquez, titulado «La eficacia de la junta de resolución de disputas en el sistema de solución de conflictos de las contrataciones del Estado».

Como podrá apreciar el lector, dos de los cuatro trabajos corresponden estrictamente a arbitraje, en tanto uno a la junta de resolución de

disputas y otro a la contratación pública, obviamente, relacionado con el arbitraje.

Todos ellos revisten gran calidad y quienes publicamos la «Biblioteca de Arbitraje», nos sentimos muy orgullosos de que aparezcan en las páginas de nuestra colección, agradeciendo a sus autores la gentileza que han tenido para con nosotros.

Por último, agradecemos también a nuestros lectores por la constancia en la lectura de nuestros diferentes volúmenes, ya sea en formato papel o virtual.

Lima, febrero del 2019

Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su estudio. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

DE LABORATORIO: EL CONFLICTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU SOLUCIÓN, DE CARA AL FUTURO

*Gina Isabel Vargas Herrera**

Sumario: I. Introducción.— II. Examen clínico del conflicto en la contratación pública.— a) Origen, diagnóstico y tratamiento.— b) Interés público *vs.* interés privado. ¿Quién gana y quién pierde?— c) ¿Colusión del principio de eficiencia que rige la contratación pública?— III. El arbitraje en la contratación pública, como terapia focalizada.— a) Planteamiento.— b) ¿Por qué la admisión del arbitraje en el ámbito de contratos públicos?— c) El arbitraje como aliado estratégico en la contratación pública peruana.— IV. Más allá de la enfermedad y el remedio: los Med-Arbs como prescripción médica disponible. a) Planteamiento. b) Normas comunitarias sobre ADR. c) El modelo de Estados Unidos y su protagónica actuación en los ADR.— d) Conociendo los Med-Arbs; oportunidad que necesita el sistema

* La autora es abogada titulada por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en contratación pública por la Universidad de Castilla, La Mancha y magíster en mediación, negociación y resolución de conflictos por la Universidad Carlos III de Madrid. Con estudios de postgrado en arbitraje, contrataciones del Estado y derecho administrativo por la Universidad ESAN. Con estudios de postgrado en arbitraje por la Pontificia Universidad Católica del Perú; derecho administrativo, contrataciones del Estado y arbitraje en contrataciones del Estado, por la Universidad ESAN y especialización en arbitraje internacional e inversiones por la Universidad del Pacífico. Es conciliadora extrajudicial y árbitro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo. Actualmente, ocupa el cargo de abogada del área arbitral de la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social; entidad en la que ejerce por delegación, la defensa legal de los intereses de dicho Ministerio y sus programas sociales adscritos, ante tribunales arbitrales y judiciales.

de justicia: i) Concepto.— ii) Tipos de Med-Arbs.— iii) Ventajas.— e) ¿Por qué la administración pública debería apostar por los Med-Arbs en contratación pública?— V. Receta final: el *dispute board* como camino a la evolución de las legislaciones en contratación pública.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

Resumen: La contratación pública al igual que otras instituciones del derecho, se confronta constantemente con el reto de la eficiencia en su ejecución y la búsqueda de su armonía con la finalidad pública que la motiva. Es así que, ante el surgimiento de un conflicto en esta materia, que podría afectar la legitimidad del Estado en la ejecución debida del gasto público; surge como necesidad un planteamiento que permita abordar con responsabilidad y transparencia un modo más competente de superar una determinada controversia. Para tal efecto, son los nuevos caminos para la solución del conflicto en contratación pública, los que permitirán manejar, controlar y superar éste, mediante la posibilidad de un beneficio recíproco para las partes contratantes y/o el menor costo de la pérdida de uno ellos, mientras dure el litigio; todo ello, a través de los Med-Arbs y su aplicación como propuesta de renovación alternativa, así como a través del *Dispute Board* como cultura de abandono del litigio.

Abstract: Public procurement as well as other legal institutions, are constantly confronted with the challenge of efficiency in execution and seeking harmony with the public purpose that motivates it. It is so, before the outbreak of conflict in this matter, which could affect the legitimacy of the state in the proper implementation of public expenditure; It emerges as need an approach that can address accountability and transparency with a more competent way to overcome a particular dispute. To this end, are the new ways for the administration of justice in public procurement, that will manage, control and overcome the conflict, through the possibility of a reciprocal benefit to the contracting parties and / or the lower cost of the loss of one them for the duration of the litigation; all through the Med-Arbs and its application as a proposed alternative renewal in the administration of justice and, through the Dispute Board as a culture of abandonment of litigation.

Palabras clave: Conflicto, solución, contratación pública, administración pública, principio de eficiencia, alternativas de resolución de disputas, mediación, arbitraje, Med-Arbs, junta de resolución de disputas.

Keywords: *Conflict, solution, procurement, public administration, efficiency principle, alternative disputes resolutions, mediation, arbitration, Med-Arbs, dispute boards.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo, pretende constituir una contribución a la nueva visión que requiere la solución al conflicto en contratación pública y que, desde mi percepción, es una labor que va más allá del proyecto en sí mismo; es en realidad, la necesidad legítima de demandar y ser parte de un cambio integral, que responda a la competitividad, confianza, calidad y eficiencia, que toda decisión importante que implique un reto de beneficios comunes, plantea.

Es así que, inicio haciendo referencia al «Examen clínico del conflicto en la contratación pública», mediante el cual abordo las principales cuestiones que dan lugar al desencadenamiento del conflicto, sus causas y los factores que subyacen en dicha situación, como, por ejemplo, el caso de la corrupción, respecto al cual realizo una reflexión sobre el interés público y privado, tanto para el Estado como para los ciudadanos. Finalmente, concluyo internalizando la interrogante de si como consecuencia de todo lo expuesto precedentemente, se vulnera el principio de eficiencia de la contratación pública, que supone además de la perspectiva económica propiamente dicha, el cumplimiento efectivo de la finalidad pública.

Acto seguido, continúo con el apartado que he titulado, «El arbitraje en la contratación pública como terapia focalizada», por el cual abordo la problemática actual que afronta el Poder Judicial. En esa línea,

introduzco brevemente la pertinencia de los ADR (*Alternative Dispute Resolution*); haciendo referencia al desarrollo del arbitraje administrativo, así como fortaleciendo la conveniencia del arbitraje a mayor escala y sin temores.

Inmediatamente después, realizo una reflexión que he denominado «Más allá de la enfermedad y el remedio: los Med-Arbs como prescripción médica disponible», en el que, de manera concreta, desarrollo los ADR, profundizando en ellos, a través de su análisis en las iniciativas comunitarias, la visión de su desarrollo en Estados Unidos, y la necesidad de su implementación. Luego de ello, empiezo con los Med-Arbs —mediación y arbitraje—; resaltando sus modalidades y ventajas, así como defendiendo la posición de su implementación en el ámbito de contratación pública, de modo que el Estado también se pueda ver beneficiado de sus recursos, herramientas y resultados.

Finalmente, comparto una apreciación particular sobre la utilidad del *Dispute Board* en contratación pública y cómo su implantación es coherente con una nueva forma de administrar justicia en esta materia especializada.

Pues bien, como se podrá apreciar, este artículo aspira a ser la semilla de una «innovación jurídica», que se traduzca progresivamente en «sustentabilidad y compromiso», como tarea responsable de quienes creemos en el cambio de paradigma por el bienestar común.

II. EXAMEN CLÍNICO DEL CONFLICTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

a) Origen, diagnóstico y tratamiento

Para nadie es una novedad que, actualmente, la administración pública no goza de legitimidad en el ejercicio de sus acciones político-sociales traducidas en compras públicas o contratos del Estado. La confianza en

la administración de los recursos públicos, cada vez es menor y su principal fundamento se encuentra en la «ausencia real» de su vinculación con la necesidad pública. Es un malestar generalizado el escuchar de parte de la ciudadanía, el cuestionamiento de un contrato del Estado. La pregunta es: ¿por qué ocurre esto? ¿Sobre la base de qué se realiza este quiebre «Estado-ciudadano»? La respuesta está, sin duda, en su visión y experimentación de «resultados cero (0), o, resultados en negativo (-)» de parte del Estado.

Es así que se genera un conflicto, no sólo en la relación contractual Estado-proveedor o viceversa, sino también —y sobre todo— en la relación ciudadano-Estado.

Ahora bien, me interesa compartir primero, cuáles serían esas posibles causas que, finalmente, conllevan a la realidad descrita líneas arriba. Al respecto, conforme lo expresa Fabiola Paulet Monteagudo,¹ identificando de manera amplia los *obstáculos suscitados en la ejecución de los contratos públicos*, éstos serían:

[...] ausencia de una adecuada gestión de las entidades en el manejo de los mismos (desde el punto de vista técnico, legal y político), así como por la falta de competitividad de los proveedores que se traduce, generalmente, en inexperiencia, incapacidad técnica y logística e, incluso desconocimiento de las reglas y normas aplicables al cumplimiento de sus prestaciones [...].

En ese sentido, como se podrá advertir, la responsabilidad de los agentes públicos en esta problemática es de trascendencia, ya que es, finalmente, el Estado en concreto, el que debe velar por el cumplimiento efectivo de los contratos que celebra, así como, superar estos obstáculos, desde el inicio del procedimiento de contratación —etapa preventiva—.

¹ MONTEAGUDO PAULET, Fabiola. «El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones». Revista *Arbitraje PUCP*, 2013, n.º 3, p. 87.

No obstante ello, los conflictos que se puedan presentar en la ejecución de los mismos como consecuencia del punto inicial —etapa preventiva—, suponen desde un *punto de vista crítico constructivo*, una oportunidad para modificar la realidad imperante de insatisfacción ciudadana de cara al futuro, no incidiendo para ello, en los mismos errores una y otra vez, que lo único que ocasionan es encarecer la contratación pública, incrementar la desconfianza del pueblo y desacelerar el crecimiento de un país.

Precisando esto, la pregunta que surge es: ¿puede el Estado revertir los efectos inminentes de una etapa preventiva no ejecutada o indebidamente superada? ¿Es posible hacer algo en la etapa de ejecución de un contrato para no sacrificar lo invertido, mientras se sigue trabajando en la etapa preventiva? La respuesta es sí. Y lo veremos a lo largo de este artículo, cuya misión únicamente es aportar una manera diferente de afrontar los tiempos actuales.

b) Interés público vs. interés privado. ¿Quién gana y quién pierde?

Mucho se ha dicho sobre cuáles podrían ser las consecuencias que terminan causando los conflictos palpables en la contratación pública. La voz que más se escucha es: «corrupción e incompetencia»; efectos contaminantes que están dañando la capa de ozono del Estado y que lastimosamente aún no termina de ponerse un alto sobre ellos. Sin embargo, este artículo no pretende puntualizar sobre la existencia de la solvencia moral o no de determinadas autoridades y, menos aún, hacer referencia a un contexto político en particular. Lo que sí pretende ofrecer, en todo caso, son reflexiones al respecto y una alternativa fiable de solución.

En ese sentido, vemos que la falta de transparencia y una efectiva rendición de cuentas son las condiciones perfectas para la gestación de conductas ilícitas, y es allí donde debe haber un mayor control y gestión de las entidades competentes para supervisar y sancionar dichas prácticas, así como, debe existir también un mayor control de parte de la opinión pública.

Para tal efecto, como es sabido, es necesario que todos nos sintamos parte de la tarea del Estado y que no nos desatendamos de ella, como consecuencia de la desazón que pueda ocasionar el saber que posiblemente, no exista una debida representación, así como, tampoco seamos indiferentes ante la omisión de contribución a las arcas fiscales que puedan efectuarse a modo de protesta; ya que ello sólo nos perjudicará a todos en la consecución de fines que el Estado se plantee.

Entonces, en cualquier caso, siempre y en todo momento, debe guiar al circuito de la contratación pública, el «interés público», el mismo que responde al conocimiento de saber lo que el pueblo necesita y cómo lo necesita. No es, entonces, el interés privado de «determinadas personas» el que puede guiar y sostener las fases de la contratación pública, en grupos reducidos de poder que sólo buscan beneficios propios, así como tampoco lo es el del ciudadano de pie que, ante la ineficiencia de «sujetos individualizados» *que forman parte del sistema* y sus respuestas, deja de contribuir económicamente con los objetivos de su país.

En consecuencia, este ítem es una invitación a la reflexión basada en una pregunta muy sencilla pero compleja a la vez: ¿quién gana y quién pierde? La respuesta es: nadie gana y todos pierden, uno más que otros. Y es, precisamente, en el rescate de los valores, la ética y la moral, donde el inicio de una forma diferente de pensar y ser, actúa para cambiar la tesis y crear una cultura realmente comprometida con un nuevo enfoque de vida institucional.

c) *¿Colusión del principio de eficiencia que rige la contratación pública?*

Al respecto, el principio de eficiencia que rige la contratación pública, es concebido por Juan Bononad, como:

[...] Este principio tiene aquí por función intrínseca determinar cuándo un gasto es no sólo eficaz sino eficiente desde una perspectiva de rentabilidad, lo que condiciona las opciones de gestión administrativa [...].

En todo caso es importante insistir en la idea de que el principio de eficiencia debe ser visualizado no desde una perspectiva económica (o estrictamente presupuestaria) sino que deberá valorarse atendiendo a su conexión ineludible con el cumplimiento efectivo de sus fines o políticas públicas [...].²

Pues bien, como se podrá apreciar de dicho concepto, la eficiencia en el uso de los recursos públicos es uno de los pilares más importantes de la contratación pública; y ello además se traduce en la *transparencia en la gestión*, pues los contratos se están concretando efectivamente —están siendo una realidad—; de acuerdo a las condiciones y presupuesto asignado, sin necesidad de invertir más de lo proyectado; y, sobre todo, «cumpliendo los fines públicos» para los cuales se decidió mover toda la maquinaria estatal.

Sin embargo, qué pasa cuando surgen las controversias entre el proveedor y el Estado. ¿No se genera desde ese momento, un costo no previsto en la contratación, que el Estado debe asumir o afrontar? ¿Cómo están y se sienten las partes en conflicto, respecto a sus reales intereses? Más aún, si esta situación llega a los tribunales arbitrales y/o judiciales —como casi siempre ocurre—.

Al respecto, estamos hablando en palabras concretas, de dos tipos de costes principalmente; el social y el económico. El primero de ellos, referido a la sensación de la ciudadanía de una falta de seriedad y buena gestión de la administración pública —al margen del incumplimiento imputable o no al contratista—. Y, de otro lado, el segundo de ellos, referido a los costes monetarios, tales como: el pago de mayores gastos generales, el pago de facturas, el pago por contraprestación, las indemnizaciones, intereses y demás pretensiones, en caso ocurra —como es

² BONONAD GRAU, Juan. *La contratación de las administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*. Madrid: Thomson Civitas, 2008, p. 58.

usual—, que se judicialice y/o arbitre el conflicto y con ello el valioso tiempo de un contrato quede relativizado a cero.

En consecuencia, ante supuestos de esta naturaleza, que en definitiva está transgrediendo, ya sea de manera indirecta e involuntaria el principio de eficiencia de la contratación pública, se puede aseverar que el mecanismo previsto de solución de conflictos en el ámbito de la contratación pública, no es el más adecuado y que, por tanto, resulta necesario un cambio que responda mejor a las necesidades del Estado; y, sobre todo que, redunde en un cambio de enfoque de la mirada pública y su voluntad de fortalecer o devolver legitimidad a este principio.

III. EL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA, COMO TERAPIA FOCALIZADA

a) Planteamiento

Una propuesta alternativa a este modo en que la administración pública responde a sus conflictos ha significado que surja la necesidad de mirar hacia otro lado. Ese otro sendero que puede conducir a las entidades públicas a obtener un beneficio de eficiencia en la solución de sus conflictos.

Me refiero a los ADR (*Alternative Dispute Resolution*), cuya superioridad de las técnicas de conciliación, mediación y arbitraje, está dando que hablar frente a los modelos tradicionales y cuya tendencia global es incluir en las legislaciones de la mayoría de países, no sólo por la lentitud administrativa de los procesos judiciales, sino también a fin de coadyuvar de ese modo, a que los países sean más competitivos en el mercado de captación de inversiones.

En pocas palabras, lo que ofrecen estos ADR, más que una cuestión de poder materializada en el litigio, es la justicia traducida en una negociación integrativa o colaborativa del «win-win» —aplicada para el caso de conciliación y mediación—; así como un procedimiento de resolu-

ción de conflictos rápido, eficiente y especializado del asunto materia de controversia —aplicado para el caso de arbitraje—.

En ese sentido, a continuación, haré referencia únicamente al arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, que ya opera en nuestro país y que requiere para su legitimación práctica transparente, especializada y sólida en valores morales y ética profesional a cargo de los árbitros.

b) ¿Por qué la admisión del Arbitraje en el ámbito de los Contratos Públicos?

En relación a este punto, hay mucho por decir, pero un modo acertado de empezar es recogiendo una frase, que sin duda resume muy bien lo que expondré a continuación y es: «Acudir a arbitraje es un síntoma claro de madurez de una sociedad».³

Pues bien, en primer término, a efectos de delimitar el concepto de arbitraje como tal —y terminar de ubicarnos en el tiempo y en el espacio—, diremos en palabras de Beatriz Franciskovic Ingunza, que este ADR, implica:

[...] la institución por la que las partes de una determinada relación jurídica someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, que con ocasión de dicha resolución se suscitan sobre derechos arbitrables. Constituye un método de resolver extrajudicialmente controversias en virtud del cual las partes acuerdan mediante convenio arbitral someter la solución de determinados conflictos [...] a la decisión vía laudo arbitral de uno o varios terceros denominados árbitros imparciales y ajenos a las partes y no integrado en órgano judicial estatal [...].⁴

³ ALANDETE, Fernando. «Arbitraje». *Revista Escritura Pública*, 2004, n.º 31.

⁴ FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz y Carlos TORRES ANGULO. «La eficiencia de los medios alternativos o adecuados de resolución de conflictos frente al sistema procesal civil». Lima: Universidad de San Martín de Porres. *Revista Sapere Virtual*, 2013, año 11, n.º 4.

En ese sentido, si este mecanismo alternativo de solución de conflictos, postula los tres aspectos básicos que también un proceso judicial regula, es decir, que de igual forma resolverá un tercero (árbitro), se expedirá una resolución que resuelve el fondo de la controversia (laudo arbitral) y se tramitará un procedimiento (actos procesales arbitrales), qué motiva principalmente a optar por el arbitraje en reemplazo de la jurisdicción ordinaria. La respuesta es las «3C»: calidad, competencia y confianza; vale decir, las virtudes que, a lo largo del tiempo, el Poder Judicial ha ido perdiendo.

Ahora bien, a efectos de profundizar más en esta última afirmación, me parece interesante citar a Manuel Olivencia Ruiz, quien refuerza lo expuesto líneas arriba, indicando:

La inseguridad acerca de la determinación de la persona del juez que habrá de juzgar el litigio, cuya designación escapa a la voluntad de las partes; la desconfianza en sus cualidades personales para dirimir el conflicto; la incertidumbre acerca de la duración del procedimiento, expuesta a retrasos en la tramitación y a obstáculos dilatorios, a incidencias, a recursos, a formalismos entorpecedores en las hábiles manos de los interesados de la resolución tardía; la imposibilidad del cálculo de costos en esas circunstancias, son, todos, inconvenientes de la jurisdicción, que inclinan la elección del arbitraje.⁵

Por si fuera poco lo expuesto por el citado autor, yo podría agregar, además, algo muy trascendental: «insatisfacción en la administración de justicia impartida por el Poder Judicial»; pues, no refleja con sus resultados; eficiencia, celeridad, especialidad y honestidad, aunque esta última sea lamentable citar. Asimismo, como lo he sostenido desde el principio, esta fotografía de la realidad, lo único que ocasiona es «deslegitimar a la administración pública» e inmortalizarla —en el peor de

⁵ OLIVENCIA RUIZ, Manuel. «Arbitraje. Una justicia alternativa (una visión histórica desde la nueva ley), Universidad de Córdoba, España, 2006, p. 21.

los casos—. Así también, desde hace mucho, sin ser oído lo suficiente, el jurista Parejo Alfonso, se pronunció al respecto diciendo:

La denunciada crisis tiene un compañero de camino no de menor importancia, esto es, la crisis de la administración pública, crisis también de eficacia, pero que, directamente en la actualidad, afecta a la legitimación de las administraciones públicas.⁶

Por tanto, tomar conciencia de una realidad negativa que demanda cambios, es la primera y principal respuesta del Estado, lo que implica un grado de reconocimiento y responsabilidad que es indispensable para tener la valentía de tomar acciones concretas y diseñar un plan estratégico de rediseño de políticas públicas que sea coherente y afín al interés público. Ello, definitivamente, no ocurrirá de la noche a la mañana, es un proceso en el que no depende de una sola persona, sino de un conglomerado de voluntades que es necesario despertar, motivar y concretar.

Ahora lo cierto es que, mientras ello ocurre, el círculo requiere abrirse y permitir que no sólo los particulares se beneficien de las buenas prácticas arbitrales y lo que este ADR ofrece, sino también y sobre todo la administración pública; que es el principal actor del mercado interno y global.

Finalmente, la cultura del ceño fruncido y los brazos cruzados en crítica activa del Estado y sus funcionarios, no es la solución. Todos, por más pequeña que pueda ser nuestra participación en el cambio para lograr las «3C» —como didácticamente pretendo reseñar— son la clave de una historia que se escribe todos los días y un aporte comprometido, siempre será bienvenido.

⁶ PAREJO, Alfonso. «Crisis y renovación en el derecho público». Madrid: CEC, 1991, p. 11.

c) *El arbitraje como aliado estratégico en la contratación pública peruana*

Como sabemos, todo cambio es motivado por un estado de necesidad y en Perú también ocurrió así; el arbitraje se presentó como un mecanismo confiable, en contraste con las falencias de la jurisdicción ordinaria y como propuesta eficiente para la solución de las controversias Estado-proveedor. En otras palabras, el Estado decidió beneficiarse de las mayores ventajas que ofrece este ADR; que, en principio, fue concebido para el ámbito privado y que no obstante ello, en la actualidad, el cuestionamiento de su aplicación es mínimo a nivel nacional e internacional.

De hecho, no resulta nada descabellado indicar que, a través de esta vía de solución de conflictos, se ha producido en Perú, una transformación innegable en la administración de justicia y su aceptación es, prácticamente, generalizada. Pero, veamos qué se requiere, como mínimo, para implementar un arbitraje administrativo como el que está regulado en Perú. Según César Rubio Salcedo, se necesita lo siguiente:

- a) Que al menos una de las partes sometidas a este mecanismo de solución de controversias sea una entidad de la administración pública.
- b) Que ambas partes hayan acordado voluntariamente o por sometimiento a la ley, solucionar la materia de controversia a arbitraje.
- c) Que la norma o normas aplicables sean preferentemente de orden público.
- d) La administración no pierde sus facultades de *ius imperium*; sin embargo, debe cumplir con los mandatos emitidos en el arbitraje.⁷

⁷ RUBIO SALCEDO, César. «Solución de controversias y régimen sancionador en la contratación estatal». Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

Es así que el Estado peruano, partiendo de estas razones y de la premisa constitucional regulada en el tercer párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del Perú de 1993, que prevé:

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual [...] a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Vio por conveniente introducir esta vía alternativa de solución de conflictos, mediante una ley, de acuerdo a la referencia constitucional indicada, creando para tal efecto el Decreto Legislativo n.º 1071 —última norma—⁸ (en adelante, Ley de Arbitraje), cuyo artículo 4, inciso 2, establece que:

Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.

Así como regulando en el inciso 3, también lo siguiente:

El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.

Siendo que sobre la base de este marco constitucional y la referencia legal en la que se concreta la actual Ley de Arbitraje, de la mano caminó el Arbitraje administrativo en contratación pública, que como decía, revolucionó la justicia peruana al regular en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley n.º 26850 del año 1998, la obligatoriedad de incluir como cláusula contractual referida a la solución de controversias, lo siguiente:

⁸ Sus precedentes más recientes: Decreto Ley n.º 25935 de 1992 y Ley n.º 26572, de 1996.

Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.

Al respecto, en las posteriores leyes y reglamentos se ha mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias. (Decreto Supremo n.º 012-2011-PCM, Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, Decreto Legislativo n.º 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, Ley n.º 30225 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, modificada por Decreto Legislativo n.º 1341 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF —vigente desde abril del 2017—.)

Por tanto, como se podrá apreciar, ha sido tanto el avance e impulso que se ha dado al arbitraje, que en la actualidad casi nadie cuestiona el «arbitraje forzoso» en el ámbito de la contratación pública. Es más, existen inclusive autores peruanos, que indican que, en esencia, no estamos ante un arbitraje obligatorio impuesto por la fuerza de la ley o voluntad imperante del Estado, sino más bien por consenso entre el proveedor y la administración pública.

