Dispute Boards: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción

Volumen 33 Biblioteca de Arbitraje del
Estudio Mario Castillo Freyre

Arbitraje

Dispute Boards: mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción

Juan Diego Gushiken Doy
Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Universidad Católica San Pablo
AIDP
Asociación Iberoamericana de Derecho Privado

Estudio Mario Castillo Freyre

***Dispute Boards:* Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción**

© Juan Diego Gushiken Doy
jgushi@gmail.com

© Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas
rfreitas@bafur.com.pe

© 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/

Segunda edición electrónica: septiembre 2020

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 2015-16716

ISBN: 978-612-4293-20-7

«A mis padres, Juan Luis y Mónica, quienes me han brindado su paciencia y apoyo incondicional en mi trayecto estudiantil y de vida».
Juan Diego Gushiken

«A mis padres, Miriam y Roger, como homenaje a su amor, comprensión y amistad».
Rodrigo Freitas

Busca la causa del problema
y no al culpable.

Agradecimientos

Los autores agradecen a las personas e instituciones que han colaborado, de manera directa o indirecta, con la elaboración de esta investigación. De forma especial extienden su agradecimiento a:

1. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP
2. Chris Chilton
3. Christopher Miers
4. Edwin Giraldo Machado
5. Enrique Delgado Flores
6. Estudio Barrios Fuentes Abogados
7. Gustavo Paredes Carbajal
8. Estudio Hurtado Abogados
9. Jaime Gray Chicchón
10. John Wright
11. Luis Puglianini Guerra
12. Liaqat Hayat
13. Mario Castillo Freyre
14. Michael Wietzorek
15. Patrick Hurtado Tueros
16. Raúl Barrios Fernández-Concha
17. Roberto Hernández García
18. Roger Ribeiro
19. Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción
20. William Buyse

Tabla de abreviaturas

AmCham	Cámara de Comercio Americana del Perú
AAA	American Arbitration Association
APP	Asociación Público-Privada
BM	Banco Mundial
CCL	Cámara de Comercio de Lima
CDB	*Combined Dispute Board*
CEC	Condiciones Especiales del Contrato
CII	*Construction Industry Institute*
Centro de la PUCP	Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
DAB	*Dispute Adjudication Board*
DB	*Dispute Board* o *Dispute Boards*
DBAH	*Dispute Board Ad-Hoc*
DBI	*Dispute Board* Institucional
DDL	Datos de la Licitación
DRB	*Dispute Review Board*
DRBF	*Dispute Resolution Board Foundation*
FIDIC	*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*
FIFA	*Fédération Internationale de Football Association*
IBA	*International Bar Association*
ICC	*International Chamber of Commerce*
ICE	*Institution of Civil Engineers*
JD	Junta de Disputas
JDD	Junta Decisoria de Disputas
JICA	*Japan International Cooperation Agency*

JRD	Junta de Resolución de Disputas
MRC	Mesa de Resolución de Conflictos
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
PBI	Producto Bruto Interno
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
RAE	Real Academia Española
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros
WEF	*World Economic Forum*

Tabla de normas

Circular de la SBS	Circular n.° B2101-2001-SBS de la Superintendencia de Banca y Seguros
Constitución	Constitución Política del Perú de 1993
CC	Decreto Legislativo n.º 295, Código Civil peruano
CPC	Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil
DS de Concesiones	Decreto Supremo n.º 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega de concesiones al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos
HGCR	*Housing Grants, Construction and Regeneration Act*, 1996
DLA	Decreto Legislativo n.° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje
Ley de Presupuesto	Ley n.° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014
LCE	Decreto Legislativo n.° 1017, Ley de Contrataciones del Estado
NLCE	Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado

Ley de APP	Decreto Legislativo n.° 1012, Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada
Ley de la SBS	Ley n.° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguro
LPAG	Ley n.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Reglamento ICC	Reglamento Relativo a los *Dispute Boards* de la ICC
Reglamento de la PUCP	Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
RLCE	Decreto Supremo n.° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Índice