Así, por ejemplo, Cuevas refiere que,

Si bien se establece que el arbitraje es de aplicación obligatoria, ello no significa negar el carácter consensual del arbitraje. Lo que ocurre es que una de las partes, en este caso la entidad correspondiente del Estado, incluye —o, mejor dicho, debe incluir— un convenio arbitral de los contratos que celebre con sus proveedores, el mismo que es aceptado por éstos al participar en la respectiva convocatoria pública.

Es más, dicho convenio es expresamente aceptado por el proveedor al suscribir el contrato con el Estado. [...].⁹

Asimismo, Cantuarias señala que

El arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no tiene nada de obligatorio, ya que el Estado, al momento de ofertar las adquisiciones de bienes y servicios está en plena libertad de proponer el acceso al arbitraje como parte de sus condiciones. Si algún particular libremente desea contratar con el Estado, pues tendrá que someterse a las condiciones de la oferta, una de las cuales será el acceso al arbitraje.¹⁰

En ese sentido, como se podrá apreciar de todo lo expuesto, el Estado peruano ha logrado superar la barrera doctrinal tan fuerte, que suponía que no podía resolver sus conflictos fuera de la jurisdicción ordinaria porque ello podría significar una ruptura de sus esquemas más tradicionales y arraigados. De hecho, tan es así, que inclusive ha regulado la posibilidad de acudir a «conciliación», que es otro ADR, igualmente, muy positivo y beneficioso para el interés público.

Asimismo, también se destaca que, para el supuesto de obras, la legislación peruana ha ido mucho más allá y ha regulado la existencia de la Junta de Resolución de Disputas, que supone, principalmente, la mayor expresión de avance en la gestión y solución de sus conflictos en contratación pública; ya que recogiendo los antecedentes y experiencia de los Estados Unidos de América como pionero en los *disputes boards*, ha incluido la necesidad de obras concluidas a tiempo y sin conflictos,

⁹ CUEVAS MORALES, Carlos. «El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Cathedra*. Revista de los estudiantes de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2001, n.º 8, p. 203.

¹⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El arbitraje en Perú: desarrollo actual y perspectivas de futuro». Lima: Fundación MJ Bustamante de la Fuente, 1994, p. 182.

también en el Perú. Sin embargo, al respecto, volveremos más adelante cuando nos enfoquemos de forma específica en ese tema.

Finalmente, sólo indicar y compartir sobre la regulación del arbitraje, lo que de forma ilustrativa manifiesta Fabiola Paulet —árbitro peruana—, quien señala que para obtener una gestión arbitral exitosa se requiere:

- *Celeridad.* Promover mecanismos que permitan resolver con rapidez los arbitrajes en contratación pública, sin afectar el debido proceso.
- *Transparencia.* Sistematización de información para promover el acceso a información sobre las decisiones arbitrales (laudos) que involucran intereses públicos, así como designaciones, recusaciones y otros del récord arbitral del árbitro.
- *Confianza.* En caso de surgir un conflicto, el Estado debe promover mecanismos que procuren garantizar que el arbitraje en contratación pública se resuelva con independencia, imparcialidad, predictibilidad, proporcionalidad, y en forma adecuada. Dicho mecanismo podría ser un *ranking* arbitral (estudio de mercado) para medir la percepción de independencia e imparcialidad de los árbitros a los ojos del ciudadano.

En consecuencia, no se tiene por qué ver al arbitraje como «enemigo» del derecho administrativo; y, en concreto, de la administración pública; todo lo contrario, este ADR puede más bien, convertirse en un «aliado estratégico» para fortalecer la contratación pública, abordando las dificultades u obstáculos en la ejecución del contrato de una manera más apropiada y competente; mientras el Estado termina de corregir lo que sea necesario para hacer del contrato público, su mejor herramienta de liderazgo y representación, así como de fortificar la jurisdicción ordinaria.

IV. MÁS ALLÁ DE LA ENFERMEDAD Y EL REMEDIO: LOS MED-ARBS COMO PRESCRIPCIÓN MÉDICA DISPONIBLE

a) Planteamiento

Hasta ahora, hemos visto cómo la crisis de la administración de justicia en manos del Poder Judicial, ha desencadenado la utilización de los ADR y su aplicación progresiva, con la finalidad de superar el trance —esperamos temporal— en el que lastimosamente se encuentra la jurisdicción ordinaria. Así, se ha podido verificar que efectivamente el arbitraje, en primer término, se perfila como un ADR de tipo «3C» —comprende por origen competencia, calidad y confianza—; y que, por tanto, merece la pena apostar por su implementación, regulación y fortalecimiento.

Ahora bien, pero no siempre el Estado requiere litigar ante el surgimiento de un determinado conflicto. También puede, según determinadas circunstancias y condiciones, beneficiarse de la cultura de pacificación, traducida en la utilidad y conveniencia de los métodos auto-compositivos, los mismos que principalmente son: la conciliación y la mediación. En ese sentido, ante alguna controversia derivada de la ejecución de un contrato público, la administración podría, por qué no, evaluar si le es más rentable y coherente con sus intereses recurrir o, en todo caso, mediar o conciliar. Negarle esa posibilidad, es un absurdo que no responde, no sólo a la realidad, sino también al derecho de una buena administración en contratación pública.

Por tanto, si partimos de la premisa, que se sintetiza muy bien en la siguiente frase:

Quando cambian los paradigmas, el mundo mismo cambia con ellos.

Khun.

¿Qué estamos esperando para concluir que se requiere un cambio? Veamos a continuación a qué me refiero.

b) Normas comunitarias sobre ADR (Alternative Dispute Resolution)

Al respecto, debo indicar que saludo que, en referencia a este planteamiento, la Unión Europea haya tenido acertadamente un papel activo y trascendente en su difusión y aplicación.

Es así que, para la Unión Europea, los métodos ADR son considerados como un importante beneficio para los ciudadanos de cara al acceso a la justicia, la reducción de costes y la duración de los procedimientos.

Veamos las principales iniciativas de la Unión Europea en este sentido:

- *Comunicación de la comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia de 4 de enero de 1985.* Se advertía el compromiso de la UE en apoyar proyectos pilotos para aprender a solucionar los problemas surgidos en la práctica y, sobre la base de la información así conseguida, proponer soluciones concretas, como la modificación de la legislación en sí misma, la creación de procedimientos administrativos o extrajudiciales, o de arbitraje y conciliación.
- *Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986.* Recomendaba promover la solución amistosa de los conflictos en lo que respecta a las medidas para prevenir y reducir la carga excesiva de trabajo en los tribunales.
- *Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y las soluciones de litigios en materia de consumo en el Mercado único.* Se recomienda la utilización de iniciativas extrajudiciales, al advertir que en lo que se refiere a los litigios en materia de consumo, no

se satisface en algunos Estados miembros por los procedimientos judiciales existentes.

- *Plan de Acción de 1996, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior.* Promovía el uso de procedimientos extrajudiciales.
- *Plan de Acción de Viena de 1999.* También promovía el instaurar procedimientos alternativos o sustitutorios para la resolución de los conflictos.
- *Directiva n.º 2008/52/CE sobre Mediación en materia civil y mercantil en asuntos transfronterizos.* La que, finalmente, sirve de base para la expedición del Real Decreto Ley n.º 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en España.
- *Decisión (UE) n.º 2016/763, del Consejo de la Unión Europea.* Por la que se establece la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité de Contratación Pública con respecto al proyecto de decisión sobre los procedimientos de arbitraje, de conformidad con el párrafo 8 del artículo XIX del Acuerdo sobre Contratación Pública revisado (ACP revisado). El ACP revisado ofrece a las partes la posibilidad de recurrir a procedimientos de arbitraje cuando se formulen objeciones a una rectificación propuesta, a la transferencia de una entidad de un anexo a otro, a la retirada de una entidad o a cualquier otra modificación de los anexos del apéndice I de la parte en cuestión y no puedan resolverse a través de las consultas.

En consecuencia, como se podrá apreciar, a nivel de la Unión Europea, también se advierte la firme convicción y promoción de los ADR como un esquema que ofrece los beneficios que la administración de justicia ha perdido o está perdiendo —de momento— en el Poder Judicial, concibiéndolo más bien como una vía alternativa y complementaria.

taria a la justicia de calidad que requieren los Estados miembros, con lo cual estamos en una vía de desarrollo y decisión sostenida de la implantación de los métodos auto-compositivos en Europa.

c) *El modelo de Estados Unidos y su protagónica actuación en los ADR*

Ahora bien, considerando que Estados Unidos es la cuna de la aplicación de los ADR y el país que mejor los ha implantado, resulta conveniente decir en este artículo, lo mínimamente necesario para comprender su envergadura e importancia antes de entrar de manera directa a la exposición de los Med-Arbs.

En ese sentido, habrá que indicar en primer lugar, que en el derecho estadounidense la mediación, la conciliación y el arbitraje voluntario en conflictos laborales, administrativos y civiles se han consolidado y expandido notablemente en las últimas décadas.

Así también lo ha indicado Esther Souto, al expresar:

De este modo la conciliación, la mediación y el arbitraje se han convertido en las décadas recientes en medios muy populares entre los estadounidenses para la resolución de sus disputas jurídicas, y han contribuido enormemente a descongestionar la actividad de los tribunales de justicia.¹¹

Asimismo, resulta pertinente evaluar la definición de la mediación y el arbitraje dentro del contexto estadounidense, en palabras de la profesora Souto, quien refiere que:

La mediación suele considerarse como una modalidad de la conciliación, en la que el mediador facilita el acuerdo

¹¹ SOUTO GALVÁN, Esther. *Mediación. Un instrumento de conciliación*. Madrid: Dickinson, 2010, p. 18.

a través de la mediación evaluativa, por la que se evalúa la disputa y se canaliza la mediación siempre bajo las reglas de confidencialidad e imparcialidad, lo que facilita que las partes implicadas opten por estos medios alternativos, que evitan foros públicos de discusión. El concepto nuclear de la mediación es la noción del consentimiento informado, por el que las partes conocen el contenido de la mediación y consienten en la participación en el proceso del mediador. [...].¹²

Así como, al arbitraje lo definen como:

[...] Una modalidad jurídica de ADR por la que las partes aceptan formalmente la intervención de un tercero, árbitro, que actúa unipersonal o pluripersonalmente [...] cuya decisión acatan. El árbitro no se involucra en la negociación de un modo tan directo como el mediador o el conciliador, sino que procura ofrecer una solución razonable para ambas partes [...].¹³

En ese sentido, como se podrá apreciar, tanto la mediación como el arbitraje, son concebidos como los mecanismos de gestión y solución de controversias por excelencia en Estados Unidos, cuyo desarrollo y utilización es cada vez mayor. Asimismo, se advierte que sus matices conceptuales son coherentes con la naturaleza jurídica que también entiende y comparte la Unión Europea; y que, por ello, se está encargando de difundir su aplicación en los países miembros, dado que su adopción y reconocimiento en las legislaciones europeas hablaría de una evolución continental del derecho de justicia y su administración.

¹² SOUTO GALVÁN, Esther. *Mediación. Un instrumento de conciliación*. Madrid. Dickinson, 2010, p. 23.

¹³ SOUTO GALVÁN, Esther. *Mediación. Un instrumento de conciliación*. Madrid: Dickinson, 2010, p. 23.

Así también lo ha comprendido España, país que avanza con pasos sólidos a la consolidación de la mediación y que, en palabras de Jaime Pintos, implica lo siguiente:

La mediación es un medio muy válido para dar soluciones, reales y adaptadas a los intereses de las partes, a determinados conflictos, erigiéndola, así como un sistema efectivo de autocomposición cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible, alternativo al proceso judicial o a la vía arbitral, figuras de las que conceptual y formalmente se ha de distinguir con claridad. [...].¹⁴

En ese sentido, como se podrá apreciar, también este tipo de ADR está teniendo calada en la legislación española.

Bajo esa misma línea, como se sabe en el área iberoamericana de igual forma, sus países han elegido decididamente beneficiarse de las ventajas que ofrecen estos mecanismos de solución de conflictos, digamos «complementarios» a la jurisdicción ordinaria; y, en ese sentido, continúan avanzando corriendo riesgos y derribando barreras doctrinales clásicas de estancamiento innecesario y congruente con las demandas que en la actualidad exige el mercado global.

Ahora bien, dado que ya hemos comprobado que la corriente es recurrir a estas vías más eficaces y eficientes en el tiempo, abordemos lo que en concreto ofrecen los Med-Arbs.

d) Conociendo los Med-Arbs; oportunidad que necesita el sistema de justicia

i) Concepto

¹⁴ PINTOS SANTIAGO, Jaime. «Concepto y delimitación normativa del actual sistema general de mediación civil y mercantil». Publicado en el diario *La Ley*, de fecha 25 de marzo de 2014. Madrid, año xxxv, n.º 8278, p. 10.

Alberto Saiz, los define así:

El (Med-Arb) es un procedimiento encuadrado dentro de los métodos alternativos de resolución de conflictos o ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Su característica principal se encuentra en su naturaleza híbrida, al combinar un período de mediación tras el cual, en el caso de no haberse llegado a un acuerdo total sobre los asuntos litigiosos, se procede a realizar un arbitraje sobre los elementos que quedan en disputa.¹⁵

Es decir, el Med-Arb es la imperfectamente perfecta combinación jurídica de dos mecanismos de solución de controversias; la mediación y el arbitraje. Ambos están dirigidos por expertos imparciales elegidos por las partes que, según su especialidad y objeto de intervención, podrán acercar a las partes a un punto de encuentro, o en su defecto, dictaminar mediante un laudo su decisión por ausencia de acuerdo. Ninguno deja de ser idóneo y lógicamente apropiado para los fines de las partes, ambos se plantean como la oportunidad de «3C» —competencia, calidad y confianza— de un nuevo concepto de la administración de justicia.

ii) Tipos de Med-Arbs

- *Med-Arb (con el mismo tercero)*. Es la fórmula pura del Med-Arb. Su procedimiento se compone por dos fases. La primera de ellas, la mediación, en la cual un tercero imparcial y técnico, se encargará de facilitar el diálogo entre las partes y los conducirá a través de una negociación integrativa a la consecución de acuerdos, ya sea mediante sesiones privadas o conjuntas. De otro lado, como segunda fase, aparece el arbitraje; ADR que sólo opera en defecto de la mediación, sea que no se llegó a ningún acuerdo o porque quedan pendientes cuestiones por resolver y no existe un

¹⁵ SAIZ GARITONAENDÍA, Alberto. *El Med-Arb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras*. Madrid: Tecnos, 2013, p. 88.

posible encuentro entre las partes y se requiere, por tanto, de un laudo (sentencia). La peculiaridad de esta figura es que el tercero mediador y árbitro son la misma persona.

- *Med-Arb (con diferente tercero)*. En esta variable de Med-Arb, las fases de mediación y arbitraje se realizan por personas diferentes, con lo cual se supera la supuesta falta de imparcialidad que se cuestiona a la figura expuesta anteriormente. En este caso, el mediador, una vez culminada la mediación, remitirá los documentos que no sean confidenciales al árbitro y le informará del caso, de modo que el arbitraje pueda iniciar y resolver las cuestiones que las partes, por sí mismas, no fueron capaces de acordar por diversos factores.
- *Arb-Med*. En el caso del Arb-Med, como su nombre lo sugiere, es la inversión de la figura básica y pura del Med-Arb; es decir, la secuencia de las fases se invierte, realizándose el arbitraje primero y la mediación después. Así el árbitro —quien es el mismo mediador— mantendrá en sobre cerrado su laudo, procediendo a abrirlo, únicamente si la mediación posterior resultara infructuosa —momento en el que, entonces, dará a conocer su decisión vinculante—. Este modelo de Med-Arb resultaría más eficiente porque (i) promueve que las partes acerquen sus posiciones y reconozcan sus intereses comunes, llegando a un acuerdo sin necesidad del laudo; y ii) elimina la falta de confianza de las partes en el mediador y sus reticencias a un arbitraje posterior con el mismo tercero.
- *Med-Arb con posibilidad de opción (Med-Arb Opt-Out)*. Esta variable funciona como el Med-Arb puro, con la particularidad de que permite a las partes tener el control sobre la designación del tercero para la fase de mediación y arbitra-

je, en la que podrán optar, si así conviene a sus intereses, por la remoción del mediador y el nombramiento de otro para la fase de arbitraje. Regulación acertada, para el caso en que puedan surgir dudas sobre la imparcialidad del mediador y su intervención en la segunda fase.

iii) Ventajas

- *Ahorro de tiempo y dinero.* Lo que está claro y no supone críticas, es que el Med-Arb es eficiente en términos de tiempo y dinero.

¿Cómo?

En lo que respecta al tiempo, el mismo queda reducido notablemente, puesto que el mediador que será a su vez árbitro, ya cuenta con todo el conocimiento del caso —y, de hecho, a profundidad—. Por tanto, está en mejores condiciones de poder resolver aquellas cuestiones que las partes han dejado pendientes o, en todo caso, solucionar todo lo que fuera objeto de mediación mediante un laudo total. De otro lado, en lo que se refiere al dinero, dado que el Med-Arb implica la intervención de un mismo tercero como mediador y árbitro, no se requiere asumir el coste de la contratación de dos profesionales distintos, lo que significa un ahorro para las partes, pues esa misma persona está capacitada para ambas fases.

- *Se incentiva el acuerdo.* Las partes se encuentran motivadas a agotar las negociaciones para llegar a un acuerdo y esforzarse con mayor ahínco a lograrlo, y además cuentan con la certeza de que, en defecto de acuerdo, siempre contarán con la decisión arbitral de un tercero confiable.

- *Apoderamiento de las partes.* Se permite a las partes ser las protagonistas de resolver en primera instancia sus desavenencias y lograr por ellas mismas, el mejor acuerdo posible, ante la decisión de un tercero que, por más capacitado que esté, puede fallar en condiciones no tan beneficiosas para las partes. Por eso se dice que las partes en mediación reflejan sin duda, un mayor ánimo conciliatorio y pueden, en gran medida, ni siquiera llegar a la fase arbitral, por negociar integrativamente su acuerdo.

e) ***¿Por qué la administración pública debería apostar por los Med-Arbs en contratación pública?***

Podría empezar contestando. ¿Y por qué no? Para nadie es un secreto, que, en la actualidad, la administración de justicia realizada por el Poder Judicial constituye —lastimosamente— una enfermedad que está asfixiando el sistema de justicia y el debido proceso; en el que se carece, en gran medida, de jueces debidamente capacitados y especializados en la materia, de motivaciones jurídicamente razonadas y argumentadas de autos y sentencias, de plazos perentorios e improrrogables que respondan a la razonabilidad del tiempo estimado de un procedimiento, de buena fe procesal traducida en la admisión de recursos dilatorios, es decir, en concreto, de «confianza en la gestión, trámite y resolución» del conflicto en manos de la jurisdicción ordinaria.

Asimismo, he indicado antes que la respuesta no pasa por el juzgamiento permanente, sino por aceptar que el sistema de justicia en el Poder Judicial requiere con urgencia de una reforma, la misma que evidentemente, si no se diseña un plan de acción a corto, mediano y largo plazo, no responderá de manera adecuada a los objetivos para los cuales fue creado, terminando en la exclusión total de su elección voluntaria por convicción, que es el peor escenario.

En ese sentido, resulta importante, entonces, partir de la premisa de que, mientras dicha reforma se realiza, no podemos obligar a las partes en conflicto a someterse a un fuero que, no sólo no otorga las condiciones para perfilarse como el más adecuado o idóneo para los intereses de las partes, sino que además, en algunos casos no inspira confianza en el resultado. Por tanto, atendiendo a dichas razones resulta fundamental «soñar despiertos» —si cabe el término—; es decir, «idear con acción», a través de medidas concretas que permitan viabilizar resultados en excelencia, canalizados —como alternativamente se propone— a través de los ADR.

Bajo esa misma línea de argumentación, sostenía que el arbitraje es hoy por hoy, una práctica aceptada e inclusive necesaria, si el objetivo era fomentar la inversión privada y coadyuvar al propósito de ser un país más competitivo y una sociedad madura. Ahora bien, en cuanto a su elección, diré que, el arbitraje como tal, al ser una «opción de calidad» requiere que sus actores velen por su prestigio y fiabilidad, de modo que, quien esté dispuesto a ejercer en calidad de árbitro, lo realice de forma consciente y responsable, así como considere que el «arbitraje en contratación pública» es —sin duda— una «especialidad»; y, por tanto, requiere definitivamente, que el árbitro sea un experto en: (i) arbitraje, (ii) contratación pública, (iii) derecho administrativo y (iv) manejo general de normas de orden público y/o privado aplicadas al caso concreto. En pocas palabras, «el arbitraje será lo que sus árbitros permitan que sea»; y, por ello, la reflexión al respecto.

En esa línea, si el Estado ha decidido que tiene que litigar como consecuencia del incumplimiento de un contrato público o su cumplimiento deficiente, e irá con ese proveedor a juicio, pues, que lo haga en todas las condiciones necesarias que un debido proceso ofrece y con la certeza de que el tercero imparcial —que las partes han designado— es la persona idónea para emitir un fallo que respetarán y aceptarán como válido. Esto, al margen de que, posteriormente, tengan como única vía, recurrir el laudo en anulación —y, por temas de forma, lo que otorga

mayor seguridad jurídica—. No neguemos, en ese sentido, esta posibilidad y beneficios a todos los organismos, entes y entidades que conforman la administración pública y que tienen conflictos en el ámbito de la contratación pública.

De otro lado, como punto seguido, un tema de vital trascendencia. Es el caso de la mediación, la cual como se sabe, más que nunca, está teniendo una escalada interesante en muchas ramas y especialidades que jamás uno hubiese imaginado regularía, tales como: mediación sanitaria, organizacional, penal, laboral, escolar, vecinal, internacional, intercultural, familiar, empresarial, de consumo, etc. Son cada vez más los supuestos en que este método auto-compositivo de resolución de conflictos, está teniendo calada a nivel internacional. Y hoy se le propone también para el supuesto de contratación pública.

En ese sentido, por qué no permitir que el Estado también esté en capacidad de dialogar, según la «determinación de su procedibilidad por cada caso en concreto»; y que, por tanto, pueda, si así conviene al «interés público», negociar determinadas situaciones, que no merecen la pena «acabar sus días» en el fuero judicial o arbitral. Sostener lo contrario, resultaría reforzar el encarecimiento de la contratación pública y la afectación inmediata de la finalidad por la que fue concebido determinado contrato del Estado. No es posible posicionarnos en la «absurda» cultura de litigio irracional, más aún si, de la evaluación concreta de un supuesto «x», se advierte la posibilidad de negociar y ganar con dicho diálogo.

En consecuencia, considerando todo lo expuesto, y teniendo a mano la disponibilidad de estos recursos, los cuales son ofrecidos por el arbitraje y la mediación, sea que se litigue o dialogue en búsqueda de un acuerdo, por qué no utilizarlos en conjunto y hacer de la solución del conflicto en contratación pública, un espacio eficiente. El momento de empezar es ahora y los Med-Arbs en sus distintas variables están disponibles para acometer por los objetivos que se plantean las políticas

públicas de innovación. Es sólo diseñarlos conforme a las necesidades concretas y verlos en acción. El resto es trabajo arduo, dedicado y comprometido.

V. RECETA FINAL: EL DISPUTE BOARD COMO CAMINO A LA EVOLUCIÓN DE LAS LEGISLACIONES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

El *Dispute Board*—también llamado Junta de Revisión o Resolución de Disputas— surge como necesidad de los Estados en la ejecución oportuna de las obras públicas de gran envergadura.

Al respecto, como lo habíamos indicado, el principal objetivo es prevenir controversias o solucionarlas a tiempo; ello se logra a partir de la creación del *Dispute Board* y su composición por profesionales y técnicos expertos que acompañan y asisten a las partes desde el inicio de ejecución de la obra, siendo su principal labor el monitoreo y supervisión de la misma para prevenir el conflicto o resolverlo. Es decir, tenemos a través del *Dispute Board* la posibilidad real de una mejor gestión de la obra y su culminación, acorde a las condiciones y términos pactados; pues ésa es, precisamente, su misión.

En ese sentido, como se podrá apreciar, es a través del *Dispute Board* que se puede controlar la escalada del conflicto y su desencadenamiento; ya que éste con su involucramiento activo en la ejecución contractual, previene y resuelve una posible controversia entre las partes. Por ello, el *Dispute Board* como medio de solución de controversias, ofrece resultados positivos para el fin público inmerso en cada una de las obras financiadas por el Estado.

Ahora bien, existen tres tipos de *dispute boards*, según la necesidad de las partes y/o restricciones que se puedan regular. El primero es el llamado *Dispute Review Board*, que emite recomendaciones; las cuales se vuelven firmes si ninguna de las partes manifiesta su oposición o

desacuerdo dentro de un plazo determinado. El segundo es el *Dispute Adjudication Board*, que emite decisiones, las cuales son vinculantes desde su emisión; y, por tanto, obligatorias para las partes; permitiendo de esta manera soluciones en forma temporal; vale decir, hasta que un tribunal arbitral las revoque, de ser el caso. Y, por último, también existen los *Combined Dispute Boards*, que pueden emitir ambos tipos de determinaciones —recomendaciones y decisiones—.

Se precisa que también podrán existir *disputes boards* permanentes o *ad-hoc* y ello dependerá de la presencia de los miembros del *Dispute Board* desde el inicio de la ejecución de la obra o proyecto hasta su culminación —DB permanente—, o, desde el acuerdo de su creación en determinada etapa de la ejecución de la obra, que suponga su existencia para emitir una decisión o recomendación que solucione un conflicto específico —DB *ad-hoc*—.

El *Dispute Board*, entonces, es una especie de filtro que permite que un conflicto o controversia no llegue a arbitraje y que, en todo caso, sólo acuda a éste de forma excepcional y no como regla. Su utilidad, por ende, resulta casi incuestionable, más aún si en la conformación del *Dispute Board* se encuentran miembros especializados en derecho —abogados— y en ingeniería —ingenieros o arquitectos—, que reviste de seguridad y confianza las recomendaciones o decisiones que éstos puedan adoptar.

Es así que el *Dispute Board*, implica una cultura de abandono del litigio; y, por tanto, una disposición de las partes en acatar sus determinaciones; en beneficio de la zona común de intereses de la relación Estado-proveedor. Así, también, se ha comprendido por el legislador peruano, desde su regulación en la Ley de Contrataciones del Estado n.º 30225 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, en lo que se refiere a obras públicas.

En consecuencia, se advierte pues, que existe una clara inclinación a seguir un camino diferente para tratar y abordar los conflictos que surjan en una especialidad tan sensible como lo es la contratación pública; razón por la cual, el impulso por utilizar vías alternativas de solución, es la respuesta que demandan los tiempos actuales y dependerá de quienes, de alguna forma, somos parte de dicho medio el hacerlas una realidad, pero por sobre todas las cosas, sostenible en el tiempo.

VI. CONCLUSIONES

1. La administración de justicia en contratación pública, en manos del Poder Judicial, no responde adecuadamente a los tres elementos básicos que legitiman su labor, tales como: competencia, calidad y confianza, siendo los principales inconvenientes; falta de especialización en el asunto materia de controversia, excesiva carga laboral, retraso indeterminado de resolución de la causa, deficiente motivación de las sentencias, corrupción, etc.
2. El Poder Judicial, requiere una reforma que implique un plan de acción debidamente diseñado, con objetivos a corto, mediano y largo plazo, de modo que, no obstante carecer actualmente de fiabilidad y convicción por elección de la ciudadanía, camine hacia su resurgimiento y consolidación. En tanto y en cuanto ello ocurra, se presentan como fórmulas extrajudiciales de resolución de conflictos de notable auge y aseguramiento de éxito, el arbitraje y la mediación. En ese sentido, su aplicabilidad en conflictos en contratación pública, garantizaría resultados positivos en estricto beneficio del Estado y el interés público.
3. El arbitraje, como ADR por excelencia, se postula como el «sustituto» ideal para resolver los litigios en los que el Estado es parte procesal en contratación pública, dado que ofrece en concreto, varias ventajas y recursos indispensables para litigar adecuadamen-

te, tales como: experiencia y conocimientos técnicos del árbitro, elección voluntaria y confiada del tercero que resolverá, agilidad procedimental razonada, inatacabilidad del laudo sobre temas de fondo, reducida o nula hostilidad de la institución arbitral, validez anticipada del respeto y reconocimiento del laudo a expedirse por convicción en la designación del árbitro como profesional, entre otros.

4. La mediación, como «mecanismo alternativo o complementario de gestión de conflictos», significa para las desavenencias en contratación pública, el paso considerablemente más importante, que puede efectuar el Estado; porque no sólo supone la madurez en su gestión, sino también una superación de las barreras doctrinales y legales de que la administración pública no puede dialogar, negociar y acordar. La mediación, al igual que el arbitraje, también requerirá de un tercero experto, imparcial y confiable para las partes, de modo que; asistidas por éstas, sean capaces de identificar zonas comunes de interés, sin necesidad de litigar sobre el absurdo irracional de una pérdida recíproca consciente, que no se condice —por cierto— con el principio de eficiencia de la contratación pública, que supone, no sólo, el aspecto económico —encarecimiento de la contratación—, sino también, el cumplimiento efectivo del interés público, inmerso en el contrato materia de controversia.
5. Los Med-Arbs, como combinación híbrida de los dos ADRs de utilidad universal, conformados por la mediación y el arbitraje, suponen de manera integral, un cambio de paradigma, porque implican la visión de un mecanismo «confiable, seguro y dinámico» de administración de justicia. Por ello, su regulación implica principalmente, sea que se «dialogue o litigue», según la evaluación concreta de cada caso en particular, que el Estado no se limita y conforma con un sistema de justicia que no funciona adecuadamente —como espectador—, sino que innova de manera responsable y sostenida en beneficio directo de todos —como actor—.

6. La aplicabilidad de un sistema de justicia eficiente en el ámbito de contratación pública, que responda de manera adecuada a las necesidades de las partes en controversia y ofrezca un abanico de posibilidades, que de acuerdo a la evaluación del asunto materia de controversia sea el óptimo, es una forma de hablar con hechos, que dicen más que las palabras. Sin embargo, es importante precisar, que todo esto dependerá de la responsabilidad y seriedad con que se asuman los cambios. Tanto la mediación como el arbitraje, son recursos de los que el Estado puede valerse para lograr sus políticas públicas y consolidar una buena imagen ante la ciudadanía y el mercado exterior. Mientras tanto, se debe seguir avanzando en la etapa preventiva del conflicto (proceso de selección), de modo que se reduzca favorablemente este desencuentro proveedor-Estado, haciendo del contrato público —verdaderamente—, una herramienta de liderazgo y legitimación de la administración pública.
7. El *Dispute Board* se presenta como respuesta eficiente para dar solución a los conflictos en contratación pública, pues supone el tomar con seriedad la necesidad de abandonar el litigio ante determinadas controversias. Asimismo, se precisa que, en cuanto a su motivación, ésta es la misma que la búsqueda de la implantación de los Med-Arbs; la disponibilidad por parte del Estado de mecanismos que respondan mejor y de forma total a sus intereses.
8. Está claro que en la actualidad vivimos tiempos que demandan cambios en el modo de afrontar el conflicto en la contratación pública, sobre todo, si en el medio están los beneficios directos para la ciudadanía y la eficiencia del gasto público en manos del Estado; razón por la cual, las alternativas de solución de conflictos se presentan como la mejor respuesta para su análisis y aplicación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. ALANDETE, Fernando. «Arbitraje». *Revista Escritura Pública*, 2004, n.º 31.
2. BONONAD GRAU, Juan, «La contratación de las administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público». Madrid: Thomson Civitas. 2008.
3. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El arbitraje en Perú: desarrollo actual y perspectivas de futuro». Lima: Fundación MJ Bustamante de la Fuente, 1994.
4. CUEVA MORALES, Carlos. «El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Cathedra*. Revista de los estudiantes de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2001, n.º 8.
5. FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz y Carlos TORRES ANGULO. «La eficiencia de los medios alternativos o adecuados de resolución de conflictos frente al sistema procesal civil». *Revista Sapere Virtual*, 2013, año II, n.º 4.
6. GRUPO DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. «Arbitraje y contratos: el Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública (Tacop)». Madrid: Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., 2011.
7. PAULET MONTEAGUDO, Fabiola. «El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones». *Revista Arbitraje PUCP*, 2013, n.º 03.
8. OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *Arbitraje. Una justicia alternativa (una visión histórica desde la nueva ley)*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 2006.

9. PAREJO ALFONSO, Luciano. «Crisis y renovación en el derecho público». Madrid: CEC, 1991.
10. PINTOS SANTIAGO, Jaime. «Concepto y delimitación normativa del actual sistema general de mediación civil y mercantil». Publicado en el diario *La Ley*, de fecha 25 de marzo de 2014. Madrid: año XXXV, n.º 8278, p. 10.
11. RUBIO SALCEDO, César. «Solución de controversias y régimen sancionador en la contratación estatal». Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
12. SAIZ GARITONAENDÍA, Alberto. «El Med-Arb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras». Madrid: Tecnos, 2013.
13. SOUTO GALVÁN, Esther. *Mediación. Un instrumento de conciliación*. Madrid: Dickinson, 2010.

**ENTREVISTANDO POTENCIALES ÁRBITROS:
LA NECESIDAD DE UN ESTÁNDAR
TRANSPARENTE Y MINUCIOSO**

*Alonso Bedoya Denegri**

Sumario: I. Introducción.— II. ¿Árbitros institucionales o árbitros nombrados por las partes?— III. Problemática a raíz de métodos de entrevista no regulados a potenciales árbitros.— IV. Lineamiento de prácticas de arbitraje internacional del Instituto Colegiado de Árbitros: entrevista para árbitros.— V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En décadas pasadas, la designación de árbitros nombrados por las partes ha estado sujeta a debates recurrentes y profundos, a pesar de que la mayoría de la comunidad arbitral considera que su participación es una de las fortalezas y atractivos principales del arbitraje. A lo largo de la historia, desde los inicios del arbitraje en la Edad Media, las personas escogi-

* Alonso Bedoya es abogado graduado con honores por la Universidad de Lima (2011). Se especializa en derecho financiero, derecho corporativo y en arbitraje. Brinda servicios en asuntos civiles, contractuales y en transacciones comerciales entre empresas. Participa en arbitrajes en la Cámara de Comercio de Lima (CCL), *American Chamber of Commerce* (Amcham), en el Centro de Conciliación y Arbitraje de Susalud y en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa. Ha sido abogado en *CFG Investment S.A.C. (China Fishery Group)* y en el Estudio Aramburú, Castañeda, Boero Abogados (2013-2015).

das para ser árbitros solían ser «los venerables ancianos»¹ o personas de la comunidad muy renombradas, quienes por su sabiduría, experiencia y destreza en la práctica eran buscadas para la resolución de conflictos.

En la narrativa descriptiva, uno quisiera referirse a siglos previos a la Convención de Nueva York e incluso antes del Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje. Aun así, y a pesar de estos antecedentes históricos, hay una facción de la comunidad arbitral que se opone a que las partes nombren a los árbitros, alegando que su designación es moralmente ambigua:² las designaciones unilaterales de árbitros pueden poner en riesgo su imparcialidad (árbitros) e independencia,³ haciendo que estén parcializados con la parte que los nombró para resolver la controversia, dando argumentos para cuestionar el laudo final o al árbitro. Aun así, los detractores de este sistema tienen un punto de vista radical, respecto del tema de que «las opiniones en discrepancia no tienen futuro en el arbitraje de inversión. Por ello, parece que las opiniones en discrepancia raramente sirven para un objetivo legítimo en un sistema con designaciones unilaterales».⁴

Además de considerar los supuestos anteriores como una variable de controversia significativa dentro de la ecuación de imparcialidad, uno debería considerar otro aspecto importante en cuanto a los árbitros nombrados por las partes, que aparentemente ha sido dejado de lado o, por lo menos, no se ha discutido suficientemente hasta llegar a una

¹ ROGERS, Catherine. *Ethics in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2014, 1st edition.

² PAULSSON, Jan. «Moral Hazard in International Dispute Resolution». *Inaugural Lectures Holder of the Micheal R. Klein*. Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law, 2010, p. 12.

³ Normas de Arbitraje LCIA, Artículo 5.3 «Todos los árbitros serán y se mantendrán en todo momento imparciales e independientes de la partes, y ninguno deberá actuar como abogado o representante de ninguna de las partes. Ningún árbitro asesorará a las partes de la controversia o de su eventual resultado».

⁴ VAN DEN BERG, Jan. *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, p. 831.

respuesta clara. Este tema se refiere a cómo las partes deben acercarse a un posible árbitro para escoger a dicha persona para que forme parte del tribunal arbitral y cómo debe abordarse este tema de manera adecuada, de forma tal que no se vean comprometidas la independencia e imparcialidad requeridas. Así, queda claro que en el arbitraje internacional, sea comercial o de inversión, la gran mayoría de las veces las partes involucradas en una controversia, quieren nombrar a su propio árbitro para asegurarse de que esa persona esté calificada, tenga experiencia, disponibilidad de tiempo y sea un árbitro experto quien resolverá sus controversias de forma competente. De esta forma, una vez que cada una de las partes escoge a su árbitro, son ellos dos los que generalmente nombran al árbitro que presidirá el tribunal.

Dicho esto, es oportuno mencionar que muchas veces, la parte de una controversia normalmente no está del todo informada de los términos bajo los cuales la otra parte ha nombrado al árbitro, ni cuánta información ya tiene este potencial árbitro respecto del conflicto que está por aceptar. Asimismo, una de las partes ni siquiera sabe en base a qué ha sido escogido un árbitro y es muy probable que ignore qué se le ha preguntado a dicho árbitro para que la otra parte lo o la escoja entre muchos otros. Todas estas dudas suelen generar un grado significativo de desconfianza respecto del otro árbitro nombrado por la otra parte, ya que la parte demandante desconfiará del árbitro nombrado por la parte demandada y viceversa.

En la práctica del arbitraje, queda claro que nosotros los litigantes damos por sentado que todos los árbitros se desempeñan con imparcialidad a lo largo de todo el proceso y al momento de emitir el laudo. Esta creencia se encuentra principalmente relacionada a la moral superior⁵ que se les confiere a los árbitros, ya que el solo hecho de haber sido designado por una parte determinada, es la prueba fehaciente de

⁵ BREKOULAKIS, Stavros. «Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making». *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, vol. 4, n.º 3, p. 555.

sus estándares morales superiores, así como de su habilidad legal. Sin embargo, conforme a lo anteriormente mencionado, si no existe una prueba fehaciente de cómo es que una parte determinada ha nombrado a su potencial árbitro, la pregunta que surge de forma natural es: ¿hasta qué punto un árbitro puede y debe ser considerado neutral e imparcial?

La finalidad de este artículo es la de discutir brevemente los pros y contras de los árbitros nombrados por las partes, sólo como una premisa para establecer la importancia de tener un método bien definido para entrevistar y nombrar a un potencial árbitro y que los beneficios, de hacerlo así, darán transparencia a todo el proceso arbitral. De esta manera, la menor definición de las pautas para nombrar árbitros reducirá significativamente el número de cuestionamientos a los árbitros designados por las partes y a los laudos, bajo la causal de falta de certeza de tener un árbitro imparcial. Esto también disminuirá la corrupción en el tribunal arbitral.

II. ¿ÁRBITROS INSTITUCIONALES O ÁRBITROS NOMBRADOS POR LAS PARTES?

Las dudas que puedan tener las partes durante un procedimiento de arbitraje en cuanto a las circunstancias inciertas en las que la parte en conflicto puede haber designado a su árbitro pueden llevar, con justificada razón, a sospechar de que un árbitro nombrado no será imparcial y que probablemente muestre cierta inclinación hacia la parte que lo nombró y hacia su caso. Jan Paulsson presentó una solución para este controvertido escenario, sugiriendo claramente que los árbitros deben escogerse conjuntamente con un órgano imparcial, restringiendo de esta manera los nombramientos de parte⁶ y evitar caer en la tentación de tomar partido, de forma alguna, con una de las partes. Otro mecanismo efectivo para disipar un ambiente poco confiable, a raíz del nombramiento del

⁶ PAULSSON, Jan. «Moral Hazard in International Dispute Resolution». *Inaugural Lectures Holder of the Micheal R. Klein*. Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law, 2010, p. 11.

árbitro por una de las partes, es a través del recurso utilizado actualmente por varias instituciones, ya que la Cámara de Comercio de Lima, la Corte Internacional de Bucarest y el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong han desarrollado una lista de árbitros considerados calificados. Bajo este esquema, estos centros buscan brindarles opciones a las partes para que escojan un árbitro calificado, cuya independencia e imparcialidad hayan sido previamente comprobadas y sean incuestionables; más aún si los árbitros infractores son inminentemente vetados de las listas de dichos centros de arbitraje.

Dentro de esta explicación, una gran mayoría de la comunidad arbitral se acoge al sistema de nombramiento de árbitro de parte.

Según la Encuesta de Arbitraje Internacional 2012, de la *Queen Mary University of London*, el 76% de los encuestados (que incluye profesionales del sector privado, abogados internos y árbitros) dijeron que, para un tribunal de tres miembros, prefieren que cada una de las partes escoja un árbitro. Este método de selección también lo prefieren todas las categorías de encuestados; pero, especialmente, más los profesionales del sector privado (83%) que los abogados internos (71%) y árbitros (65%); y según la Encuesta de Arbitraje Internacional 2015, de la *Queen Mary University of London*, los encuestados calificaron a la «selección de árbitros», como el cuarto aspecto más valioso del arbitraje (junto a los tres aspectos más valiosos del arbitraje, que son: «la exigibilidad de los laudos», «el evitar sistemas legales específicos/cortes nacionales» y «la flexibilidad» (en orden descendente).

De conformidad con el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), la norma dispositiva es que la Corte LCIA elija y nombre a todos los árbitros, salvo que las partes acuerden lo contrario. En este sentido, las estadísticas de la LCIA muestran que, normalmente, las partes acuerdan ampliamente partir de la norma por defecto en la mayoría de los casos, ya que de los 469 nombramientos que la LCIA realizara en el 2016, sólo 197 (o 39% del total

de nombramientos) fueron realizados por la Corte LCIA (los otros nombramientos fueron hechos por las mismas partes o por los co-árbitros).⁷

La información previa es un gran indicador de que, hasta cierto punto, el que las partes nombren a los árbitros sigue siendo muy frecuente entre los usuarios, ya que esta práctica le brinda a las partes la autonomía que buscan; y, el estar a cargo de la situación les da confianza al fortalecer el arbitraje *per se* en todas las regiones.

III. PROBLEMÁTICA A RAÍZ DE MÉTODOS DE ENTREVISTA NO REGULADOS A POTENCIALES ÁRBITROS

A pesar de que el arbitraje ha demostrado ser el medio preferido para resolver los conflictos entre las partes en conflicto, aún está la necesidad de definir el formato que debe darse para entrevistar a los potenciales árbitros para garantizar el requisito de imparcialidad total. En este sentido, existe un vacío oculto, pero real respecto de esta área y, sorpresivamente, de los centros de arbitraje principales, como la Cámara de Comercio Internacional (ICC), la LCIA y la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), quienes no han abordado el tema como para darle claridad a sus normas de procedimiento. Sobre este punto, las normas de procedimiento de la ICC y las normas de procedimiento de la LCIA sólo encuentran relevante que el potencial árbitro informe si él o ella tiene algún conflicto de interés y si ratifica su imparcialidad e independencia a lo largo de todo el procedimiento; sin embargo, estas normas omiten toda referencia a la etapa previa a la conformación del tribunal arbitral. Puede que uno no encuentre mención alguna a comunicaciones *ex parte* que, usualmente, se dan para discutir un nombramiento preliminar de un árbitro.

⁷ BATTISSON, Teo (Allen & Overy LLP). *The Call to Remove Unilateral Appointments: Seven Years On*.

Normas de procedimiento de la ICC

Antes del nombramiento o confirmación, el potencial árbitro deberá firmar una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. El potencial árbitro informará, por escrito a la Secretaría, sobre cualquier hecho o circunstancia que pueda ser de naturaleza tal que cuestione la independencia del árbitro a los ojos de las partes, así como de cualquier circunstancia que pueda originar dudas razonables sobre la imparcialidad del árbitro [...].

Normas de procedimiento de la LCIA

Previo al nombramiento de la Corte LCIA, cada candidato a árbitro deberá entregarle al Registrador (a solicitud de este último) un breve resumen por escrito, de sus títulos y cargos como profesional (pasados y actuales); el candidato también aceptará por escrito el monto de los honorarios, de conformidad con el esquema de costos; el candidato firmará una declaración por escrito señalando: (i) si existe o no alguna circunstancia que actualmente el candidato sepa que puede originar en la mente de una de las partes, cualquier duda razonable sobre su imparcialidad o independencia, y de ser así, especificar totalmente esa circunstancia en la declaración; (ii) si el candidato está listo, es su voluntad y tiene la capacidad para dedicarle tiempo, atención y diligencia suficientes para garantizar una conducción diligente y eficiente en el arbitraje. El candidato le hará llegar al Registrador a la brevedad dicho acuerdo y declaración.

Las normas de arbitraje nacional también omiten hacer alguna referencia a las comunicaciones *ex parte* antes de confirmar al tribunal arbitral; y cuando leemos detenidamente otras legislaciones sobre arbitraje, uno encuentra poca o ninguna referencia sobre los lineamientos de la entrevista que se le debe realizar a un potencial árbitro, ya que la mayoría de las legislaciones se limitan, generalmente, al número de ár-

bitros, al momento en que las partes deben nombrar a los árbitros y a la designación del presidente del tribunal.

Ley de Arbitraje Inglés de 1996

16. *Procedimiento para el nombramiento de árbitros.*

(5) *Si el tribunal debe estar formado por tres árbitros—*

- (a) cada parte nombrará a un árbitro a más tardar catorce días luego de notificar una solicitud por escrito, por cualquiera de las partes que así lo requiera, y
- (b) los dos así designados, nombrarán inmediatamente al tercer árbitro para que presida el tribunal.

Ley Federal de Arbitraje de los EE.UU.

Cláusula 5.- Nombramiento de árbitros o de quien presida el tribunal.

Si en el acuerdo hay una disposición que establezca un método para nombrar o designar a un árbitro o árbitros o al presidente del tribunal arbitral, se seguirá dicho método; pero si ésta no establece un método, o si hay un método y una de las partes omite hacer uso de ese método, o si por alguna razón, se presenta un intervalo de tiempo al nombrar a un árbitro o los árbitros o al presidente del tribunal arbitral, o en llenar una vacante; entonces, en virtud de la aplicación de cualquiera de las partes de la controversia, la corte designará y nombrará al árbitro o árbitros o al presidente del tribunal arbitral, conforme a lo que se requiera, quien ejercerá su función en virtud de dicho acuerdo con la misma vigencia y efecto como si hubiese o hubiesen sido nombrados específicamente para ello; y salvo que el acuerdo disponga lo contrario, el arbitraje se realice con un solo árbitro.

Nuevamente, aquí podemos encontrar más sobre el procedimiento de nombramiento de árbitros y el panorama en donde la corte designará

y nombrará a un árbitro, pero además sin mencionar cómo deben acercarse las partes a sus árbitros nombrados.

La Ley Modelo Cnudmi (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), utilizada como base para muchas leyes de arbitraje alrededor del mundo, tampoco aborda este tema:

Artículo 11.- Nombramiento de los árbitros

- 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o de los árbitros.
- (3) A falta de tal acuerdo, (a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibir el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.

Será posible, sin problemas, debatir un caso en el que deliberadamente se haya dejado de establecer un lineamiento básico para que las partes entrevisten potenciales árbitros o en donde exista simplemente un vacío que los legisladores no consideraron al momento de preparar las diferentes leyes de arbitraje. Sin embargo, ya que ni siquiera lo mencionan teóricamente en ninguna de las leyes de arbitraje, incluyendo las normas de procedimientos de las instituciones arbitrales más importantes, las partes y los árbitros no tienen claridad procesal en cuanto a la manera adecuada de proceder cuando se contactan o son contactadas por una de las partes, sin generar información que luego pueda ser considerada indebida en lo que respecta a la controversia. Bajo tales condiciones, ¿cómo pueden manejar las situaciones los potenciales árbitros sin comprometer su independencia e imparcialidad, en cuanto a bajar los estándares morales destinados a ser aplicados en un tribunal

arbitral? Abordar esta pregunta no es una tarea fácil, ya que no hay normas específicas presentadas en este aspecto; no obstante, la normativa no vinculante que brinde un método que pueda resultar efectivo puede resultar eficaz para enfrentar la situación.

En la actualidad, se entiende que los académicos y profesionales deben ser inteligentemente claros en el procedimiento de arbitraje, ya que el sistema surge del conocimiento común de la autonomía de las partes y del derecho de la parte a nombrar a su propio árbitro. Este derecho, sin embargo, también obliga y exige a los árbitros a mantener una independencia e imparcialidad estrictas a lo largo de todo el procedimiento de arbitraje respecto de las partes que los nombraron. Además, los árbitros también tienen la obligación de revelar cualquier circunstancia posible que pueda surgir comprometiendo su imparcialidad, incluso si dicho evento ocurre luego de la audiencia de instalación.

De esta manera, el tema de no infringir el ser imparcial e independiente, no surge del hecho de que una parte esté completamente impedida de entrevistar a un potencial árbitro, ya que hacerlo es necesario para establecer la disponibilidad de un árbitro, su experiencia en arbitraje internacional y su pericia dentro de una jurisdicción específica. Sin embargo, el problema realmente surge cuando dicha entrevista se realiza cuando, sólo una de las partes involucrada en una controversia y su potencial árbitro, se reúnen en privado y se da a conocer poco o nada de esa reunión. Este escenario, probablemente, encontrará fundamentos para cuestionar el laudo en el futuro; por ello, el Instituto Colegiado para Árbitros ha preparado un lineamiento, con la finalidad de eliminar el vacío sobre las entrevistas a potenciales árbitros y para esclarecer posibles variables sobre este tema.