Página

Agradecimientos 11

Tabla de abreviaturas 13

Tabla de normas 15

Prólogo 25
Mario Castillo Freyre

Presentación
Roberto Hernández García 35

Introducción 39

Primer Capítulo:
¿Cómo se deben de resolver las disputas en la construcción? 49

1. Las disputas en el contrato de construcción 53
   1.1. Definición de los *Dispute Boards* 58
   1.2. ¿Por qué usar *Dispute Boards* como método de solución de controversias? 68
   1.3. Antecedentes históricos 72

2. Naturaleza jurídica de los *Dispute Boards* 82
2.1. *Dispute Boards:* ¿jurisdicción*?* 82
2.2. *Dispute Boards:* naturaleza contractual 94
2.3. *Dispute Boards:* procedimiento prearbitral 100
2.4. El menor costo en los *Dispute Boards: cost influence curve* 104
2.5. Clasificación de los costos en el *Dispute Board* 113

3. ¿Cómo se activa un *Dispute Board*? 119
3.1. El acuerdo trilateral: un contrato 121
3.1.1. Características del acuerdo trilateral 124
3.1.2. Tipo de contrato 131
3.1.3. Partes del acuerdo trilateral y sus obligaciones 133
3.1.4. La relación contratual y el adjudicador 137
3.1.5. Contenido del acuerdo trilateral 139
3.2. El acuerdo de *Dispute Board* en el contrato de construcción 144
3.2.1. Características del acuerdo de *Dispute Board* 145
3.2.1.1. Formalidad 145
3.2.1.2. Formas que puede adoptar el acuerdo de *Dispute Board* 146
3.2.2. Contenido del acuerdo de *Dispute Board* 146

4. Tipos de *Dispute Boards* 149
4.1. En torno a la decisión de los adjudicadores 149
4.1.1. *Dispute Adjudication Board* 149
4.1.2. *Dispute Review Board* 151
4.1.3. *Combined Dispute Board* 154
4.2. En torno al método de actuación de los adjudicadores 156
4.2.1. *Dispute Board* Institucional 156
4.2.2. *Dispute Board Ad-Hoc* 158

5. Diferencias con otros métodos alternativos de resolución de controversias en la construcción 159

5.1. Método prevención de conflictos 160
5.1.1. *Partnering* 162
5.1.1.1. Diferencias con el *Dispute Board* 167
5.2. Método resolución de conflictos 168
5.2.1. Mediación y conciliación 170
5.2.1.1. Diferencias con el *Dispute Board* 173
5.2.2. Arbitraje 174
5.2.2.1. Diferencias con el *Dispute Board* 179

Segundo Capítulo:
¿Cómo funciona un *Dispute Board*? 187

1. Actores en el *Dispute Board* 188
1.1. Propietario y constructor en el *Dispute Board* 188
1.1.1. Obligaciones principales del propietario 189
1.1.2. Obligaciones principales del constructor 192
1.1.3. Obligaciones del propietario y constructor frente al *Dispute Board* 193
1.2. Adjudicadores 196
1.2.1. Obligaciones de los adjudicadores en el *Dispute Board* 197
1.2.1.1. Confidencialidad 200
1.2.1.2. Deber de revelación 203
1.2.2. Cualidades básicas de los miembros del *Dispute Board* 205
1.2.2.1. Imparcialidad 206
1.2.2.2. Independencia 208
1.2.2.3. Proactividad 211
1.2.2.4. Conocimiento del tipo de contrato de construcción 211
1.2.2.5. Experiencia en resolver conflictos en construcción 212
1.2.2.6. Conocimiento del procedimiento de un *Dispute Board* 213

1.2.2.7. Disponibilidad de tiempo a la obra 214
1.2.2.8. ¿Un abogado como miembro del *Dispute Board*? 215
1.2.3. Número de adjudicadores en el *Dispute Board* 221
1.2.4. Elección del Presidente del *Dispute Board* 223
1.2.5. Constitución de un *Dispute Board* utilizando el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional 225
1.2.6. Constitución de un *Dispute Board* utilizando El Libro Rojo Fidic 229
1.2.7. Remuneración de los miembros del *Dispute Board* 231
1.2.7.1. Honorarios mensuales 233
1.2.7.2. Honorarios diarios 235
1.2.7.3. Gastos reembolsables al adjudicador 237
1.2.7.4. Calendario de pagos 237
1.2.7.5. Falta de pago 238
1.2.8. Terminación de las obligaciones de los adjudicadores en un *Dispute Board* 239