IV. LINEAMIENTO DE PRÁCTICAS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DEL INSTITUTO COLEGIADO DE ÁRBITROS: ENTREVISTA PARA ÁRBITROS

Dentro de este contexto, el Instituto Colegiado de Árbitros (CIArb) es un órgano internacional establecido para centralizar la práctica y profesión de una resolución de conflictos alternativa (ADR). En la actualidad, el centro acoge más de 15,000 miembros en 133 países, que alberga una red internacional de treinta y ocho sucursales. Además de brindar educación y entrenamiento a los árbitros, el instituto también ofrece una amplia gama de recursos que ayudan a la práctica del arbitraje internacional.⁸

En este sentido, el Comité de redacción del documento presenta las circunstancias negativas que pueden surgir a raíz de las condiciones en las que los árbitros realizan una entrevista o en las cuales entablan contacto con una de las partes. Anticipando lo que ha ocurrido en las últimas décadas en referencia a la idoneidad de responder adecuadamente a la solicitud de que una parte entreviste antes del nombramiento, el borrador también considera los temas que se pueden y deben discutir durante una entrevista, previo al nombramiento y los temas que no es apropiado discutir durante una entrevista antes del nombramiento.

A lo largo de todas estas premisas, uno puede reconocer la buena aprobación que tiene nuestra práctica, como lo ha demostrado la Encuesta de Arbitraje Internacional 2012 y 2015 de la universidad *Queen Mary*, en la que la gran mayoría de profesionales descubren que cada parte puede proponer a su propio árbitro una característica de arbitraje interesante. Incluso así, es fundamental de que estos árbitros, en pleno ejercicio de su rol, se mantengan imparciales e independientes de las partes a lo largo de todo el procedimiento, hasta que se emita el laudo. Aun así, queda claro para las partes que nombren a un potencial árbitro, que inevitablemente necesitan tomar conocimiento de la información

⁸ Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Guidelines of Interviews for prospective arbitrators.

pertinente sobre él o ella. Entonces, los lineamientos CIArb sobre las entrevistas a potenciales árbitros sirven como un lineamiento funcional a seguir, ya que el participar en una entrevista, *per se*, no es argumento suficiente para impugnar; sin embargo, las preguntas y el tono de la conversación no debe sobrepasar los límites de la información básica; de lo contrario, cualquier incumplimiento puede usarse como sustento para cuestionar al árbitro o al laudo.

i) Información importante para discutir durante una entrevista

En este sentido, las partes tienen un derecho inherente de entrevistar a un potencial árbitro en su calidad de parte autónoma, siempre y cuando la *lex fori*, el acuerdo arbitral o la ley del lugar no lo prohíba (algo que raramente ocurre). Bajo esta práctica común dentro del arbitraje nacional e internacional, si una parte reclamara 200 MM, la acción más razonable sería evaluar a varios árbitros potenciales para supervisar la demanda potencial. Este criterio dará pie a que una parte diligente haga el esfuerzo de reunir tanta información relevante respecto de la experiencia del árbitro en varios aspectos, como: su experiencia en arbitraje internacional, la condición de los procedimientos arbitrales, el conocimiento de la materia en controversia y de las leyes aplicables escogidas para la controversia en el acuerdo arbitral. Otro aspecto importante es aclarar si el potencial árbitro domina el lenguaje en que está escrito el acuerdo y en el que se conducirá la controversia.

Bajo estas consideraciones, incluso la edad se vuelve un aspecto importante a evaluar, ya que puede presentarse un panorama en donde una parte haya nombrado a un árbitro muy mayor, una condición que tácticamente podría llevar a la otra parte a nombrar a un árbitro más joven con la finalidad de equilibrar el ritmo del procedimiento o, como ventaja, implementar todos los avances tecnológicos nuevos que brindan los centros institucionales. Una estrategia alternativa también podría ser nombrar un árbitro igualmente mayor para que todas las partes puedan comunicarse bajo un mismo estilo de conocimiento y proce-

dimientos. Asimismo, es totalmente crucial considerar la experiencia jurisdiccional del árbitro, ya que, si el derecho aplicable a la materia sustantiva proviene de una jurisdicción de derecho civil, puede ser más conveniente nombrar un árbitro con experiencia en derecho civil, o si la materia sustantiva proviene de una jurisdicción de derecho anglosajón; entonces, un árbitro con experiencia en derecho anglosajón será más adecuado.

Además, otro dato a tomar en cuenta, que también debe discutirse, es cualquier caso de conflicto de interés, para lo cual el potencial árbitro, desde el comienzo, deberá estar totalmente consciente, sea que declare conforme a su conocimiento cualquier conflicto de interés respecto de cualquiera de las partes involucradas, ya que con seguridad no saben quién llegará a ser el abogado de la parte contraria. Por ello, es fundamental que no sólo se divulgue la identidad de las partes al potencial árbitro, sino también la de los potenciales abogados que las representen y la de los terceros que puedan tener alguna relación relevante con alguna de las partes implicadas, lo que comprometería la imparcialidad de alguno de los árbitros.

Como medio práctico para evitar incurrir en algún tipo de incumplimiento sobre la independencia e imparcialidad, que es una obligación en la práctica arbitral, es ideal que todos los actores involucrados forzosamente consideren alguno de los factores siguientes: el lugar donde se realizará la reunión, la duración de la entrevista, el número de personas que estarán presentes y el ámbito de los asuntos a tratar. Para cumplir con estos requerimientos, es conveniente que la entrevista se realice en la oficina del árbitro o en un lugar neutral, como en las instalaciones de la institución arbitral (si fuese que el arbitraje es institucional, el árbitro deberá desistirse de ir a las oficinas de la parte que lo nombra, o peor aún sería reunirse en un lugar público en donde sería difícil determinar si el árbitro y la parte tienen una relación que va más allá del arbitraje a aceptar). El plazo también tiene que ser limitado, ya que no son muchas las preguntas que una de las partes deba preguntar al potencial árbitro,

por lo que la reunión no deberá durar más de treinta minutos para conversar sobre cualquier información relevante.

Finalmente, en la actualidad, hay una escuela de estudios y de profesionales de arbitraje, quienes incluso han ido más allá de proponer la grabación de la entrevista a un potencial árbitro por medios digitales, independientemente de si se realiza en una oficina o a través de una comunicación telefónica. Esta acción en sí misma, es extremadamente perjudicial, ya que contraviene muchísimo el derecho fundamental constitucional a la libertad en las comunicaciones y privacidad; sin embargo, mantener un archivo de todos los puntos a tratar en la reunión es por el mejor interés del procedimiento arbitral y si la parte contraria tiene la necesidad de encontrar esta información, entonces, pueden obtener una copia de los archivos o correos electrónicos que compartieron la parte que nombrará al árbitro y el potencial árbitro.

ii) Temas importantes que no deberán discutirse

Así como es importante resaltar la importancia de los temas que deben tratarse durante una entrevista, es igualmente crucial abordar los factores que serían un argumento válido para la parte contraria, al cuestionar a un árbitro determinado o incluso a un futuro laudo. Por ello, un árbitro deberá ser profundamente diligente y sabio como para no dar ninguna opinión por adelantado, sea sobre un caso específico o sobre su posición en el tema a discutir.⁹ Por este motivo, las directrices de la IBA, sobre la representación de las partes, específicamente establecen que «[...] un representante de una parte no debe procurar las opiniones del potencial árbitro nombrado por la parte o del presidente del tribunal arbitral respecto del fondo de la controversia».¹⁰

⁹ CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS CIArb (CIArb). *Guidelines of Interviews for prospective arbitrators*, article 3.

¹⁰ Kabir Singh and Elan Krishna. Kluwer Arbitration, 2015, Interviewing Prospective Arbitrators. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/09/29/interviewing-prospective-arbitrators/>.

Además, de antemano, las partes y los potenciales árbitros deben tener completamente claro de que está prohibido que un árbitro le cobre a una parte por la entrevista, ya que el hacerlo será inmediatamente considerado falta de ética y se interpretará como si el árbitro estuviera brindando un servicio más conveniente para el abogado, en vez de un arbitraje neutral, dando a entender que el árbitro ha sido comprado antes del proceso arbitral para emitir un laudo parcializado. También se deberá evitar cualquier pregunta hipotética en cuanto a la controversia, así como la opinión personal del árbitro sobre un determinado tema legal o conflicto.¹¹ Ciertamente, hay muchas formas de conocer la posición que tiene el árbitro, que no implican preguntárselo directa o indirectamente durante una entrevista, sino más bien, significa buscar información y publicación de diferentes temas de derecho relacionados con lo que el árbitro haya expresado previamente en sus puntos de vista.

En este sentido, las directrices de la IBA para la representación de una parte también establecen que no debe darse la comunicación *ex parte*, salvo que esté de acuerdo la otra parte,¹² ya que no deben buscar la oportunidad de obtener los puntos de vista de los potenciales árbitros sobre la materia en controversia; y las partes o sus representantes deben abstenerse de este tipo de comunicaciones, que usualmente tienden a darse en la etapa de la entrevista al potencial árbitro. Conforme a su esencia, estas directrices buscan proteger el arbitraje como un mecanismo neutral de resolución de controversias y para evitar el cuestionamiento de laudos.

Otras interacciones diferentes claramente negativas se ilustran en el caso de 1994, *Sunkist Soft Drinks Inc. vs., Sunkist Growers Inc.*, en donde una de las partes intenta dejar a un lado el laudo, alegando que el árbitro nombrado por la parte contraria actuó de forma parcializada porque

¹¹ Kabir Singh and Elan Krishna. *Kluwer Arbitration*, 2015, Interviewing Prospective Arbitrators. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/09/29/interviewing-prospective-arbitrators/>.

¹² *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*.

había indicio de comunicaciones *ex parte*, incluyendo la presunta participación del árbitro nombrado en reuniones con la parte que lo nombró e incluso con el perito. Aun así, el Décimo Primer Tribunal del Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos¹³ desestimó la impugnación, pero el concepto de neutralidad y árbitros se debilitó debido al mal manejo de las comunicaciones *ex parte*.

V. CONCLUSIONES

La intención del presente trabajo es la de ilustrar el rol de los árbitros nombrados por las partes y de presentar una breve descripción de los argumentos principales a favor y en contra del aspecto controversial del arbitraje, en especial, la entrevista al árbitro. Más aún, incentivar la creencia de que las partes deben continuar ejerciendo su derecho a nombrar a sus propios árbitros para mantenerse dentro de los elementos fundamentales y esenciales del arbitraje, la libertad para lo que fue reconocido desde siempre como una alternativa funcional significa resolver controversias recurriendo a un tercero, quien demuestra un profundo conocimiento en cuanto a la materia en discusión.

Es importante replantear la noción clara de que los árbitros nombrados por las partes siempre estarán estrechamente relacionados con la parte que los nombró; y que el árbitro deba actuar como un juez o como un abogado es, simplemente, una malinterpretación del procedimiento arbitral. En este sentido, los árbitros deben mantenerse neutrales e incluso si lo amerita, el árbitro nombrado por una de las partes debe votar en contra de quien lo designó al emitir el laudo final, conforme Alan Scott Rau, quien describe la ambigüedad del rol del árbitro nombrado en una perspectiva clara:

En ningún lado quizá se siente la tensión entre los ideales tradicionales de justicia decisoria y la naturaleza contractual

¹³ 10 F.3d 753 (1993).

del arbitraje de forma más intensa que en el caso del así llamado panel «tripartito», en donde a cada litigante se le permite escoger a «su» árbitro y los dos árbitros nombrados de esta forma son los encargados de nombrar al presidente del tribunal arbitral. Los árbitros nombrados por las partes en los paneles «tripartitos» ocupan una posición incómoda y ambigua, no precisamente de «abogados», y tal vez tampoco exactamente de «jueces».¹⁴

Con toda seguridad, entrevistar a potenciales árbitros, contribuirá a generar candentes debates, con respecto a la línea que separa lo «correcto» de lo «incorrecto». No obstante, las partes deben mantenerse con la facultad de elegir al árbitro que ellos consideren como el más calificado y disponible para resolver su controversia. Es crucial establecer esta condición antes de iniciar un arbitraje, ya que las partes deben confiar en el árbitro que están a punto de escoger. Si la entrevista va en la dirección equivocada, dependerá totalmente, tanto de las partes que los nombren como de la capacidad de los potenciales árbitros, trabajar dentro de los lineamientos que expresamente determinan la verdad. Los potenciales árbitros deben prestar mucha atención a su deber de mantenerse imparciales e independientes bajo un principio del que no se puede prescindir. En este sentido, a los árbitros se les exige firmar una declaración de independencia e imparcialidad y se les indica que deben informar sobre cualquier relación que puedan tener con las partes o sus representantes. Es esta independencia e imparcialidad lo que origina que se busque constantemente a árbitros como profesionales expertos, quienes ejercen sus obligaciones inteligentemente, respecto de las partes para mantenerse siempre neutrales.

Considerando todo lo anterior, la legislación no aborda cómo regular las potenciales entrevistas para los árbitros; además, conscientemente, los profesionales pueden acudir a la normativa no vinculante y a las organizaciones como CIArb, que brinda un lineamiento bien

¹⁴ SCOTT RAU, Alan. «Integrity in Private Judging». *Arbitration International*, 1998, pp. 115-156. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/arbitration/14.2.115>.

detallado sobre las correctas prácticas de entrevistas con potenciales árbitros. Estos lineamientos, además, pueden complementar las directrices de la IBA sobre conflictos de interés sobre representación de la parte que ofrece una idea muy detallada de cómo realizar estas entrevistas *ex parte* sin realmente cruzar la línea de la cautela. Éstos constituyen sólo lineamientos y son de uso obligatorio, salvo que las partes establezcan lo contrario en su acuerdo de arbitraje.

**LA INICIATIVA PROBATORIA DEL ÁRBITRO
PARA DISPONER Y ACTUAR PRUEBAS DE OFICIO:
¿ES COMPATIBLE CON LA CARGA PROBATORIA DE LAS PARTES?**

*Jorge Luis Huamán Cachay**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Acercamiento a la denominada iniciativa probatoria del árbitro.— 2.1. Definición.— 2.2. Facultad o deber del árbitro.— 2.3. Implicancias de la activa participación probatoria del árbitro con su independencia e imparcialidad.— 3. Justificación a la iniciativa probatoria oficiosa del árbitro.— 3.1. Principio de flexibilidad.— 3.2. Límites a la actuación probatoria del juzgador arbitral.— 3.2.1. Límites temporales y materiales para su aplicación.— 3.2.2. Límites de orden constitucional.— 4. Relación entre los principios dispositivo y de aportación de parte y la iniciativa probatoria del árbitro.— 5. Vinculación con la carga de la prueba.— 5.1. La carga formal y material de la prueba.— 5.2. La carga de prueba estática y dinámica (flexible).— 5.3. De las convenciones procesales acerca de la carga de la prueba.— 6. La iniciativa probatoria del árbitro en la LDA y en los RCA.— 6.1. En la LDA.— 6.1.1. Presupuestos y límites.— 6.1.2. Sobre los medios de impugnación o control que tienen las partes sobre la actuación oficiosa del árbitro en la LDA.— 6.2. En los RCA.— 6.2.1. En los RCA que estén recogidos en normas reglamentarias.— 6.2.2. En los RCA de los centros universitarios y de los colegios profesionales.— 6.2.3. En los RCA de las diversas cámaras de comercio del país.— 7. Conclusiones.— 8. Bibliografía.

* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulado en el Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, cursa la maestría en derecho procesal de dicha casa de estudios.

Resumen: El principio de flexibilidad interviene en las diversas etapas del proceso arbitral, siendo una de ellas la actividad probatoria, confluyendo, a su vez, con otras situaciones jurídicas de titularidad de las partes, que se plasman en principios tales como el dispositivo, aportación de parte y, además, con la llamada asunción de la carga de la prueba. Por otro lado, se ha sostenido que el ejercicio de la potestad con que cuenta el árbitro para hacer valer su iniciativa probatoria —al igual que un juez—, puede llevar a que incurra en excesos al momento de disponer u ordenar de oficio la actuación de una prueba. Partiendo, entonces, de ambas premisas, examinaremos cómo éstas interactúan en el arbitraje privado doméstico, tomando como marco normativo la actual Ley de Arbitraje (LDA), así como los reglamentos de los principales centros de arbitraje del país (RCA).

Abstract: The principle of flexibility intervenes in the various stages of the arbitration process, one of them being the probative activity, converging, in turn, with other legal situations of ownership of the parties, which are embodied in principles such as the device, contribution of part and, in addition, with the so-called assumption of the burden of proof. On the other hand, it has been argued that the exercise of the power available to the arbitrator to assert his evidentiary initiative -as a judge- can lead to excesses when disposing or ordering the action of a test. Starting from both premises we will examine how they interact in private domestic arbitration, taking the current Arbitration Law (LDA) as a regulatory framework, as well as the regulations of the main arbitration centers of the country (RCA).

Palabras clave: Iniciativa probatoria; arbitraje; principio de flexibilidad; principio dispositivo; principio de aportación de parte; principio de independencia; principio de imparcialidad; carga de la prueba; carga probatoria dinámica.

Key words: Probative initiative; arbitration; flexibility principle; dispositive principle; party contribution principle; principle of independence; principle of impartiality; burden of proof; dynamic probative burden.

INTRODUCCIÓN

Al igual que el juez, dentro de un proceso judicial (y con mayor incidencia en el civil), la intervención del árbitro resulta trascendental en todas sus etapas: la postulatoria, la probatoria y la decisoria.

Buscamos defender que la LDA, así como en los más importantes RCA —en lo que se refiere a la participación del árbitro en la etapa probatoria—, reconocen y otorgan al árbitro una serie de poderes o facultades para que desenvuelva su actividad de probanza de muy diversas formas, relacionándose éstas con aquéllas que igualmente emprenden las propias partes procesales dentro del marco de los *principios dispositivo* y el de *aportación de parte*,¹ con el único propósito de obtener hechos probados, ciertos o confirmados que le permitirán finalmente efectuar respecto de ellos, una adecuada valoración y posterior motivación de su decisión final.

Asimismo, como ocurre en sede judicial, reviste también especial importancia en el desarrollo del arbitraje, la activa participación del árbitro, tanto en el momento en que se propone y admite la prueba, como cuando la misma es practicada, hecho que se suele denominar en el campo jurisdiccional como «prueba de oficio», «actuación probatoria de oficio», «poderes probatorios del juez» o «iniciativa probatoria del juez».

Abordaré entonces el examen de tal particular intervención del juzgador arbitral, esta vez, bajo la óptica del arbitraje nacional, tomando para ello como punto de partida lo que la doctrina ha dicho en ambas sedes para definirla y determinando si es que esta intervención es una facultad o un deber. Además, examinaré cuáles son las implicancias que trae el ejercicio de esta iniciativa en cuanto a los *principios de independencia e imparcialidad del árbitro*; y buscaré conocer cuáles son las razo-

¹ La interacción de este principio con el ofrecimiento y actuación de pruebas de oficio por el árbitro, será revisada con detalle en la sección siguiente.

nes que justifican su empleo a la luz del *principio de flexibilidad*. Finalmente, en esta primera parte, se evaluará si existen o no límites a dicha intervención (como, por ejemplo, aquél de índole constitucional).

Además, en la siguiente sección será de nuestro interés detectar las interrelaciones y problemática existente de esta actividad probatoria en el ámbito del arbitraje, con el ya aludido principio de aportación de parte y la carga probatoria a la que las partes están sujetas, todo ello con el objeto de determinar si lo que es materia de estudio contraviene o genera alguna incompatibilidad que impida o vea afectada —en menor o mayor grado—, la ya comentada intervención del árbitro en la resolución del conflicto.

Finalmente, en la sección tercera, evaluaremos cómo está recogido en la normativa peruana lo referente a la intervención probatoria de oficio de los árbitros, revisando para tal fin, no sólo la LDA, sino también los más importantes y vigentes RCA de nuestro país.

2. ACERCAMIENTO A LA DENOMINADA INICIATIVA PROBATORIA DEL ÁRBITRO

2.1. Definición

Tomando como punto de partida el examen del actual artículo 194 del Código Procesal Civil (CPC), Alfaro conceptualiza este instituto procesal —dentro del campo judicial—, de la siguiente manera:

Es aquella facultad procesal en virtud de la cual un ordenamiento jurídico procesal reconoce al juzgador una determinada iniciativa para la actuación de medios probatorios, siempre y cuando las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para formarle convicción sobre la veracidad de los hechos alegados. (2017: 71).

Cierto es que para verificar si este concepto puede ser asumido por nosotros cuando el árbitro participa de manera oficiosa en la disposición y actuación de pruebas, es preciso examinar seguidamente dos supuestos normativos recogidos en la LDA; es decir, sus artículos 39, numeral 2) y 43, numeral 1), los mismos que señalan, respectivamente:

Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer. (Énfasis agregado).

El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias. (Énfasis agregado).

Como ya se dijo, sin perjuicio de que en apartados posteriores se detallará todo lo concerniente al *principio de aportación de parte* y su relación con la actuación probatoria oficiosa en el arbitraje, según la primera de las reglas trascritas, se tiene que la disposición de pruebas por las partes resulta ser un deber u obligación y no una facultad, lo que contrasta con aquello que ocurre en la práctica, tratándose de la ordenación o actuación de pruebas por cuenta del árbitro.

En efecto, el contraste advertido se debe, sin duda, a que el arbitraje está regido por el *principio de oportunidad*, en tanto vía voluntaria a la que pueden acudir los particulares para resolver sus conflictos. Mejor dicho, el arbitraje tiene como sustento la autonomía de voluntad de las partes, con la salvedad, claro está, de aquellos casos especiales en los que sí se impone —y obliga— a que se active y siga el proceso arbitral, siendo ejemplos palpables de esto, los arbitrajes que se ventilan en materia de contratación estatal o, visto desde el lado de los empleadores, los arbitrajes potestativos en materia laboral.

En ese sentido, siendo una de las manifestaciones de la libertad de regulación o actuaciones que, a su vez, está expresamente reconocida por la LDA,² son las partes las que, en primer lugar, pueden fijar las reglas procesales que han de seguirse en la tramitación del arbitraje. Entre ellas también pueden estar las vinculadas a la actividad probatoria que podrá ejercer el árbitro; empero, tal situación sería muy particular, ocurriendo, más bien, en la gran mayoría de los casos, que el juzgador arbitral sea, por el contrario, el llamado a proponer la regulación procesal a observarse, tomando como base o sustento la supletoriedad que le confiere la propia LDA, o lo que establecen los RCA que involucran a los arbitrajes bajo la modalidad institucional.

Es conveniente enfatizar que, en este último caso, el supuesto se dará, ya sea cuando las partes se han sometido en forma previa a su regulación particular al momento de celebrar el convenio arbitral o, incluso, cuando ya dentro de la tramitación del arbitraje ante estas instituciones, no se objete su competencia y sus correspondientes reglas.

Es por ello que, adelantándome a las conclusiones que arrojará la normativa nacional a examinar en secciones siguientes, se puede inferir *prima facie* que ésta contempla, con carácter general y principal, la iniciativa probatoria de las partes, mientras que, en forma complementaria o accesoria a éstas —y, por consiguiente, con rasgos muy excepcionales—, se reconoce la participación discrecional del juzgador arbitral, quien podrá, al amparo de dicha atribución, ordenar y actuar una prueba de oficio.

Empero, como también se observará de la revisión normativa anunciada, algunas regulaciones (sobre todo, aquéllas que tienen su recono-

² «Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

[...].».

cimiento en normas reglamentarias como los casos del arbitraje laboral o del sistema de arbitraje de consumo), son mucho más permisivas en cuanto a la extensión de las facultades del juzgador arbitral en el tiempo y en el espacio.

Hecha esta necesaria advertencia, se puede, entonces, definir o conceptualizar lo que será materia de este estudio, diciendo que «una iniciativa probatoria arbitral es el ejercicio de las facultades, poderes o atribuciones fijados a favor del árbitro, en primer término, por las propias partes (ya sea en el convenio arbitral o, posteriormente, en el acta de instalación) o, en su defecto, conforme a las reglas dispuestas en la LDA o de los RCA, que se concretará en el requerimiento y/o actuación de medios probatorios, con el único fin de complementar aquellos medios de probanza que ya hayan sido ofrecidos previamente por las partes en el proceso, bajo su propia iniciativa probatoria».

2.2. ¿Facultad o deber del árbitro?

Si nos remitimos a los procesos judiciales en materia civil, observaremos que el art. 194 del Código Procesal Civil (CPC), que fuera modificado por la Ley n.º 30293,³ recoge indubitablemente un *deber*⁴ al juez para actuar excepcionalmente pruebas de oficio, siempre que las considere necesarias para que le formen convicción y pueda resolver el conflicto;

³ Pruebas de oficio.

«Artículo 194.- Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

y, además, que dicha prueba emane de la fuente de prueba citada por las partes en el proceso. Efectivamente, bajo las particularidades descritas será, sin duda, una «obligación», por cuanto en el artículo comentado se emplea el término «ordenará» y porque, además, el carácter imperativo que le impone la norma se ve claramente reforzado por el hecho de que se prohíbe en segunda instancia la anulación de sentencias cuando el juez *a quo* no ordenó las pruebas de oficio (Martel 2015: 204-205).

Resulta de importancia destacar que esta imposición normativa que recoge hoy la regulación procesal civil de nuestro país, no lo fue así con anterioridad. Esto viene demostrado por la revisión histórica realizada por Luis Alfaro, quien advierte que ya desde los tiempos de nuestro anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912, la potestad probatoria que se reconocía al juzgador, bajo ningún motivo era vista como una obligación, sino simple y llanamente como una «facultad»,⁵ que, según la discrecionalidad del juez, analizando cada caso concreto, podía o no utilizarlo (2017: 45).

Pese a ello, volviendo a la actual versión del art. 194 de nuestro CPC, y tomando en consideración el marco de excepcionalidad en el que éste opera, así como en el hecho de que con respecto a su regulación previa, se haya eliminado la palabra «puede» (que muchas veces justificaba que un sector de la jurisprudencia lo entendiéndose como una mera facultad o potestad discrecional), Alfaro, igualmente, se pregunta si acaso dicha palabra suprimida contribuya a entenderla como un verdadero deber, como lo viene sosteniendo un sector de la doctrina

El juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial». (El subrayado es mío).

⁴ Entendido en este caso como un deber jurídico, esto es, según Cabanellas: «la necesidad moral de una acción u omisión, impuesta por la ley, pacto o decisión unilateral irrevocable para un servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el ordenamiento social humano». (1976: 582).

⁵ Entendida en significados puramente jurídicos como derecho subjetivo, poder, potestad, atribución.

(2017: 195-196). Uno de esos autores es Ibarra, quien afirma, a partir de la versión modificada del art. 194 del CPC, que ahí se contempla un deber jurídico del juez y no así una potestad discrecional (2014: 222).

Sea como fuere, la situación que se presente en sede arbitral es contraria, quedando evidenciada a partir de lo establecido en el art. 43 de la LDA,⁶ habida cuenta de que —salvo acuerdo de partes en contrario— el juzgador arbitral detenta apenas una *facultad* para poner en marcha su propia iniciativa probatoria. La razón de ello es que puede hacer uso de ella optativamente, a fin de activar su intervención durante el desarrollo o trámite de la etapa probatoria, siempre que se cumpla una sola condición: que la prueba dispuesta u ordenada para su actuación resulte necesaria a los fines del proceso.

En consecuencia, a nuestro juicio, el papel que le toca realizar al árbitro de cara a la prueba no es sólo importante, sino, además, gravitante para la resolución del conflicto. Si bien no se encuentra obligado a ordenar o actuar pruebas de oficio, sí pesa sobre él la necesidad de examinar todo el acervo probatorio alcanzado por las partes e, incluso, ya actuado en el arbitraje, pues sólo de esta previa revisión podrá concluir en la necesidad o no de la ordenación de prueba complementaria o accesoria a ella.

2.3. Implicancias de la activa participación probatoria del árbitro con su independencia e imparcialidad

Antes de pasar revista a las implicancias existentes entre la iniciativa probatoria del juzgador arbitral con sus deberes de independencia e

⁶ «Artículo 43.- Pruebas.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso». (Los subrayados son nuestros).

imparcialidad, diremos, siguiendo ahora a Matheus, que, para resolver adecuadamente una controversia, todo árbitro deberá contar con una plena libertad de juicio, la cual exige a su vez, la necesaria convergencia de estos dos requisitos (2016a:119). Así, definiendo ambas cualidades, este autor precisa que la independencia es un elemento, principalmente, objetivo que se aprecia en relación con vínculos factuales, mientras que la imparcialidad es, en esencia, subjetiva y se observa en función de predisposiciones intelectuales. En otras palabras, la independencia —de carácter objetivo— se refiere a la posición del árbitro, en tanto que la imparcialidad —de carácter subjetivo— viene referida a una actitud de orden intelectual o psíquico (Matheus 2016a: 219).

Conviene anotar también que, pese a que frecuentemente ambos conceptos son tratados de manera conjunta y no diferenciada en las regulaciones y en las decisiones de justicia, la imparcialidad y la independencia son requisitos distintos y, además, la discusión sobre su distinción, interesante en el plano teórico, será menos relevante en la práctica, pues ambos deberes son igualmente exigibles al árbitro y su violación acarrearán las mismas consecuencias (Amézaga 2014: 114).

Ahora bien, entre algunas de las razones que ha expuesto la doctrina para sostener que la iniciativa probatoria del árbitro no puede ser permitida (aun bajo ciertas limitaciones) están aquéllas que afirman que se daría un grave conflicto con su independencia e imparcialidad, en tanto que su ejercicio importaría un adelanto de su decisión al momento de laudar. Dicho de otro modo, se pide que el árbitro sea «neutral» o, lo que es lo mismo, que mantenga una «actitud estática» en orden a practicar pruebas que no hayan sido propuestas por las partes (Picó 2011: 125).

Esta objeción enfocada dentro del campo judicial ha sido rechazada doctrinalmente, como, por ejemplo, por Picó, quien, por el contrario (partiendo de la legislación actual española), la considera más bien una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador, proponiendo seguidamente hasta cinco razones que permitirían defenderla:

- a) Cuando el órgano jurisdiccional decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no se sabe a quién puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna;
- b) Postular la protección de la imparcialidad como fundamento de la actividad probatoria del juzgador civil y otorgar, a su vez, dicha facultad a los jueces y tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, especialmente, del penal y contencioso-administrativo;
- c) La contradicción que resulta de negar al órgano jurisdiccional, por un lado, la posibilidad de ordenar una prueba, y otorgarle, por otro, amplísimas facultades en su práctica hasta el extremo, por ejemplo, de admitir o denegar la prueba, o de hacer preguntas a los litigantes y testigos;
- d) La predisposición del órgano jurisdiccional a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados *ex officio*, si bien excepcionalmente es posible, la solución a dicho temor viene dada por la vía de los recursos, que contra toda sentencia proceden, basándose en una errónea apreciación de la prueba; y,
- e) La atribución limitada de poderes del juez civil, soslaya el peligro del eventual uso abusivo que el juzgador puede efectuar de sus facultades probatorias (2011:127-128-129).

Ciertamente, consideramos que las razones descritas en el párrafo anterior, pueden servir también en sede arbitral para negar la existencia de algún conflicto entre el ejercicio probatorio oficioso de un árbitro con su independencia o imparcialidad. Una muestra de ello son los numerales 1 y 2 del art. 44 de la LDA que recogen las facultades que tiene el árbitro, no sólo para nombrar peritos por propia iniciativa, sino además para convocar al perito a una audiencia de sustentación pericial:

Artículo 44.- Peritos.

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo, requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.
2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Por tanto, se concluye que, en los casos de ordenación y actuación de pruebas de oficio por el árbitro, estas decisiones no contravienen de ningún modo sus deberes de independencia e imparcialidad dentro de la tramitación de un arbitraje; tanto más cuando ambos deberes tienen que ser observados por el juzgador civil y el árbitro, al compartir estos dos principios, su esencia y contenido ordenador.

3. JUSTIFICACIÓN A LA INICIATIVA PROBATORIA OFICIOSA DEL ÁRBITRO

Partiendo de la óptica judicial y teniendo como premisa principal la calificación inicial de «excepcional», que aparece como condición en el actual art. 194 del CPC, Alfaro nos dice que, siendo la prueba el instrumento racional y epistemológico que permite alcanzar la verdad del proceso, el juez que lo dirige es también llamado y comprometido a contribuir en torno al tema probatorio, hecho que brinda justificación excepcional al uso de dicho poder. Así, agrega este autor que el juez no siempre la utilizará sino de manera extraordinaria o complementaria, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, específicamente si del estudio de los hechos afirmados por las partes advierte uno o varios aspectos que adolecen de insuficiencia probatoria, lo que desde luego no necesariamente acontecerá en todos los casos (2017: 194-195).

Igualmente, en sede judicial, pero esta vez bajo los argumentos vertidos por Picó según la legislación española, este autor considera que sobre la base de las previsiones constitucionales (que permite en primer lugar dar sustento a la formulación atenuada del principio de aportación de parte), se concluye que puede alcanzarse una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza indisponible del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccionales puedan otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto. (2011: 136).

Ahora bien, reconociendo que todas estas reflexiones resultan perfectamente replicables a los procesos arbitrales, estimo que no puede perderse de vista otros aspectos que también redundan en su justificación. Nos referimos a la aplicación del «principio de flexibilidad y a los límites temporales y materiales para su aplicación como aquéllos que propiamente le impone nuestra carta fundamental».

3.1. Principio de flexibilidad

Cuando hablamos de un proceso arbitral, partimos de la premisa de que dentro de él prima una libertad de formas, lo que lleva a su flexibilidad y sencillez, a diferencia de la predeterminación y tipicidad adjetiva del proceso de la jurisdicción estatal (legalidad formal) (Matheus 2015: 91). En efecto, que el arbitraje asuma una plena libertad procedimental, importa permitir a las partes en conflicto estructurar su proceso de acuerdo a sus propias necesidades y circunstancias específicas de la disputa, todo ello con el objeto de alcanzar la neutralidad que debe existir entre ellas.

Profundizando sobre este principio, Castillo nos aclara que éste ha sido enfocado, en primer lugar, con el propósito de establecer una diferencia entre la rigidez de la justicia ordinaria y los procesos arbitrales (2009a: 95), pues, al estar las primeras inmersas dentro de normas de orden público, las partes no pueden disponer algo distinto con respecto a tales disposiciones. En cambio, la gran mayoría de normas que englo-

ban un proceso arbitral —no sólo de índole nacional, sino también con carácter internacional—, son «dispositivas», lo que trae, entre otras consecuencias, que puedan apartarse de lo que se disponga en la ley. (2016b: 487-488).

Conviene destacar que este primer enfoque se encuentra recogido en la primera parte del numeral 1 del art. 34 de la LDA, que a la letra dice: «Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. [...]».

Agrega este autor que una segunda manera de observar cómo opera la flexibilidad, está en las facultades que tienen las partes y los propios árbitros para ir amoldando el proceso de la manera que consideren más conveniente para el esclarecimiento de los hechos, lo cual; sin embargo, no debe conllevar una contravención al debido proceso, ni que se afecte la equidad de trato entre las partes. Este segundo aspecto, igualmente encuentra acogida en la segunda parte del numeral 1 y numeral 3 del art. 34 de la LDA, pues ahí se han dicho, en forma literal, lo siguiente:

[...] A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

Además, Castillo anota que otra de las formas en la que se manifiesta el principio de flexibilidad, son las facultades que tienen los tribunales arbitrales para disponer el complemento de las reglas del proceso, en caso el convenio arbitral o el acta de instalación, hubieren omitido regular determinados aspectos necesarios. (2016: 488).

De esta forma, se concluye que el principio de flexibilidad sí juega un papel importante en la etapa probatoria, confluyendo, a su vez, con otros principios como el debido proceso y el de igualdad.

3.2. Límites a la actuación probatoria de oficio del juzgador arbitral

Puede sostenerse que al igual de lo que sucede con la actuación oficiosa probatoria del juez, en el caso del árbitro o tribunal arbitral, existen limitaciones que se consideran intrínsecas a la propia labor que se comenta y otras que surgen de nuestra carta fundamental de 1993. Veamos a continuación cada una de ellas.

3.2.1. Límites temporales y materiales

Si bien en sede judicial, no se indica con precisión en qué momento el juez puede hacer uso de su iniciativa probatoria, la doctrina sí ha sido clara en reconocer dos tipos de parámetros o presupuestos, en cuanto a los aspectos tiempo-espacio, a saber:

- a) Temporal, en virtud del cual el juez no puede solicitar y actuar pruebas de oficio en cualquier etapa del proceso, sino solo luego de haber valorado los medios probatorios ofrecidos por las partes, es decir, después de la anuencia de pruebas en la etapa decisoria [...] y,
- b) Material, por el que se sostiene que, para su ejercicio, el juez debe argumentar que los medios probatorios ofrecidos han sido insuficientes para formar convicción y resolver. (Alfaro, 2017: 77).

Asimismo, revisando los antecedentes normativos de la actual regulación del art. 194 del CPC,⁷ Alfaro dice que, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, se consideraba que lo más razonable y acertado

⁷ En este caso se refiere al Código de enjuiciamientos en materia civil de 1852 y el Código de Procedimientos Civiles de 1912, pues ambos cuerpos normativos señalaban respectivamente, lo siguiente en cuanto al momento en que se debía

(pese al texto expreso de la norma) es que esta potestad deba ser ejercida una vez culminada la etapa probatoria, y al momento de sentenciar, lo que a su juicio resulta atinado, porque la carga de probar normalmente corresponde a las partes, quienes tienen la oportunidad para ofrecerla en la etapa postulatoria. Finalmente, dicho autor expresa que, de no hacerlo correctamente y al configurarse una deficiente actividad probatoria, recién el juzgador debe proceder a actuar medios de prueba de oficio, siempre de manera excepcional y complementaria a las reconocidas a las partes. (2017: 59).

Ahora bien, en materia arbitral, sucede a nuestro juicio, algo similar a lo judicial, pues si nos remitimos al numeral 1) del art. 45 de la LCA,⁸ se tendrá que ahí se faculta al árbitro o tribunal, entre otras cosas, a ordenar en cualquier momento o instante, la presentación o la actuación de las pruebas que él o el colegiado arbitral, estimen necesarios para el esclarecimiento del proceso.

Sin embargo, partiendo de la finalidad que se busca con dicha intervención y considerando acertada la posición doctrinal ya descrita en párrafos anteriores, resulta totalmente claro que, cuando el árbitro deba disponer de la prueba oficiosa, ello deberá hacerse previo a dar por cerrada la etapa probatoria, esto es, luego de brindar todas las posibilidades a las partes para que ofrezcan y actúen las pruebas que estimen pertinente.

Pese a lo categórico de la conclusión anterior, no podemos dejar de mencionar que, dentro de la praxis arbitral nacional, se ha podido observar que, incluso, las partes han solicitado se reabra la etapa de probanza luego de escuchados los informes orales en la audiencia respecti-

producir la iniciativa probatoria del juez civil: «En cualquier estado del proceso; antes de la sentencia» y «En cualquier estado del proceso».

⁸ Artículo 43.- Pruebas

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y *para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios*. (El énfasis es nuestro).

va, accediendo en la mayoría de los casos el juzgador arbitral, en aras de no vulnerar el debido derecho de defensa.

Otro tanto cabe indicar cuando ya en plena actuación probatoria, el árbitro ejerce su iniciativa oficiosa, interviniendo dentro de las diligencias formulando, por ejemplo, preguntas en las testimoniales o declaraciones de parte.

3.2.2. Límites de orden constitucional

De lo dicho hasta aquí se puede inferir que la actividad probatoria de oficio, ya sea del juez como del árbitro, no es ilimitada, pues el ejercicio de esta facultad o poder podría entrar en colisión con derechos o valores constitucionales que merecen ser protegidos. Efectivamente, a juicio de Picó se puede identificar hasta tres límites de orden constitucional partiendo del análisis de la Constitución española, los mismos que, según estimamos, pueden ser, a su vez, extrapolados sin ningún inconveniente cuando se examina nuestra Constitución Política de 1993. En este caso, partiendo del reconocimiento de que el derecho a probar que involucra el tema bajo estudio, es uno intrínseco y fundamental que se encuentra subsumido dentro del principio del debido proceso (art. 139 numeral 3) y que, por tanto, debe observarse, a su vez, otros principios para la correcta pertinencia y admisión de la prueba, dentro del proceso:

[...] En primer lugar, la prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud a los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados a las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir en vicios de incongruencia.

[...] En segundo lugar, es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre los cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del

testigo que debe declarar). Sólo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su «conocimiento privado» al margen de los resultados que figuran en los autos. Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca investiga nuevas fuentes. [...]

[...] Y, finalmente, en tercer lugar, es necesario que se respete, en todo momento el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas, y evidentemente participar en la práctica de toda actividad probatoria. (2011: 133-134).

En resumen, para este autor español, cada objeto protegido incide en un ámbito distinto de la actividad jurisdiccional (y, agregaríamos nosotros, también al arbitral): el primero en el propio proceso y los hechos en él discutidos, el segundo, en el juzgador y su debida imparcialidad y, el tercero, en las partes y su derecho constitucional a la defensa. (Picó, 2011: 134).

4. RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE CON LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO DEL ÁRBITRO

4.1. El principio dispositivo

Cuando se habla de este principio y de sus alcances, es inevitable tratarlo sin su contraparte: el «principio inquisitivo». Efectivamente, en el ámbito del proceso civil, según Devis Echandía, el principio dispositivo significa que corresponde a las partes iniciar el juicio formulando la demanda y proporcionar los elementos para su decisión (peticiones, excepciones, recursos, pruebas); es decir, la iniciativa en general y, además, que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad y conocer de parte de cuál de ellas está la razón en la afirmación de los hechos (2009: 58).

En cambio —sostiene este autor—, el principio inquisitivo le permite al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que éstas lleven a los autos, y lo faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales (Devis Echandía 2009: 58).

Sin embargo, conviene indicar que el autor citado aclara que, en realidad, ninguno de estos dos sistemas o procedimientos se aplican en exclusivo, de suerte que cuando se dice, por ejemplo, que un procedimiento es dispositivo, con ello no se quiere significar que es éste el único que debe gobernar el proceso (Devis Echandía 2009: 58). Añade, seguidamente, que en todos los sistemas legislativos se han otorgado al juez ciertos poderes (mayores o menores, según haya sido el influjo de estos principios); y, al mismo tiempo, ciertas iniciativas exclusivamente a las partes, de manera que el juez no puede tomarlas en su lugar (Devis Echandía 2009: 58). Enfatiza, por último, que en la actualidad en materia civil predomina el principio dispositivo, mientras que en el proceso penal lo que predomina es el principio inquisitivo.

Ahora bien, ya en el estricto campo del arbitraje, Matheus expresa sobre el principio dispositivo, que las partes disponen tanto de su inicio como de su finalización, vinculando con sus pretensiones a los árbitros que deberán fallar necesariamente sobre lo pedido por ellas (2016a: 74). Además, anota el autor que el principio dispositivo tradicionalmente se ha diseñado en torno a los siguientes puntos:

- a. Iniciativa de parte para poner en marcha la actividad arbitral (el arbitraje principia sólo a solicitud de partes no pudiendo surgir *ex officio*);
- b. Fijación del objeto del proceso por los particulares (las pretensiones de las partes fijan el ámbito de decisión de los árbitros);

- c. Congruencia del pronunciamiento del órgano arbitral con las pretensiones de las partes (los árbitros deben pronunciarse en el laudo respecto a lo solicitado por las partes); y,
- d. Poder de disposición sobre la existencia misma del proceso (las partes pueden acordar la conclusión del arbitraje) (Matheus 2016a:75).

Por otro lado, algunos autores han sido enfáticos en señalar que el proceso arbitral, sin dejar de ser contradictorio, se modela también en cierta manera, como de carácter inquisitivo; la verdad formal cede ante la verdad material; la disposición de las partes sobre el proceso ha de ser respaldada por la actuación arbitral, con el objeto de que la decisión que se adopte sea susceptible de plena eficacia legal. Es más, sin perjuicio de lo anterior, también se ha dicho que el procedimiento arbitral internacional se configura cada vez más como un proceso de tipo inquisitivo, de verdad material, que dota a los árbitros de poderes amplios para llevar adelante su misión sin recurrir a reglas rígidas de procedimiento.

Es decir, se añade que la propia motivación y naturaleza del arbitraje impone este principio frente al mayor formalismo del procedimiento judicial y siempre quedando a salvo la igualdad de oportunidades de las partes que les asegure el pleno ejercicio de sus derechos de defensa, so pena de acarrear en sede judicial la nulidad del laudo (Merino y otro 2014: 1573).

Para finalizar la revisión de este principio, diremos que todas las diversas manifestaciones que se han descrito en el párrafo anterior, tienen su correlato en diversos artículos de la LDA, siendo un ejemplo de ello —en lo que respecta al ítem a)—, el art. 33, cuyo tenor reza de la forma siguiente:

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

4.2. *El principio de aportación de parte*

Este otro principio que corresponde a la frase latina *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, hace referencia a la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, y aparecen como manifestaciones de este principio el que los litigantes tienen que alegar los datos y elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso, así como proponer la prueba de tales datos o elementos (Picó 2011: 115).

Advierte Picó que, a diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo (que posee cierto fundamento constitucional y por ello es insoslayable en todo proceso civil), el de aportación de parte tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes (2011: 116)

Ahora bien, visto ya desde la perspectiva del arbitraje, Matheus expresa que este principio nos señala que las partes son las encargadas de llevar al proceso arbitral los hechos —*el thema probandi*—, que en su opinión han de ser sometidos al conocimiento del órgano arbitral (2016a: 76).

Como se verá en los ítems posteriores, este principio se halla íntimamente conectado con el tema probatorio, en este caso, con la denominada «carga de la prueba». Por lo pronto, diremos que, al igual que la mayoría de los principios comentados en este capítulo, éste igualmente se encuentra positivizado en el numeral 2) de art. 39 de la LDA, cuyo tenor reza de la forma siguiente:

Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

5. SU VINCULACIÓN CON LA CARGA DE LA PRUEBA

Recordemos que la carga de la prueba (*onus probandi*) es definida como la regla de juicio que le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso las pruebas de los hechos que deben servir de fundamento a su decisión; e, indirectamente, establece para las partes la carga procesal de presentar o solicitar las pruebas para la formación del convencimiento del juez sobre los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones y decisiones (Devis Echandía: 2009: 14).

Asimismo, cuando se habla de la carga de la prueba, es preciso tener en cuenta sus dos sentidos diversos: el de «carga formal o subjetiva y la carga material u objetiva», lo que denota a su vez que estamos ante un concepto complejo. Veamos a qué nos referimos a continuación y cuáles son sus vinculaciones (de haberlas) con la iniciativa de probanza oficiosa del juzgador arbitral.

5.1. *La carga formal (subjetiva) y material (objetiva) de la prueba*

Cuando nos referimos a la «carga formal (subjetiva) de la prueba», aludimos a cuál de las partes corresponde alegar y aportar la prueba sobre los hechos introducidos en el proceso, es decir, se busca a través de ella resolver el problema de a quién incumbe instar la práctica de prueba sobre los hechos. Lógicamente, es una cuestión previa a la práctica de la prueba, independientemente de su resultado y que posee relevancia en los procedimientos regidos por los principios dispositivo y de aportación de parte (Ormazábal 2004: 18).

Efectivamente, si se examina con más detenimiento este aspecto de la carga de la prueba con la iniciativa probatoria de oficio, observaremos que aquí juega un rol importante el principio de aportación de parte, pues, como ya se ha explicado, es la parte la que soporta la carga de la prueba del hecho, desde la perspectiva formal. Mejor dicho: si le es dable desarrollar una cierta actividad probatoria para su acreditación, con

independencia de que se reconozcan al juez ciertas facultades de prueba, en la medida en que tiene un interés propio en desplegar la máxima actividad probatoria y, pese a que es libre de hacerlo, si no lo efectúa, puede verse perjudicada por la resolución judicial en la que aplica la regla de juicio (Chico 2007: 142-143).

Ciertamente, conviene acotar que, en sede arbitral, el árbitro o colegiado arbitral no tiene *prima facie* ningún interés para resolver la controversia, sino únicamente, desenvolver y desarrollar un proceso arbitral que se dirija en exclusiva, a atender los términos del convenio arbitral, mejor dicho, sólo se circunscribe a la voluntad de las partes en conflicto.

Por su parte, el aspecto «material (objetivo) de la carga de prueba» será aquél que opera con independencia de los principios que informan el tipo de procedimiento y es consecuencia de la prohibición de un pronunciamiento *non liquet*; esto es, que, concurriendo los presupuestos procesales exigibles en cada caso, los órganos judiciales no pueden rehusar o eludir el pronunciamiento sobre las pretensiones deducidas en el proceso bajo el pretexto de no haberse acreditado algún hecho relevante en el proceso, cuestión que el órgano judicial sólo puede plantearse al concluir el procedimiento, a la vista de la prueba practicada, en el momento de dictar el pronunciamiento sobre el fondo. (Ormazabal 2004: 18).

Definido así este segundo aspecto de la carga de la prueba y, comparándolo con la iniciativa probatoria de oficio, se advierte que ambos operan en momentos distintos y tienen distintas finalidades, de manera que no se destruyen mutuamente, aunque se reconozca que guardan relación entre sí (Chico 2007: 145).

Efectivamente, se afirma que la iniciativa probatoria de oficio opera en el momento en que se deben traer los hechos al proceso, para reconocer la más amplia facultad al tribunal en ese sentido, en aras de la búsqueda de la verdad material. En cambio, la carga de la prueba, como regla

del juicio, opera posteriormente, una vez practicada toda la prueba, a la hora de dictar la resolución judicial, a fin de resolver en un determinado sentido la controversia, cuando la realidad fáctica no ha podido ser determinada, pese a la práctica más amplia de la prueba y en aras a la necesidad de que los tribunales den una respuesta, en todo caso, a los conflictos que se les planteen (Chico 2007: 145).

Ciertamente, consideramos que no existe ningún inconveniente para extrapolar estos conceptos y aspectos de la carga de la prueba, al campo arbitral, pues no debe olvidarse que el principio *non liquet* es uno que le impone al árbitro el deber inexcusable de resolver las controversias que se sometan a su conocimiento, teniendo como límite evidente el ámbito objetivo del convenio arbitral (Matheus 2016a: 80).

5.2. La carga de prueba estática y dinámica (flexible)

La noción de «carga de prueba estática» es una en la que prevalece una visión ecléctica y tradicional del derecho, fundamentándose de la manera siguiente: i) *onus probando incumbit actori* (incumbe probar al demandante); ii) *reus, in excipiendo, fit actori* (el demandado debe probar los hechos en que sustenta su defensa); y, iii) *actore non probante, reus absolvitur* (si el actor no prueba, absuélvase al demandado). (Díaz-Restrepo 2016: 209). Este tipo de carga probatoria está recogido en sede judicial civil en el art. 196 de nuestro CPC, señalando con total claridad que:

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Empero, conviene advertir que, en sede arbitral, si bien no existe una regla parecida en la LDA, distinto es el caso en algunos RCA, tales como el de Amcham-Perú y el de la CCL, como así se observará en la última sección de este trabajo.

Por otro lado, «la carga probatoria dinámica» es aquélla que puede definirse como el apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba, actuando en determinadas situaciones (dependiendo del caso concreto) en las cuales no funcionan las previsiones legales que, como norma, reparten esfuerzos probatorios para las partes. Así, la carga probatoria dinámica se ubica en la concepción publicista del proceso, donde el juez ejerce un rol activo y goza de amplias facultades y poderes como director del proceso para lograr la reconstrucción de los hechos en el proceso, en búsqueda de la verdad.

En ese sentido, la carga probatoria dinámica rompe la regla general establecida en el artículo 196 del CPC ya citado, y propone que la carga de la prueba recaiga en el sujeto procesal (demandante o demandado) que se encuentra en mejores condiciones de proporcionar el material probatorio vinculado a la materia controvertida, independientemente de quién afirmó el hecho.

Por último, es preciso destacar que esta segunda concepción de la carga probatoria no ha sido positivizada o recogida literalmente en nuestra LDA ni tampoco en los RCA examinados en la sección final de esta investigación.

5.3. De las convenciones procesales acerca de la carga de la prueba

Siguiendo esta vez a Lucas Buril y Ravi Peixoto, las convenciones acerca de la carga de prueba son negocios procesales que tienen por objeto la distribución específica y diferenciada de la carga probatoria, colocándola de manera distinta de la regulada previamente por la ley. En otras palabras, se dice que son los sujetos los que definen, de acuerdo con su voluntad, quién debe probar determinados hechos; y, por lo tanto, cuál de ellos asumirá las consecuencias de la ausencia de prueba. Finalmente, estos autores anotan que, en realidad, la convención es una estipulación que busca garantizar la ventaja a uno de los sujetos, siendo la razón de su estipulación variable y no puede ser limitada a la regulación adecuada de la situación material (2015: 357).

Respecto de lo anterior, cabe decir que si bien dicha posibilidad no está permitida en sede judicial civil (pues, como ya se ha destacado, la regla recogida en el art. 196 de nuestro CPC sólo permite que el cambio de la carga probatoria opere por disposición legal), también lo es que de primera intención y al amparo del numeral 1) del art. 34 de la LCA⁹ —referido a la libertad de regulación de actuaciones—, no existiría algún impedimento para que las partes fijen (o mejor dicho, convengan) quién deberá ser el llamado a probar determinados hechos, todo ello, claro está, dentro del ámbito de la autonomía de su voluntad (materializada en el convenio arbitral) y de la reglamentación procedimental existente.

A decir verdad, dentro del desarrollo arbitral doméstico y cotidiano, no conocemos de algún caso en donde se haya concretado el empleo de esta figura jurídica, siendo, por el contrario, lo más usual, que no se establezca nada en el acta de instalación. Es decir, que no se fije en ella ninguna regla que defina en forma expresa la imposición de cargas probatorias que regirán dentro del proceso.

6. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL ÁRBITRO SEGÚN LA LDA Y EN LOS RCA

6.1. *En la LDA*

6.1.1. *Presupuestos y límites*

Para Matheus, en la LDA se justifica el principio de sustantividad de la prueba a través de la intervención de oficio del árbitro. Es decir, bajo la expresión sustantiva de la probática arbitral, es posible que se proyecte

⁹ «Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

en la actividad de oficio del árbitro frente a la actividad dispositiva de las partes. De otro lado, recuerda que la actividad dispositiva de las partes incide en la denominada proposición y práctica de la prueba. Agrega, además, que siendo la proposición probática tradicionalmente una actividad dispositiva de parte, la práctica probatoria importa una actividad presidida por la oficialidad. Sin embargo, este esquema clásico se rompe cuando la proposición de la prueba es, a la vez, dispositiva y oficial, y la práctica deja de ser también esencialmente oficial y adquiere, asimismo, un eminente carácter dispositivo (2009b: 187-188).

La fórmula de confluencia sustantiva la asume el numeral 1) del artículo 43 LDA (ya citado anteriormente en este trabajo), cuando señala que pueden «también ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estimen necesarios [...]», lo que supone que el órgano arbitral practique *ex officio* o a instancia de parte las pruebas que disponga (de oficio) o le propongan las partes (principio dispositivo).

Comentando los alcances de la regla recogida en la LDA, Matheus dice que la conclusión no puede ser más adecuada a la sustantividad de la prueba, pues supone que los árbitros practican las pruebas que se propongan a instancia de parte, como también aquéllas que *ex officio* estimen oportunas hacer valer. Pero, además, también la sustantividad de la prueba en la LDA supone que los árbitros no practican las pruebas cuando no se propongan ni a instancia de parte o cuando tampoco el árbitro procede de oficio. Por ello, es claro que la prueba en el arbitraje es una actividad sustantiva rogada y oficial. (2009b: 188).

Asimismo, no debe olvidarse las conclusiones preliminares extraídas en las secciones anteriores de este artículo, sobre la comparación normativa y doctrinaria respecto al campo de acción que tiene el juez para ofrecer y disponer la prueba oficiosa (entre los que están sin ninguna duda que ello sólo debe operar luego de la actuación de «todos» los medios probatorios ofrecidos y de efectuada una valoración preliminar de la prueba y además, de que ello únicamente deberá ocurrir luego de cerrada la etapa

de instrucción probatoria, sin posibilidad de reabrirla nuevamente); conclusiones que estimo no generan ningún inconveniente para extrapolarlas al tratamiento que deben tener los poderes probatorios de oficio dentro del arbitraje, máxime cuando, como se ha enfatizado ya, dicha iniciativa probatoria del árbitro (cuando menos de lo que se desprende de la LCA), es aún mucho más permisiva que la regulación existente en sede judicial.

Finalmente, me atrevo a sostener que este enfoque en la actuación probatoria del juzgador arbitral, sí concuerda y guarda una correcta correspondencia, con los principios de flexibilidad y la aportación de parte, antes comentados.

6.1.2. Sobre los medios de impugnación o control que tienen las partes sobre la actuación oficiosa del árbitro según la LDA

De una revisión de la LDA se tiene, en primer término, que no existe alguna limitación o prohibición para cuestionar las decisiones de los árbitros ante la misma sede, lo que implica, entonces, que no encontremos ningún impedimento para que las decisiones adoptadas en sede arbitral en las que se ejerzan los poderes o iniciativas probatorias de los árbitros, puedan ser objetadas. Efectivamente, la regla permisiva a la que aquí hacemos alusión, es la contenida en el numeral 1) del art. 49, cuyo tenor dice lo siguiente:

Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.

Se observa, entonces, que en materia arbitral se presenta una situación inversa a la contemplada en el art. 194 CPC, pues si bien en éste se exige asegurar el «derecho de contradicción de la prueba», también lo es

que la resolución dictada en sede judicial, resulta «inimpugnable», bajo una condición: que se ajuste el mandato a los límites establecidos en este artículo. Dicho de otro modo, el derecho de contradecir la decisión arbitral sí está asegurado, aunque sujeto a una misma instancia.

6.2. Regulación de la actuación probatoria oficiosa arbitral en los principales RCA

En esta subsección, se pasará revista a los más importantes RCA del país, para determinar la manera como viene siendo tratada la aplicación de la iniciativa probatoria oficiosa del árbitro. Así, un primer grupo a examinar corresponderá a los RCA que están recogidos en directivas o estatutos aprobados por normas infraconstitucionales; el segundo grupo, serán aquéllos vinculados a un centro universitario o algún colegio de abogados del país; y, finalmente, por último, un tercer grupo se referirá a los RCA de las diversas cámaras de comercio que funcionan en el Perú.

6.2.1. En los RCA que estén recogidos en normas reglamentarias

- **RCA del Sistema Nacional de Arbitraje (SNA) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).¹⁰**

Artículo 44.- Audiencia de instalación y determinación de puntos controvertidos.

En esta audiencia los árbitros [...] dispondrán la actuación de medios probatorios de oficio, sin perjuicio de hacerlo en cualquier etapa del proceso [...].

Artículo 46.- Facultades probatorias de los árbitros.

Los árbitros dirigen las audiencias y tienen facultades para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de los medios probatorios, para cuyos efectos podrán:

¹⁰ Véase su página web institucional: <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/node/260>.

- a. Disponer las reglas para la designación de peritos, la actuación de las declaraciones de parte, declaraciones testimoniales, pericias e inspecciones.
- b. Ordenar de oficio en cualquier etapa del proceso la actuación de medios probatorios que estimen necesarios y que incluso no hayan sido ofrecidos por las partes.
[...]
- f. Solicitar a las partes aclaraciones o informaciones en cualquier etapa del proceso arbitral, respecto de cualquier asunto que consideren relevante para la formación de criterio.

- **Estatuto del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia (Arbitra Perú).**¹¹

Artículo 27.- Pruebas

El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, así como para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de otras pruebas que estime conveniente.

Artículo 28.- Peritos

El tribunal arbitral podrá nombrar por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Recibido el dictamen pericial, el tribunal arbitral lo pondrá en conocimiento de las partes para que en un plazo de cinco (5) días expresen por escrito su opinión u observaciones acerca del dictamen.

¹¹ Véase: http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/normas/15.pdf.

- **RCA de la Superintendencia Nacional de Salud-Susalud (Ceconar).**¹²

Artículo 29.- Audiencia Única.

[...]

3. Fija los puntos controvertidos, admite o rechaza las pruebas ofrecidas por las partes, y ordena la actuación de las pruebas que puedan actuarse en dicha audiencia.
4. Ordena la actuación de pruebas de oficio, sin perjuicio de hacerlo en cualquier etapa de las actuaciones.

- **RCA del Sistema de Arbitraje de Consumo a que se refiere la Ley n.º 29571-Código de Protección y Defensa del Consumidor (Decreto Supremo n.º 046-2011-PCM).**

Artículo 16.- Facultades.

Para los efectos de la tramitación de los procedimientos arbitrales, el órgano arbitral cuenta con las siguientes facultades:

- a) Requerir a las partes la presentación y actuación de todo tipo de pruebas.

[...].

- **Reglas sobre el arbitraje laboral contenidas en el Decreto Supremo n.º 011-92-TR-Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.**

Artículo 55.- El árbitro o tribunal arbitral tiene absoluta libertad para ordenar o requerir la actuación o entrega de toda clase de pruebas, incluidas investigaciones, pericias, informes, documentos públicos y privados de propiedad o en posesión de las partes o de terceros y, en general, obtener todos los elementos de juicio necesarios de instituciones y organismos cuya opinión resulte conveniente para poder resolver el conflicto, todo dentro de un plazo máximo de

¹² Véase: <http://portales.susalud.gob.pe/documents/11450/14849/Nuevo+reglamento+de+arbitraje/1b1d2cfb-9047-4a96-8294-7438734c7425>.

treinta (30) días naturales, contados desde la fecha de iniciación formal del procedimiento arbitral. [...]

6.2.2. En los RCA de los centros universitarios y de los colegios profesionales

- **RCA del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.**

Artículo 52.- Audiencia de saneamiento, conciliación y fijación de puntos controvertidos.

[...] La audiencia tendrá el siguiente orden:

- b) De no alcanzarse un acuerdo conciliatorio total, la audiencia tendrá por finalidad fijar los puntos controvertidos, si así lo requiere el tribunal arbitral; admitir o rechazar las pruebas ofrecidas por las partes, exista o no tacha u oposición; y ordenar la actuación de aquellas pruebas que, a su criterio, deban actuarse de oficio, sin perjuicio de ordenar la actuación de otras pruebas de oficio en otra etapa del procedimiento; y actuar, en esa misma audiencia, las pruebas que así lo permitan.

- **RCA del Colegio de Ingenieros del Perú-Consejo Departamental de Lima.¹³**

Artículo 35.- Audiencia de pruebas.

[...]

El tribunal arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valoración de los medios probatorios, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias. [...]

Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el tribunal arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

¹³ Véase: <http://cdlima.org.pe/centro-de-arbitraje/>.

Artículo 36.- Audiencia de informe pericial.

El tribunal arbitral podrá disponer de actuaciones periciales sea por iniciativa propia o a solicitud

[...]

El tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes cualquier documentación o información que previamente el perito haya solicitado para la elaboración de su dictamen pericial.

Artículo 37.- Declaraciones de parte y testigos.

El tribunal arbitral, por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes, podrá citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionados a la materia controvertida del arbitraje. El tribunal arbitral está facultado para regular discrecionalmente el trámite de la declaración de parte y testigos.

Para efectos del ofrecimiento de declaraciones de parte, testimoniales o de pericias y su actuación, se establecen las siguientes precisiones:

[...]

- El tribunal arbitral está facultado para limitar o rechazar la comparecencia de cualquier testigo o perito, si lo considera superfluo, innecesario o impertinente.
- Cada una de las partes podrá interrogar a cualquier declarante (testigo), perito u otra parte cuando se haya dispuesto su declaración como medio de prueba, bajo la dirección del tribunal arbitral. El tribunal arbitral podrá formular preguntas en cualquier etapa del examen de las partes, testigos o peritos.
- Ya sea a elección de la parte que ofrece el testimonio o por decisión del tribunal arbitral, la declaración de los testigos podrá presentarse por escrito mediante declaraciones firmadas, declaraciones juradas o en otra forma. En dicho caso, el tribunal arbitral, podrá supeditar la admisibilidad del testimonio a la disponibilidad de los testigos para presentar una declaración oral en una audiencia.

Artículo 38.- Fin de la etapa probatoria.

El tribunal arbitral declarará el fin de la etapa probatoria cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso. Una vez se declare el cierre de la etapa probatoria, las partes no podrán actuar pruebas o ampliar la exposición de sus posiciones, salvo requerimiento o autorización expresa del tribunal arbitral o árbitro único.

- **RCA del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CEAR).¹⁴**

Artículo 52.- Audiencia de saneamiento, conciliación y fijación de puntos controvertidos.

[...]

La audiencia tendrá el siguiente orden:

[...]

- c) De no alcanzarse un acuerdo conciliatorio total, la audiencia tendrá por finalidad fijar los puntos controvertidos, si así lo requiere el tribunal arbitral; admitir o rechazar las pruebas ofrecidas por las partes, exista o no tacha u oposición; y ordenar la actuación de aquellas pruebas que, a su criterio, deban actuarse de oficio, sin perjuicio de ordenar la actuación de otras pruebas de oficio en otra etapa del procedimiento; y actuar, en esa misma audiencia, las pruebas que así lo permitan.

[...]

Artículo 55.- Las pruebas.

[...]

El tribunal arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, y podrá ordenar a las partes en cualquier momento la presentación o actuación de las pruebas que estime necesarias.

¹⁴ Véase: http://www.cal.org.pe/v1/wpcontent/uploads/centro_arbitraje_2014/reglamento_procesal_arbitraje_cear_cal.pdf.

Artículo 56.- Nombramiento de peritos.

El tribunal arbitral tiene la facultad de nombrar de oficio o a pedido de parte, uno o más peritos para emitir un dictamen sobre materias concretas, que contribuya a solucionar la(s) controversia(s) objeto del proceso. [...].

6.2.3. En los RCA de las diversas cámaras de comercio del país

- **RCA de la Cámara de Comercio Americana del Perú (Amcham-Perú)¹⁵**

Artículo 32.- Pruebas.

1. Cada parte tiene la carga de probar los hechos en los cuales sustenta su demanda o contestación, salvo disposición legal diferente.
2. El tribunal arbitral determina la admisión de las pruebas presentadas por las partes. También está facultado para prescindir motivadamente de las pruebas admitidas que considere innecesarias.
3. El tribunal arbitral puede disponer la declaración de testigos o de cualquier otra persona. El tribunal arbitral está facultado para regular discrecionalmente las declaraciones.
4. El tribunal arbitral puede nombrar uno o varios peritos independientes a efecto que emitan un dictamen sobre las materias que aquél determine. Las partes pueden formular por escrito sus observaciones a los dictámenes de los peritos y tienen la oportunidad de interrogar en audiencia a cualquier perito nombrado por el tribunal arbitral. En esta audiencia, las partes pueden ser asistidas por sus propios peritos para que opinen sobre la materia del dictamen.
5. El tribunal arbitral puede visitar cualquier lugar relacionado con la controversia o llevar a cabo indagaciones en ese lugar. A tal efecto define el alcance de la

¹⁵ Véase: <http://www.amcham.org.pe/arbitraje/download/ReglasArbitraje2013.pdf>.

visita o el objeto de las indagaciones, así como el procedimiento que se sigue en la diligencia.

6. En cualquier momento de las actuaciones el tribunal puede requerir a cualquiera de las partes para que aporte las pruebas que considere necesarias.
7. Salvo pacto en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede aplicar, de manera supletoria, las Reglas de la *International Bar Asociación* (IBA) sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional.

Artículo 34.- Cierre de la actuación de pruebas.

1. El tribunal arbitral declara el cierre de la actuación de pruebas cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer y probar su caso. Después de esa fecha no puede presentarse ningún escrito, alegación ni prueba, salvo requerimiento o autorización del tribunal arbitral.

[...].

- **RCA de la Cámara de Comercio de Lima (CCL).**

Artículo 28.- Pruebas.

1. Salvo disposición distinta del tribunal arbitral, las pruebas se ofrecen y, en su caso, se presentan con la demanda, la reconvencción y sus respectivas contestaciones. Si una prueba no estuviera a disposición de una parte o requiriese ser actuada, debe ser expresamente referida en dichos escritos. Cualquier prueba ofrecida o presentada con posterioridad a estos escritos sólo es aceptada cuando, a discreción del tribunal arbitral, la demora se encuentre justificada.

[...]

3. Salvo disposición legal distinta, cada parte asume la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus reclamaciones o defensas.
4. En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral, por iniciativa propia o a solicitud de parte, puede ordenar que cualquiera de las partes aporte las

pruebas adicionales que estime necesarias dentro del plazo que determine.

5. El tribunal arbitral puede decidir el examen de testigos, de peritos nombrados por las partes o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia, siempre y cuando estas hayan sido debidamente convocadas.

Artículo 29.- Peritos.

[...]

2. El tribunal arbitral puede, por su propia iniciativa, nombrar a uno o más peritos para que informen sobre cuestiones específicas que considere convenientes para resolver la controversia.

(Arbitraje acelerado).¹⁶

Artículo 3.- Facultades del tribunal arbitral.

En todo momento, el tribunal arbitral procura adoptar medidas que sean consistentes con la naturaleza del arbitraje acelerado, incluyendo entre otras:

- a) Definir la extensión máxima y el alcance de las presentaciones escritas, y de las pruebas en apoyo de las pretensiones y defensas de las partes, estrictamente referidas a las materias en disputa.

[...].

¹⁶ Modalidad excepcional de arbitraje que se aplica según el art. 1 del RCA citado cuando: a) En todos los casos en los que el monto en disputa, sumando la demanda y la eventual reconvencción, no exceda el límite establecido para estos efectos en la Tabla de Aranceles del Centro, a menos que el Centro decida otra cosa tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso como la complejidad de la disputa y la importancia de las reclamaciones que no sean susceptibles de una estimación en cuanto a su valor monetario; y b) En todos aquellos casos en que las partes así lo acuerden, cualquiera que sea el monto en disputa y con la confirmación del Centro.

- **RCA de la Cámara de Comercio de Arequipa.**¹⁷

Artículo 43.- Pruebas.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

[...]

3. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el tribunal arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

Artículo 44.- Peritos.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad de nombrar por iniciativa propia o a solicitud de las partes, uno o más peritos que podrán ser personas naturales o jurídicas, para que dictaminen sobre las materias que determine el tribunal arbitral.

Artículo 45.- Reglas aplicables a la actuación de declaraciones.

1. El tribunal arbitral, por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes, podrá citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionados al arbitraje.

2. El tribunal arbitral está facultado para regular discrecionalmente el trámite de la declaración.

- **RCA de la Cámara de Comercio de Puno.**¹⁸

Determinación de las cuestiones materia de pronunciamiento del tribunal arbitral.

¹⁷ Véase: <http://www.camara-arequipa.org.pe/?q=servicios/centro-de-arbitraje>.

¹⁸ Véase: http://www.camarapuno.org/portal/arbitraje1/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=41.

Artículo 42.-

1 Presentadas las posiciones de las partes, conforme al artículo 38, el tribunal arbitral podrá citarlas a audiencia con el siguiente propósito:

[...]

b. Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes, sin perjuicio de las facultades contenidas en el artículo 43.

Pruebas

Artículo 43.-

1. El tribunal arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

[...]

2. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el tribunal arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

- **RCA de la Cámara de Comercio de Piura.**¹⁹

Pruebas

Artículo 43.-

1. El tribunal arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

[...]

3. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el tribunal arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

Peritos

¹⁹ Véase: <http://www.camcopiura.org.pe/ Arbitraje/Reglamento%20de%20Arbitraje.pdf>.

Artículo 44.-

1. El tribunal arbitral tiene la facultad de nombrar por iniciativa propia o a solicitud de las partes, uno o más peritos que podrán ser personas naturales o jurídicas, para que dictaminen sobre las materias que determine el tribunal arbitral.

[...]

Reglas aplicables a la actuación de declaraciones

Artículo 45.-

1. El tribunal arbitral, por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes, podrá citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionados al arbitraje.
2. El tribunal arbitral está facultado para regular discrecionalmente la declaración. Alegaciones y conclusiones finales.

Cierre de la instrucción

Artículo 47.-

El tribunal arbitral declarará el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso. Después de esta fecha, no podrán presentar ningún escrito, alegación ni prueba, salvo requerimiento o autorización del tribunal arbitral.

- **RCA de la Cámara de Comercio de Huancayo.**²⁰

Pruebas

Artículo 43.-

1. El tribunal arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

[...]

²⁰ Véase: https://issuu.com/cchoy/docs/reglamento_arbitraje

3. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el tribunal arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

Peritos

Artículo 44.-

1. El tribunal arbitral tiene la facultad de nombrar por iniciativa propia o a solicitud de las partes, uno o más peritos que podrán ser personas naturales o jurídicas, para que dictaminen sobre las materias que determine el tribunal arbitral.

[...]

Reglas aplicables a la actuación de declaraciones

Artículo 45.-

1. El tribunal arbitral, por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes, podrá citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionados al arbitraje.
2. El tribunal arbitral está facultado para regular discrecionalmente la declaración. Alegaciones y conclusiones finales.

Cierre de la instrucción

Artículo 47.-

El tribunal arbitral declarará el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso. Después de esta fecha, no podrán presentar ningún escrito, alegación ni prueba, salvo requerimiento o autorización del tribunal arbitral. [...].

- **RCA de la Cámara de Comercio de Cusco.**²¹

Pruebas

Artículo 43.-

²¹ Véase: <http://camaracusco.org/styles/images/servicios/arbitraje/Reglamentos/REGLAMENTO.pdf>.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

[...]

3. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el tribunal arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

Peritos

Artículo 44.-

1. El tribunal arbitral tiene la facultad de nombrar por iniciativa propia o a solicitud de las partes, uno o más peritos que podrán ser personas naturales o jurídicas, para que dictaminen sobre las materias que determine el tribunal arbitral.

[...]

Reglas aplicables a la actuación de declaraciones

Artículo 45.-

1. El tribunal arbitral, por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes, podrá citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionados al arbitraje.
2. El tribunal arbitral está facultado para regular discrecionalmente la declaración. Alegaciones y conclusiones finales.

Cierre de la instrucción

Artículo 47.-

El tribunal arbitral declarará el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso. Después de esta fecha, no podrán presentar ningún escrito, alegación ni prueba, salvo requerimiento o autorización del tribunal arbitral.

7. CONCLUSIONES

- a. Tomando como punto de partida la definición o concepto que la doctrina nacional nos brinda sobre la iniciativa probatoria del juez y, contrastada ésta con la LDA, se propone que en sede arbitral, la participación oficiosa del árbitro puede ser entendida como aquel ejercicio de las facultades, poderes o atribuciones fijados a su favor, en primer término, por las propias partes (ya sea en el convenio arbitral o, posteriormente, en el acta de instalación) o, en su defecto, conforme a las reglas dispuestas en la LDA o de los RCA, que se concretará en el requerimiento y/o actuación de medios probatorios, con el único fin de complementar aquellos medios de probanza que hayan sido ofrecidos previamente por las partes en el proceso, bajo su propia iniciativa probatoria.
- b. Más allá de las posiciones encontradas en la doctrina y jurisprudencia acerca de si el art. 194 del CPC recoge un deber jurídico del juez y no así una potestad discrecional, lo cierto es que dentro de la regulación examinada en materia de arbitraje (LDA y los RCA), se concluye que el juzgador arbitral cuenta tan sólo con una facultad.
- c. Tomando en cuenta el rechazo doctrinal sobre la existencia de algún conflicto entre la iniciativa probatoria del juez y los principios de independencia e imparcialidad que éste debe observar, partiendo de la idea central de una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador; se sostiene que en sede arbitral, tampoco se advierte la presencia de alguna contradicción. Ello, debido a que ambos deberes tienen que ser observados tanto por el juzgador civil, como por el árbitro, en virtud a que dichos principios comparten su esencia y contenido ordenador.
- d. Si bien existen varias razones que justifican el porqué de la iniciativa probatoria oficiosa del juez o árbitro, como, por ejemplo, aquélla que se desprende del fin buscado de llegar a la verdad y solucionar

así el conflicto, no lo es menos que también dichas razones pueden encontrarse en la aplicación del principio de flexibilidad y en los límites temporales y materiales para su aplicación, como aquéllos que propiamente le impone nuestra la carta fundamental.

- e. Los límites temporales (el momento en que debe ejercerse la facultad) y materiales (argumentación o sustento del porqué ejercitar el poder probatorio oficioso) señalados por la doctrina a partir del análisis del art. 194 del CPC, sí deben ser observados también en los procesos arbitrales, en tanto que dichas limitaciones constituyen, a su vez, presupuestos para el correcto ejercicio de la potestad examinada.
- f. Asimismo, también se infiere que cuando el árbitro deba disponer de la prueba oficiosa, ello deberá hacerse previo a dar por cerrada la etapa probatoria, esto es, luego de brindar todas las posibilidades a las partes para que ofrezcan y actúen las pruebas que estimen pertinente.
- g. A las anteriores también existen otras razones de índole estrictamente constitucional que, si bien sus conclusiones tienen como punto de referencia el juez, se colige que las mismas pueden ser perfectamente aplicables al campo arbitral, esto es, la primera, referida al propio proceso y los hechos discutidos en él; la segunda, en el juzgador y su debida imparcialidad; y, la tercera, en las partes y su derecho constitucional a la defensa.
- h. El principio dispositivo y, sobre todo, el de aportación de parte, se encuentra íntimamente conectado con el tema probatorio; y, en particular, con la denominada carga de la prueba formal o subjetiva, por cuanto es la parte la que la soporta.
- i. La iniciativa probatoria de oficio tanto del juez como del árbitro, no puede confundirse con la aplicación que ellos hagan de la carga

probatoria, pues ambos institutos operan en momentos distintos: el primero, cuando se deba traer los hechos al proceso y, el segundo, una vez practicada toda la prueba, a la hora de dictarse la resolución judicial o laudo.

- j. No existe en la LDA ninguna mención a la observancia de carga probatoria; empero, sí se advierte su regulación —sólo bajo la modalidad estática—, en algunos RCA, tales como el de Amcham-Perú, y el de la CCL.
- k. Si bien en sede judicial civil no es posible aplicar las convenciones procesales, en materia arbitral sí sería posible que las partes convengan qué probar sobre determinados hechos, bajo el amparo de la libertad de regulación de actuaciones, concretada en el convenio arbitral, o ya instalado el arbitraje, en la respectiva acta.
- l. La LDA recoge de manera expresa la iniciativa que tiene todo árbitro de ofrecer y actuar pruebas de oficio, llegando incluso a permitirse a las partes, contradecir esta decisión vía recurso de reconsideración; hecho que, por cierto, no sucede en sede judicial civil, por existir prohibición expresa de impugnación.
- m. De la revisión de los tres grupos de RCA (los sujetos a normas reglamentarias, los que corresponden a centros universitarios y colegios profesionales y, por último, aquellos que rigen en las diversas cámaras de comercio del país), vemos que ellos recogen sin excepción alguna la iniciativa o participación probatoria de oficio de los árbitros. Además, esta facultad, en algunos casos, resulta totalmente ilimitada (Reglamento de Sistema de Arbitraje de Consumo); es decir, sin tomar en consideración los parámetros temporales o materiales que sí recoge la normativa judicial civil (art. 194 del CPC).

8. BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xabier.

2007 «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil». En *Objeto y carga de la prueba civil*. ABEL LLUCH, Xabier y Joan PICÓ I JUNOY (dirs.). Barcelona: Bosch.

ABEL LLUCH, Xabier y PICÓ I JUNOY, Joan (coords.).

2003 «Los poderes del juez civil en materia probatoria». Barcelona: Bosch.

ALFARO VALVERDE, Luis.

2017 *La iniciativa probatoria del juez, racionalidad de la prueba de oficio*. Lima: Grijley. Lima, 1.^a edición.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.

2001 CABANELLAS, Guillermo. *Derecho a probar como elemento esencial de un proceso*. Lima: ARA.

1976 *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, tomo I, 9.^a edición.

CASTILLO FREYRE, Mario.

2009a «El principio de flexibilidad en el arbitraje». En *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP-Pontificia Universidad Católica del Perú-Palestra Editores, vol.12, 1.^a edición.

CASTILLO FREYRE, Mario y otros.

2016b *Entre el derecho civil y el arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP y Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 35, 1.^a edición.

CHICO FERNÁNDEZ, Tania.

2007 «La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil». En *Objeto y carga de la prueba civil*. ABEL LLUCH, Xabier y Joan PICÓ I JUNOY (dirs.). Barcelona: Bosch.

CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María.

2000 «Los principios procesales en el arbitraje». Barcelona: Bosch, 1.^a edición.

DE MACEDO, Lucas Buril y Ravi PEIXOTO.

2015 «Negocios procesales sobre la distribución de la carga de la prueba». En *Convenciones procesales-Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Editorial Rangel, vol. 1 HENRIQUE NOGUEIRA, Pedro y Renzo CAVANI (coords.).

DEVIS ECHANDÍA, Hernando.

2009 *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá: Temis, 2.^a edición.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco.

2011 *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 3.^a edición.

GUAILA, Carlos I.

2015 «Medidas probatorias de oficio en el arbitraje comercial internacional». En *Revista de Arbitraje PUCP*, año V, n.º 5.

IBARRA DELGADO, David Hans Nietzsche.

2014 «En búsqueda de la verdad. La prueba de oficio como deber jurídico del juez». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Lima, I, n.º 10.

MALLANDRICH MIRET, Núria.

2011 *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Es-

tudio Mario Castillo Freyre, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP y Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 18, 1.^a edición.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos.

2016a *La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje doméstico e internacional*. Lima: Palestra Editores, 1.^a edición.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos.

2009b «Introducción a la probática arbitral». En *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 7.

MERINO MERCHÁN, José F y José Ma. CHILLÓN MEDINA.

2014 *Tratado de derecho arbitral*. Madrid: Civitas y Thomson Reuters, 4.^a edición.

MARTEL CHANG, Rolando Alfonso.

2015 *Pruebas de oficio en el proceso civil*. Instituto Pacífico, 1.^a edición.

MICHELLI, Gian Antonio.

2004 *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 3.^a edición.

MONTERO AROCA, Juan y otros.

2009 *Derecho jurisdiccional I. Parte General*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 17.^a edición.

MONTEZUMA CHIRINOS, Alberto J.

2015 «El uso de la prueba de oficio por parte del tribunal arbitral y su relación con la carga de la prueba». En *Revista de Arbitraje PUCP*, año V, n.º 5.

MONROY GÁLVEZ, Juan F.

2009 *Teoría general del proceso*. «Biblioteca de Derecho Procesal». Lima: Comunitas, n.º 6, 3.^a edición.

MONROY GÁLVEZ, Juan F.

1987 *Temas de proceso civil*. Lima: Studium.

MORALES MOLINA, Hernando.

2008 «Los poderes del juez en el proceso civil. Tercera clase». En *Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio*. HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel (coordinador académico). Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Universidad del Rosario.

MORALES DE BARRIOS, María Cristina.

2008 «Poderes del juez en el proceso civil en materia probatoria». En *Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio*. HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel (coordinador académico). Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Universidad del Rosario.

MOUZALAS, Rinaldo y DE ATAÍDE RODRÍGUES, Jaldemiro Jr.

2015 «Distribución de la carga de la prueba por convención procesal». En *Convenciones procesales - Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Editorial Rangel, vol. 1. HENRIQUE NOGUEIRA, Pedro y Renzo CAVANI (coords.).

NIEVA FENOLL, Jordi.

2010 «La valoración de la prueba». *Proceso y derecho* Madrid: Marcial Pons.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo.

2004 *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons.

PANDURO MEZA, Lizbeth Nathaly.

2011 «Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje». Tesis para optar el grado de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

PÉREZ-PRIETO DE LAS CASAS, Roberto.

2016 «La importancia de las cargas probatorias a la luz de la tutela jurisdiccional efectiva». En *Constitución, derecho y derechos*. Lima: Pa-lestra. *Red justicia, derecho, constitución y proceso*. PRIORI POSADA, Giovanni (coord.).

PICÓ I JUNOY, Joan.

2011 «El juez y la prueba». Colección internacional. Bogotá: Pontifi-cia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, n.º 32.

TARRUFO, Michele

2015 «*Teoría de la prueba*». Lima: ARA Editores. 1.ª edición, 1.ª reim-presión.

TARRUFO, Michele

2009 «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa». En *Constitución y proceso*. Lima: ARA Editores-PUCP, 1.ª edición.

TARRUFO, Michele

2011 «La prueba de los hechos». Madrid: Editorial Trotta, 4.ª edición.

DÍAZ-RESTREPO, Juan Carlos.

2016 La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga pro-batoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vul-neración a la igualdad constitucional. Entramado, vol. 12, n.º 1, enero-junio.

RIVAROLA REISZ, José Domingo.

2013 «¿*Actori incumbit probatio*? Presunciones y cargas de la prueba repensadas: *common law versus civil law*». En *Estudios de derecho procesal*. Lima: Editorial *Ius et Veritas* y Legales, 2.ª edición.

RIVERA RAMÍREZ, Irma Isabel.

2015 «La facultad del tribunal arbitral de actuar de oficio en la producción de la prueba arbitral». En *Revista de Arbitraje PUCP*, año V, n.º 5.

RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo y otros.

2017 «Sexta Mesa: El uso de la prueba de oficio por parte del tribunal arbitral y su relación con la carga de la prueba». En *Arbitraje. Actas del Noveno Congreso Internacional del Arbitraje - Lima 2015*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, Centro de Arbitraje de la PUCP y la PUCP, vol. n.º 40.

LA EFICACIA DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Miguel Ángel Sipán Velásquez**

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 tal motivo, la junta de resolución de disputas es 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 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

* Abogado del área de licitaciones de Corporación Aceros Arequipa S.A. Magíster en administración y gestión pública en la Universidad de Alcalá de Henares y magíster en derecho de la empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con especializaciones en arbitraje (en el CARC de la PUCP) y contrataciones del Estado (en la EGPP de la PUCP). Licenciado en derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

medio de resolución de conflictos, que no resulte ineficaz, 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 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 de 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.

**LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL SISTEMA DE
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO**

Índice

Introducción

Capítulo I: *Dispute Board*/Aspectos generales

1. Contrato administrativo
2. Contrato de obra pública
3. Métodos alternativos de solución de conflictos convencionales
 - 3.1. El *Dispute Board*
 - 3.2. Características del *Dispute Board*
 - 3.2.1. Liberalidad privada
 - 3.2.2. Naturaleza contractual
 - 3.2.3. Flexibilidad
 - 3.2.4. Inversión y rapidez
 - 3.2.5. Resultado satisfactorio
 - 3.2.6. Panel
 - 3.3. Clases de *Dispute Board*
 - 3.3.1. *Dispute Review Boards*
 - 3.3.2. *Dispute Adjudication Boards*
 - 3.3.3. *Combined Dispute Boards*
4. Los *dispute boards* y su desarrollo internacional
 - 4.1. Antecedentes
 - 4.2. Experiencia anglosajona
 - 4.3. Experiencia europea
 - 4.4. Experiencia latinoamericana
5. Los *dispute boards* en el Perú
 - 5.1. Ámbito privado
 - 5.2. Ámbito público

Capítulo II: Nuevo sistema de resolución de conflictos en las contrataciones del Estado

1. Etapa precontractual

2. Etapa contractual

2.1. Suscripción de contrato

2.1.1. Motivaciones

2.1.2. Centro de resolución de conflictos

2.1.3. Operatividad de la JRD

2.2. Ocurrencias durante el desarrollo de la obra

2.2.1. Incidencias relativas al objeto del contrato

2.2.2. Incidencias relativas a los plazos contractuales

2.2.3. Determinación de daños y perjuicios (lucro cesante)

2.3. Actuar de la JRD

3. Etapa postcontractual

Capítulo III: La JRD como vía prearbitral

1. Poder jurisdiccional

2. Composición

3. Poder cautelar

4. Costos

5. Canal de Panamá y *Dispute Board*

6. Laudos nacionales relativos a contratos de obra

7. Cumplimiento inmediato de la decisión de la JRD

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

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 a nivel privado y público es de reciente data; y, por tanto, limitada.

El presente trabajo de investigación, relativa 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 logrará 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, la «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 cada vez tiene 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 JRD en la normativa de contrataciones del Estado y la esperada eficacia de sus decisiones para evitar conflictos.

CAPÍTULO I

Dispute Board/Aspectos generales

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO

La introducción de la JRD en la LCE no sólo implica un mejoramiento del sistema de resolución de disputas, sino 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 consideradas contratos administrativos, porque se rigen bajo parámetros normativos de carácter público, definición que no se distanciaría mucho de lo expresado por Richard Martin,¹ 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.

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

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 públicas.²

En sí, lo anterior estaría intrínsecamente relacionado al tema de la mutabilidad, por el hecho de que es el Estado quien tiene la potestad de variar las especificaciones técnicas iniciales debido a causas de fuerza mayor, sustentadas 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 en la ejecución de una obra se estaría perjudicando a los potenciales usuarios de la misma, por lo que habría una necesidad pública no cubierta; sin embargo, ello no implica que en los contratos privados no pueda existir 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 de que ha dejado atrás la teoría dualista sobre la contratación administrativa, permitiendo que la teoría unitaria sea la que explique que un contrato celebrado por

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».

el Estado es administrativo porque le corresponde la aplicación de un régimen de derecho público específico.

Teniendo claro el contexto en que se desarrollará 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 fin 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 en que se emita decisiones firmes, permite que las partes logren sólo un acercamiento y/o puedan buscar otra salida a sus problemas, como el arbitraje de derecho, que sí 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. En adición 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 Hinostroza,³ 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.

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 sometida 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.

³ CAMPOS MEDINA, Alexander y Luis Martin HINOSTROZA SOBREVILLA. «El contrato de obra pública: lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir». *Revista PUCP*, n.º 5. Círculo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la PUCP, 2008, p. 298. Visto el 12.04.16. http://pbeabogados.facipub.com/facipub/upload/publicaciones/1/71/el_contrato_de_obra_publica.pdf.

De esta forma, al proyectarse una obra se debe 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 que sea asignado no sea 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 definidas las partes involucradas en el contrato de obra, las partes contratantes deben evitar cualquier contratiempo 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 Huapaya,⁴ 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.

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*, 2013, n.º 46, p. 46.

Según Libardo Rodríguez,⁵ el principio económico de los contratos nació como un derecho exclusivo de la entidad estatal, por el hecho de que a pesar de los cambios que debían efectuarse al expediente técnico, no podía paralizarse la ejecución de la obra, más aún, 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 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 deriva 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 pudiera ser superado, las partes tendrán la facultad de recurrir al método de solución de conflictos que esté acorde a su necesidad (siempre y cuando se haya consignado la cláusula pertinente en el contrato).

⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. «El equilibrio económico en los contratos administrativos». Revista *Derecho PUCP*, 2011, n.º 66, 2011, p. 69.

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, sólo 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 el o los mecanismos de solución de conflictos que más les convenza 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 por los mecanismos preestablecidos; en cierto sentido, ello representaría una ventaja por el hecho de 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 diversas 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 lo mencionado por Juan García Montúfar.⁶
- 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 Ríos,⁷ 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 el 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 difundidos, 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 ingresar al mundo de los DB.

⁶ GARCÍA MONTÚFAR, 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/](http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/18/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos/).

⁷ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. «El arbitraje obligatorio en las contrataciones del Estado». *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, p. 144.

3.1. *Dispute Board*

De acuerdo con Juan Eduardo Figueroa Valdés,⁸ 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 Velazco,⁹ los DB son ideales para las relaciones contractuales vinculadas 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.

⁸ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. «Los *Dispute Boards* o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción», p. 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-construcci%C3%B3n-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/>.

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

No obstante, siguiendo con lo expresado por Fernando Capuñay y Gianfranco Ferruzo,¹⁰ 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 del arbitraje «administrativo», la conciliación o el fuero judicial, por el hecho de 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 Tafur,¹¹ podemos observar que hace referencia a lo establecido por la Cámara de Comercio Internacional, la misma que considera que los

¹⁰ CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y Gianfranco FERRUZO DÁVILA. «Breves apuntes sobre los *Dispute Board Resolution*». *Lumen*. Lima: Unife, 2014, p. 106.

¹¹ SOLÍS TAFUR, Eduardo. «La nueva Ley de Contrataciones del Estado y la Junta de Resolución de Disputas (los *dispute boards*)». *Lumen*. Lima: Unifé, 2014, p. 114.

DB se establecen desde que se inicia un contrato, debiendo estar activos durante toda la ejecución, lo cual implicaría que se mantenga remunerados a los miembros del panel técnico.

Conforme a ello, se descartaría la idea de 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 en 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 de que los DB se basan y se desenvuelven conforme a lo que decidan las partes contratantes, quienes determinan la forma en que se reglamentarán, sin que ello implique la transgresión de las leyes, orden público o buenas costumbres.

El tipo de DB y los efectos del pronunciamiento del tercer 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 Gómez,¹² 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 de 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

¹² MACHO GÓMEZ, Carolina. «Los ADR «*Alternative Dispute Resolution*» en el comercio internacional». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, vol. 5, n.º 2, pp. 398-427.

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? Ello, a sabiendas de que, actualmente, hay muchas paralizaciones de obra, sea por deficiencias en las construcciones o problemas de déficit presupuestal.¹³

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.

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 de DB surgidos en base a la necesidad que se pueda presentar. Por dicho motivo, se llegaron a identificar las siguientes clases 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, las mismas que no tienen fuerza vinculante. Estas recomendaciones pueden ser re-

¹³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Obras paralizadas*. Lima: Infobras-Contraloría General de la República, 2015, pp. 2 y 4.

chazadas por las partes en disputa en un plazo predeterminado; caso contrario, dichas recomendaciones pasarían a ser obligatorias, según lo expresado por Juan Eduardo Figueroa Valdés.¹⁴

3.3.2. Dispute Adjudication Boards (*en adelante*, «DAB»)

A diferencia de los DRB, los DAB sí emiten decisiones de carácter vinculante, es decir, que 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 que 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», p. 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.*, p. 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 de que las partes contratantes decidan recurrir a un arbitraje, tomando en cuenta que dichas decisiones son emitidas 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 de que las partes recurran al apoyo de letrados, lo que implique una posible dilación 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 Ferruzo,¹⁶ 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 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

¹⁶ CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y Gianfranco FERRUZO DÁVILA. «Breves apuntes sobre los *Dispute Board Resolution*». En *Lumen*. Lima: Unifé, 2014, p. 108.

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 conformados 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 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

¹⁷ *Op. cit.*, p. 109.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

también se puede desenvolver al interior de otro método de resolución de conflictos, como el arbitraje, sólo que en este caso los árbitros ya no tendrían que pronunciarse al respecto, porque lo indicado por el perito es vinculante.²⁰ 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 sesenta, en Washington, con el caso *Boundary Dam* en Washington.²¹

Al inicio de la década de los años setentas, el DB fue utilizado nuevamente durante la ejecución de la segunda perforación del Túnel

²⁰ CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y Gianfranco FERRUZO DÁVILA. «Breves apuntes sobre los *Dispute Board Resolution*». *Lumen*. Lima: Unifé, 2014, p. 109.

²¹ Woss, Herfried. «Panel de adjudicación de desavenencias. “Una retrospectiva”». Boletín Informativo *Pauta*. México D.F.: Cámara Internacional de Comercio, 2006, n.º 50, 2006, p. 13.

Eisenhower, en Colorado, Estados Unidos, a través del cual se lograron resolver tres conflictos.²²

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 board* de por medio),²³ en países como Honduras, Suecia, Nueva 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 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 DRB.²⁴

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 Internacional de Ingenieros Consultores) modificado, que contempló el uso de los DB.²⁵

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 conflic-

²² ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina. Tesis «*Dispute Board* como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura». Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014, pp. 12.

²³ BUNNI, Nael G. «Dispute Boards with Particular Emphasis on Fidic's DAB Procedure». *International Construction Contracts and Dispute Resolution Conference*. Egipto, 2005, p. 7.

²⁴ *Op. cit.*, p. 7.

²⁵ Woss, Herfried. «Panel de adjudicación de desavenencias. “Una retrospectiva”». Boletín Informativo *Pauta*. México D.F.: Cámara Internacional de Comercio, 2006, n.º 50, p. 13.

tos 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 contratos.²⁷

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 Reglamento.²⁸

4.2. Experiencia anglosajona

Desde 1987, los DB han cobrado notoriedad en Australia, debido a su recurrencia en veinte contratos,²⁹ 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 Charrett):³⁰

- Se promueve el acuerdo bilateral.
- Se facilita la comunicación abierta.
- Se facilita la confianza y cooperación.

²⁶ ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina. Tesis «*Dispute Board* como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura». Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014, p. 13.

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

²⁸ *Op. cit.*, p. 4.

²⁹ CHARRETT, Donald. «Dispute Boards and Construction Contracts». Society of Construction Law, 2009, p. 17.

³⁰ *Op. cit.*, p. 19.

- 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 sólo en temas de construcción, diseño, interpretación y aplicación de los documentos contractuales, sino también en procesos de resolución controversias, lo 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 cortes,³¹ por lo que el desenvolvimiento de los contratos, no es tan 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 (EE.UU.) implementó el servicio de administración de los DRB, del cual se puede destacar que las partes

³¹ ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina. Tesis «*Dispute Board* como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura». Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014, p. 38.

que recurran a este método de solución de conflictos, deberán costear en partes iguales los gastos y honorarios que se generen.³²

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 DB,³³ 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 a la construcción.³⁴

Conforme a lo expresado por Juan Figueroa,³⁵ en el artículo 21 del referido Reglamento se contempló la posibilidad de que las partes de

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-construcci%C3%B3nM%C3%A9xico.pdf>, p. 6. Revisado el 18.11.15.

³³ AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. «The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution», 2004, p. 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-construcci%C3%B3n-M%C3%A9xico.pdf>, p. 6. Revisado el 18.11.15.

³⁵ *Op. cit.*, p. 6.

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

Por otra parte, en el artículo 17 del mencionado Reglamento, se contempla la posibilidad de 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 de Comercio Internacional ha implementado un *Centro de Dispute Board*,³⁶ que permite contar con personas capacitadas en temas concernientes a 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 arbitrajes,³⁷ lo cual ayudaría a entender la existencia de la *London Court of International Arbitration* (centro de

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-construccion-Mexico.pdf>, p. 7. Revisado el 18.11.15.

³⁷ ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina. Tesis «*Dispute Board* como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura». Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014, p. 13.

resolución de conflictos), al igual que en España, con la Corte Española de Arbitraje y la Corte de Arbitraje de Madrid.³⁸

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.º 318, de fecha 17.09.99, que modificó el Decreto-Ley n.º 138 de fecha 20.04.94 (sobre concesiones de obras públicas y servicios nacionales):

Quando 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 por 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 n.º 80, de fecha 28.10.93, relativa al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública), mediante el cual las partes pueden someter su controversia ante un panel de expertos designados

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>, p. 3.

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 sobre 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, sí 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 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 los de Fidic.⁴⁰

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, p. 13.

⁴⁰ CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y Gianfranco FERRUZO DÁVILA. «Breves apuntes sobre los *Dispute Board Resolution*. En *Lumen*. Lima: Unifé, 2014, p. 112.

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, representan 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.
- 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 de 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 en la cantidad de miembros del DB, el mismo se compondrá de tres miembros (art. 7).
- k. En el caso de 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 de 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 de 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 resueltas 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, el CARC-PUCP y la Cámara de Comercio Internacional no serán responsables por los hechos, actos u omisiones ocurridos relacionados 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 por la voluntad de las partes, y que la realidad peruana puede presentar casos particulares, no se debería descartar la idea de 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 son las 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 cómputo 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, 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 se evidencie una intencional demora o falta de acuerdo, el reglamento cuenta con las salidas apropiadas, 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 n.º 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 n.º 1012, que aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas⁴² para la Generación de Empleo Productivo y para Agilizar los Procesos de Promoción de la Inversión Privada, con el fin de incorporar la figura de un amigable componedor (en adelante, «AC») y de la JRD (DB) en los contratos de Asociación Público-Privada, cuando se presenten conflictos y antes de iniciar un arbitraje.

Como se puede distinguir, ésta sería la primera vez en que se reconoce legalmente la incorporación del DB como mecanismo de solución de conflictos contractuales, manteniéndose el espíritu no definitivo

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

⁴² De acuerdo al artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 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.

de sus decisiones, dado que ello se le deja al arbitraje; a diferencia del AC, quien podrá emitir decisiones que tendrán efectos de cosa juzgada. Esto, a mi parecer, 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). Es decir, no habría necesidad de darle un poder decisorio, motivando que su decisión no pueda ser cuestionada ni por arbitraje ni por vía judicial.

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 puede 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-Privada, fue el preámbulo para que el Estado decida insertar en la Ley n.º 30225, LCE, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11.07.14, la institución de la JRD, de conformidad con la política de que las contrataciones sean más eficientes.

Con la publicación del Decreto Supremo n.º 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 sólo 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 peruanos sean relegados a un segundo plano, dado que las partes podrían confiar más en la neutralidad y capacidades de un extranjero.

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 de la suscripción del 19.11.09 de los Contratos de Préstamo n.º 2092/OC-PE y el n.º 7643-PE con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), respectivamente.⁴³

Los referidos contratos se celebraron 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 (3) 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.

⁴³ ORTEGA ORBEGOSO, Lissete Elizabeth. «*Dispute boards*: experiencia en sector público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas». *Revista Actualidad Jurídica*, 201, tomo 267, p. 257.

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 de que se tuvo que adaptar el mencionado DB a la realidad peruana, así como capacitar a los consultores legales y coordinar con la Procuraduría,⁴⁴ toda vez que la JRD es un mecanismo nuevo, poco conocido 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 que 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 en 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 II.⁴⁵

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.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 258-259.

⁴⁵ *Idem.*

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 vuelvan firme y ejecutable su decisión, será solo una vía pre arbitral.

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 circunscritos a 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, resulta 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.

CAPÍTULO II

NUEVO SISTEMA DE RESOLUCIÓN 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 ocho UIT no se encuentren reguladas por la LCE, algo que a 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-privada; 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; sólo habría que echar 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 un 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 a contratar al contratista que ejecutará la obra. Para ello se debe definir el tipo de proceso a convocar (lo que dependerá del valor referencial) y elaborar las bases del proceso en función al modelo que establece la Directiva n.º 001-2016-OSCE/CD, de fecha 09.01.16, la cual no contempla de forma expresa la posibilidad de 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 regulación 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 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 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 econó-

mica 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, haya tenido 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 mismo y las condiciones generales de las bases, aspectos que una JRD tendría que resolver, hasta temas de índole legal o normativo (resolución de contrato, por ejemplo).

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 obra.⁴⁶

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 quién 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;
4. Que la entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo, en caso éste 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.

2. ETAPA CONTRACTUAL

Después de pasar una etapa relevante para el buen desarrollo de una obra, por la 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 de 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 la posibilidad de que después de firmado el contrato se pueda incluir una nueva cláusula conllevada a que no necesariamente las partes podrían ponerse de acuerdo. Como bien se sabe los más beneficiados con 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, dado que vería una oportunidad para subsanar fallas durante la ejecución de la obra sin que sea necesaria 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 extranjeras y grandes constructoras nacionales) se puede sacar un mejor provecho del arbitraje que de un JDR. Es verdad que dicho supuesto 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.

Lo mismo opina Maximiliano Rodríguez Fernández,⁴⁷ 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 ésa no sea la tendencia en la práctica».

Ahora, resulta necesario revisar lo contenido en el punto 6.1 de la Directiva⁴⁸ n.º 020-2016-OSCE/CD,⁴⁹ de febrero del 2016 (en ade-

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*. Bogotá, 2006, vol. 5, n.º 2, p. 12.

⁴⁸ Es un instrumento normativo de carácter interno que los entes administrativos emiten, a fin de 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.

lante, «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 iniciada la ejecución de la obra.

Si bien queda a potestad de 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 al uso de la cláusula modelo e incorporarla en las bases.

En cuanto a la brecha establecida en el referido precepto, 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 S/ 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. Aun así, se debería reformular la brecha y bajarla a S/ 10'000,000.00, con ello se ampliaría el número de casos y las empresas constructoras medianas adquirirían mayor experiencia.

Cabe precisar, que para otros como Daniel Triveño,⁵⁰ 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 Lisete Ortega,⁵¹ 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 las 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).

⁵⁰ TRIVEÑO DAZA, Daniel. «Las juntas de resolución de disputas deberían intervenir en cualquier contrato de obra, independientemente del monto». Revista *Actualidad Jurídica*. Lima, 2016, tomo 268, p. 274.

⁵¹ ORTEGA ORBEGOSO, Lisete Elizabeth. «Dispute boards: experiencia en sector público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas». Revista *Actualidad Jurídica*. Lima, 2016, tomo 267, p. 260.

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 del 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 de obra; y, ¿mucho menos recurrir a una JRD? Para ello debemos remitirnos nuevamente al referido artículo:

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.

Aquí 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 de 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 artículo 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 misma, 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 artículo, 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.

2.1.1. Motivaciones

Antes de iniciar una JRD, las partes tienen que 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 preciso, 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, sólo que su verificación y dictamen sería más técnico, debido a las personas que resolverán la controversia, ventaja de la 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, rezagan-

do 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 subsanar 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 para que organice y administre las JRD que se generen.⁵² Algo que, en principio, beneficiaría a un grupo limitado de centros, tomando en cuenta que sólo un centro en el Perú tiene regulada 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 econó-

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.
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 a 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».

mico, 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 diferencia en costo, a menos que un especialista jurídico (tribunal arbitral) 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 a su composición, según el artículo 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 forzadas a someter sus diferencias a una JRD dirigida por una persona, en el supuesto de estar frente a 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 resulte satisfactorio, considerando que los expertos que se desig-

nen, siempre estarán expuestos a factores que distorsionen o influyeran en su decisión.

Por otra parte, el RLCE ha limitado el tipo de experto⁵³ que dirigirá las JRD, a 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 de que no sólo 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 reconocida constitucionalmente y que, en cierta forma, compite con el ámbito judicial, mientras que una JRD debe caracterizarse por su especialización técnica, no dando espacio a la participación de un abogado. No se puede dejar a interpretaciones si la JRD se compor-

⁵³ Artículo 207.- Designación de miembros

Cuando la Junta de Resolución de Disputas esté integrada por un (1) solo miembro, éste 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.

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

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

En principio, las responsabilidades de las partes contratantes deben estar delimitadas, siendo obligación de los arquitectos el diseño de los planos iniciales (que no necesariamente pueden estar bien detallados) que contemplen 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 previo 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 fueren 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, en 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, en que sólo 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 bien, 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 aquéllas relacionadas a las entregas parciales o totales que se efectúan de forma tardía o que presentan imperfecciones o problemas de calidad. Esto lleva 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 de 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 útil 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 resarcida.

Si —por ejemplo— 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, sólo 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, la interrogante que se presenta es la referida a los costos relacionados a la tramitación de las causas en un arbitraje o una JRD. Si a ambas opciones se tiene que recurrir a través de una institución de resolución de conflictos, los costos no se van a diferenciar grandemente, más aún, si el miembro o miembros de la JRD van a tener que realizar visitas *in situ* o estar dispuestos de forma permanente hasta que acabe la ejecución de la obra, así como 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 se 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 Bullard,⁵⁴ quien sostiene que, mientras que el Estado continúe mostrando deficiencias en la manera de administrar los contratos administrativos y lleve una defensa poco prometedora, los contratistas buscarán la razón en un arbitraje que les permita 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 Huamán:⁵⁵

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 período 2003-2013» (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,

⁵⁴ BULLARD GONZÁLEZ, 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>.

⁵⁵ TALAVERA CANO, Andrés y JULIO OLÓRTEGUI HUAMÁN. «¿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*, 2015, n.º 44, p. 272.

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 n.º 1068 se le ha otorgado una serie de facultades, éstas no pueden ser ejercidas adecuadamente justamente por una falta de respaldo. (Subrayado 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.

2.3. Actuar de la JRD

Una vez formalizada y constituida la JRD por el centro de resolución de disputas respectivo, sólo 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 cuatro 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 tres días. De ese momento se contará con quince 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

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.

partes puedan pedir consultas al supervisor de obra o proyectista, si al final de cuentas, serían meras recomendaciones.

Asimismo, para la absolución de la consulta, tampoco cabría la participación de un jurista en la JRD, debido a que no estaría en condiciones de brindar una opinión con 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 atractiva. Una recomenda-

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, éstas 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».

ción 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.

El Estado se ha preocupado por consolidar su política para 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 había, 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 una 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 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 en torno a 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 comparar con el arbitraje y que sea 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 prescindirse debido a que se trata temas de índole técnico. Lo cual sería comprometedor, si es que la controversia deriva en un arbitraje, donde el aspecto jurídico cobra una gran trascendencia. Como indica Francisco González de Cossío,⁵⁸ si durante el desarrollo de

⁵⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Efecto legal de las determinaciones de los *dispute boards*: un comentario». González de Cossío Abogados, S.C. México D.F., p. 7. Visto el 10.05.16. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf>.

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 a reforzar el principio de libertad contractual reconocido 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 la de evaluar el costo-beneficio de costear una JRD con posibilidad de recaer en un arbitraje o la de recurrir a ese 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 POSTCONTRACTUAL

Ya emitida la decisión de la JRD y notificada a las partes, sólo es cuestión de 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:

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 vayan 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 en que el Perú es una realidad distinta a las demás en que las JRD han podido tener un éxito rotundo a nivel privado.⁵⁹ 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 con una controversia a mitad de camino.

De acuerdo con Juan Hurtado,⁶⁰ el funcionario público de alguna forma se verá obligado a 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.

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*, 2015, n.º 44, p. 210.

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*, 2015, n.º 44, p. 210.

CAPÍTULO III

LA JRD COMO VÍA PREARBITRAL

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 se encuentra decidido a 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 como 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 sus 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, 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 la cita que Juan Carlos Lozano,⁶¹ hace de 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 obra, 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, p. 18.

FACTOR	NEGOCIACIÓN DIRECTA	MEDIACIÓN	CONCILIACIÓN	JUNTA DE RESOLUCIÓN 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 puede 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 a que se recurre desde una primera instancia por inercia o porque no aportan muchos beneficios a las partes.

De acuerdo con Jaime Gray y Gustavo Paredes,⁶² el funcionario público tiene una limitada capacidad para negociar, debido a que las decisiones que tome, 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.

⁶² PAREDES, Gustavo y Jaime GRAY. «Mecanismos alternativos de resolución de disputas en construcción». *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: 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..69i57.1448j-0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8, p. 10.

El mismo razonamiento lo encontramos en Andrés Talavera Cano y Julio Olórtegui Huamán.⁶³

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 representa un mayor costo para el Estado y para el contratista.

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. Sólo se limita a escuchar, velar que se mantenga un buen canal de comunicación, controlar el proceso y consignar el acuerdo en acta.

⁶³ TALAVERA CANO, Andrés y JULIO OLÓRTEGUI HUAMÁN. «¿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*, 2015, n.º 44, p. 277.

En cuanto a la JRD y el arbitraje, ellos fueron incorporados en la LCE como voluntarios, quedando a criterio de las partes a escoger el más ventajoso. Entre ambos 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 de 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 su 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.

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, p. 59.

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 (el arbitraje).

El arbitraje nació para quedarse, sería la conclusión a lo mencionado por Aníbal Quiroga,⁶⁵ 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 OSCE),⁶⁶ lo cual vendría a ser una desnaturalización del arbitraje, según Gonzalo García-Calderón Moreyra y Alberto Molero Rentería,⁶⁷ 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.

⁶⁵ QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Conciliación y arbitraje en el Perú: presente y futuro», 2000, p. 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 GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo y ALBERTO MOLERO RENTERÍA. «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, p. 24.

Hay quienes piensan que el control arbitral debería estar en el cumplimiento de los requisitos para ser árbitro 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 n.º 035-2012-OSCE/PRE del 20.02.12, donde se declara infundada la recusación presentada por la 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 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 Larraín,⁶⁸ quien considera que «[...] lo trascendente, en torno a los DBs, es el poder tener a profesionales expertos en la materia 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 mismas 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 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

⁶⁸ LARRAÍN CHÁVEZ, 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, p. 8.

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. Esto último 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 Horna,⁶⁹ 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 esta última 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 cautelares si es que las partes no lo

⁶⁹ CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. «La constitución del tribunal arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje». *Arbitraje PUCP*, p. 11.

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 dictar 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 Arrarte.⁷⁰

En sí, el arbitraje sería más eficaz que la JRD desde el punto de vista de las medidas cautelares, especialmente en controversias centradas en 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 arbitral.⁷¹

4. COSTOS

Se dice mucho que el arbitraje es más oneroso que una JRD, lo cual podría ser cierto; pero, para ello resulta necesario revisar el sistema de cálculos de la Dirección de Arbitraje del OSCE⁷² y la Directiva n.º 021-

⁷⁰ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2008, n.º 7, pp. 124-125.

⁷¹ Artículo 47 del Decreto Legislativo n.º 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».

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

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 que asuma la defensa.

Ante lo mencionado, correspondería a las partes decidir si el 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 mensuales,⁷⁴ que son establecidos por el centro de administración de JRD que se elija,⁷⁵ en función a las labores que los panelistas deben realizar, como el de familiarizarse con el contrato y la obra, lectura de

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», p. 27.

⁷⁵ Artículo 209 del RLCE.

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), viajes,⁷⁶ 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 proporcionar la información que requiera la JRD sobre la obra.

No hay duda de que uno de los costos más relevantes, es el referido a los honorarios, los cuales deben compensar el tiempo de los panelistas para asistir a las reuniones (internas 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 board* permanente que funciona durante un proyecto de cuatro o cinco años de duración, sería sensiblemente inferior a los costos totales de un arbitraje, to-

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 28.

mando 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 sólo 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, sólo 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 lo más bajos posibles.

Por otro lado, mediante la Directiva n.º 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.º 10-2016-OSCE/CD (en caso de arbitrajes *ad-hoc* o administrados por el OSCE, cuyas pretensiones hayan sido cuantificadas).

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

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 de que todos los miembros de la JRD deben recibir en partes iguales sus honorarios, por lo que no sería factible concebir la idea de 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.

Cabe añadir, que con la Directiva n.º 020-2016-OSCE/CD se incluyó un modelo de contrato tripartito, por el cual los miembros de la JRD se obligan a ciertas prestaciones, a cambio del pago de honorarios y gastos (mas 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 libertad de las partes el 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 a los gastos, éstos serán reembolsables en la medida de 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. EL CANAL DE PANAMÁ Y LOS *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 colaboradora al momento de resolver ciertas diferencias, a menos que el proyecto en cuestión se ejecute con fondos provenientes del extranjero, por lo 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 adecúe 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 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 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 del GUPC, hubo un total de vein-

⁷⁸ «El canal de Panamá deberá pagar parte de los sobrecostos de la ampliación por “negligencia”». Madrid periódico *El Mundo*. <http://www.elmundo.es/economia/2015/01/06/54abdd20268e3e23688b4572.html>. Visto el 12.06.16.

te 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 nueve años de ejecución);⁸⁰ sin olvidar que, durante ese tiempo, el GUPC tuvo que paralizar las obras temporalmente por la falta de liquidez originada 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-EE.UU.) 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 de

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.*

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.

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, 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 a 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 disuasivo 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 Kundmüller:⁸²

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, p. 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

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, p. 60.

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, a efectos de determinar si la JRD puede resultar ser una buena opción desde el punto de vista del filtro pre arbitral.

6.1. Resolución n.º 24 del 05.04.10, relativa a la LP n.º 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 92.2610 n.º 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.º 020/2008, que aprobó la liquidación con un saldo en contra del Consorcio demandante; nulidad 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 RLCE,⁸⁴ 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 referida al cese de obra y delimitada 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 sólo 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.

6.2. Resolución n.º 04 del 10.02.10 relativa al Contrato n.º 052-2009/P.E.E. n.º 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

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

respectivas, el cual tuvo como resultado que el árbitro único declarara 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 la 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.

6.3. Expediente n.º 1463095-2008 del 01.06.10, relativo a la LP n.º 033-2006-OEI-GRL (arbitraje seguido por Consorcio Jáuregui contra el Gobierno Regional de Loreto y la Organización de Estados Iberoamericanos —OEI—)

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 cuan-

do se encuentren contemplados en la LCE); del mismo modo, con la imposición de una penalidad.

6.4. Resolución n.º 40 del 18.05.10 relativa al proceso de Adjudicación de Menor Cuantía n.º 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 obra y seguir retrasando su entrega.

Sobre la segunda pretensión, ella se declaró infundada, porque ya había un plazo aprobado y no cabía añadir un plazo adicional. Por su parte, si se dio el reconocimiento de los gastos generales por el periodo que transcurra hasta la recepción de la obra, ello fue porque constituyó 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 de 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, 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 se 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 cómo 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.º 40 del 18.05.10 relativa al proceso de Adjudicación de Menor Cuantía n.º 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 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 adquiere el carácter de definitivo e inimpugnable y debe ser cumplido de forma inmediata.⁸⁵ 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, mas 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 pe-

⁸⁵ Artículo 212 del RLCE.

nalidades⁸⁶ hasta llegar a la resolución del 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 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 en 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 el 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, sí resulta viable, pero al final no creo que sea muy eficiente, por el hecho de que las partes ya no sólo 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 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, en 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 de que la

⁸⁶ Artículo 133 del RLCE.

jurisdicción arbitral tiene sus limitaciones, conforme a lo expresado por Bernardo Cremades.⁸⁷

[...] 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 de 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 Judicial.⁸⁹

En conclusión, para muchos la inclusión de la JRD puede ser beneficiosa, pero, en realidad, sólo 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 *Thémis*. Lima, 1998, n.º 11, p. 13.

⁸⁸ BENETTI SALGAR, Julio. «El arbitraje en el derecho colombiano». Revista *Thémis*, 2001, pp. 181-182.

⁸⁹ Artículo 67 de la Ley de Arbitraje «Decreto Legislativo n.º 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 sólo 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 sólo 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 —pensamos— 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 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 onerosa 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, sólo 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, p. 9.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2008, n.º 7, pp. 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, p. 7.

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

CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo García y Alberto MOLERO RENTERÍA. «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, p. 24.

CAMPOS MEDINA, Alexander y Luis Martin HINOSTROZA SOBREVILLA. «El contrato de obra pública: lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir». Revista *PUCP*. Círculo de derecho Administrativo de la faculta de derecho de la PUCP. 2008, n.º 05, p. 298. Visto el 12.04.16. http://pbeabogados.facipub.com/facipub/upload/publicaciones/1/71/el_contrato_de_obra_publica.pdf.

CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y Gianfranco FERRUZO DÁVILA. «Breves apuntes sobre los *Dispute Board Resolution*». *Lumen*. Lima: Unifé, 2014, p. 106.

CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. «La constitución del tribunal arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje». *Arbitraje PUCP*, p. 11. CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. Society of Cosntruction 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, p. 3.

EL MUNDO. «El canal de Panamá deberá pagar parte de los sobrecostos de la ampliación por “negligencia”». Periódico *El Mundo*. Madrid. Visto el 12.06.16. <http://www.elmundo.es/economia/2015/01/06/54abd-d20268e3e23688b4572.html>.

ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina. Tesis «*Dispute Board* como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura». Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014, p. 12.

FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. «Los *Dispute Boards* o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción», p. 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 MONTÚFAR, Juan. «Los medios alternativos de solución de conflictos». 2008. Revisado el 30.10.15. blog.pucp.edu.pe/blog/dery-soc/2008/08/18/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos/.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Efecto legal de las determinaciones de los *dispute boards*: un comentario». México D.F.: González De Cossío Abogados, S.C. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf>. Visto el 10.05.16, p. 7.

GUSHIKEN DOY, Juan Diego y FREITAS CABANILLAS, Rodrigo Andrés. Tesis «*Dispute board*: mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción». Lima: PUCP, 2014, p. 108.

PAREDES, Gustavo y Jaime GRAY. «Mecanismos alternativos de resolución de disputas en construcción». *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: 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_enPE-631PE631&oq=Mecanismos+Alternativos+de+Resoluci%C3%B3n+de+Disputas+en+Construcci%C3%B3n&aqs=chrome..69i57.1448j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8, p. 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*. Lima, 2013, n.º 46, p. 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*, Lima, 2015, n.º 44, p. 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), p. 59.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Obras paralizadas. Infobras*. Lima: Contraloría General de la República, 2015, pp. 2 y 4.

LARRAÍN CHÁVEZ, Claudia. «Evadiendo el problema antes que aparezca: los *dispute boards*». Lima: Estudio Caballero Bustamante, 2013. Visto el 02.05.16. www.caballeroBustamante.com.pe/plantilla/2013/rj/setiembre/dispute_board.pdf, p. 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. Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2013, p. 18.

ORTEGA ORBEGOSO, Lissete Elizabeth. «*Dispute boards*: experiencia en sector público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas». Revista *Actualidad Jurídica*. Lima, 2016, tomo 267, p. 260.

QUIROGA LEÓN, 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, p. 775.

MACHO GÓMEZ, Carolina. «Los ADR “*Alternative Dispute Resolution*” en el comercio internacional». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, vol. 5, n.º 2, pp. 398-427.

MARTÍN TIRADO, Richard. «El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú». Revista *Arbitraje PUCP*, p. 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*. Bogotá, 2006, vol. 5, n.º 2, p. 12.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. «El equilibrio económico en los contratos administrativos». Revista *Derecho PUCP*, 2011, n.º 66, p. 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.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal. «El arbitraje obligatorio en las contrataciones del Estado». *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, p. 144.

SOLÍS TAFUR, Eduardo. «La nueva Ley de Contrataciones del Estado y la Junta de Resolución de Disputas (los *dispute boards*)». *Lumen*. Lima: Unifé, 2014, p. 114.

TALAVERA CANO, Andrés y Julio OLÓRTEGUI HUAMÁN. «¿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*, 2015, n.º 44, p. 277.

TRIVEÑO DAZA, Daniel. «Las juntas de resolución de disputas deberían intervenir en cualquier contrato de obra, independientemente del monto». *Revista Actualidad Jurídica*. Lima, 2016, tomo 268, p. 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*. México D.F.: Cámara Internacional de Comercio, 2006, n.º 50, p. 13.

2. Página web

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

3. Legislación

Ley n.º 3022, Ley de Contrataciones del Estado, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 11 de julio de 2014.

Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo n.º 350-2015-EF.

Directiva n.º 001-2016-OSCE/CD de fecha 09.01.16.

Directiva n.º 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 n.º 30114 de Presupuesto del Sector Público para el 2014 (02.12.13).

Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje.

4. Jurisprudencia

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

Resolución n.º 4 del 10.02.10 (laudo) relativa al Contrato n.º 052-2009/P.E.E., n.º 001-2009-MVCS (arbitraje seguido por Consorcio Pisco contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento).

Expediente n.º 1463095-2008 del 01.06.10 (laudo) relativo a la LP n.º 033-2006-OEI-GRL (arbitraje seguido por Consorcio Jáuregui contra el Gobierno Regional de Loreto y la Organización de Estados Iberoamericanos —OEI—).

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

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2018-2019
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
FEBRERO DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 4458011
LIMA 18, PERÚ