2. Los procecimientos 241
2.1. Prevención de controversias 242
2.1.1. Monitoreo de la obra 243
2.1.2. Las visitas *in situ* 245
2.1.2.1. Tipos de visitas 249
2.1.2.2. Preparación para las visitas 251
2.1.2.3. El informe de la visita *in situ* 253
2.1.3. Asistencia informal frente a un desacuerdo 255
2.1.3.1. Diálogo entre las partes 255
2.1.3.2. Emisión de consejo u opinión sobre las cuestiones pertinentes 258
2.2. Solución de controversias 262
2.2.1. Tipos de procedimiento 268
2.2.1.1. El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional 269

2.2.1.1.1. Sumisión formal de la disputa 269
2.2.1.1.2. Contestación de la solicitud formal 272
2.2.1.1.3. Audiencias 274
2.2.1.2. El Libro Rojo Fidic 281
2.2.1.2.1. Sometimiento de la disputa al *Dispute Board* 282
2.2.1.2.2. Contestación del sometimiento de la disputa 284
2.2.1.2.3. Audiencias 284
2.3. La determinación 286
2.3.1. Contenido de la determinación 288
2.3.2. La determinación: recomendación 291
2.3.2.1. Ejecución de una recomendación 294
2.3.3. La determinación: decisión 296
2.3.3.1. Ejecución y desacuerdo sobre la decisión 298
2.3.3.2. Incumplimiento de una decisión 303
2.3.4. Notificación de la determinación 308
2.3.4.1. Notificación de la determinación fuera del plazo 311
2.4. Arbitraje y litigios 313

Tercer Capítulo:
Los *Dispute Boards* en el Perú 319

1. Ámbito privado 324
1.1. Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú 332
1.1.1. Antecedentes 332
1.1.2. Principales características del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas 334

1.2. ¿Cómo velar por el desarrollo y funcionamiento del *Dispute Board* en el ámbito privado? 350
1.2.1. ¿Quién ejecuta la decisión emitida por el *Dispute Board?* 353
1.2.2. ¿Es necesario acudir a un arbitraje para cuestionar una decisión del *Dispute Board?* ¿Se debe evitar? 356
1.2.2.1. ¿Es necesario un plazo para acudir al arbitraje? 359
1.2.3. ¿Es posible suspender la decisión emitida por el *Dispute Board?* 364
1.2.3.1. Presentación y fianza bancaria 365
1.2.3.2. Medidas cautelares: innovar 372
1.2.4. ¿Incumplimiento de la determinación?: es necesario imponer sanciones 384
1.2.4.1. Resolución del contrato de construcción: ¿Incentivo de cumplimiento? 386
1.2.4.2. ¿Es posible imponer penalidades para el cumplimiento de una determinación emitida por el *Dispute Board*? 398

2. Ámbito público 406
2.1. La Ley de APP: El primer acercamiento a los *Dispute Boards* en la legislación nacional 414
2.1.1. Antecedentes y definición 414
2.1.2. Modificación de la Ley de APP para la aplicación del *Dispute Board* 423
2.1.2.1. Las modificaciones a la Ley de APP respecto de la Junta de Resolución de Disputas: comentarios y críticas 427

2.1.2.1.1. Cláusula escalonada de resolución de controversias 427
2.1.2.1.1.1. ¿Y el plazo de caducidad? 435
2.1.2.1.2. Junta de Resolución de Disputas: ¿*Ad-Hoc* o Institucional? 440
2.1.2.1.3. Número de adjudicadores de la Junta de Resolución de Disputas 441
2.1.2.1.4. La nacionalidad del adjudicador 443
2.1.2.1.5. Junta de Resolución de Disputas: decisiones vinculantes 445
2.2. La nueva Ley de Contrataciones con el Estado: lo bueno, lo malo y ¿lo feo? 447
2.2.1. Antecedentes 447
2.2.2. Modificación del sistema de resolución de controversias bajo la nueva Ley de Contrataciones con el Estado: comentarios y críticas 456
2.2.2.1. El sistema de resolución de controversias: alcances, duración, plazos del *Dispute Board* y su relación con el arbitraje 464
2.2.2.2. Errores y aciertos traídos desde la Ley de APP 472
2.3. Hacia dónde deben apuntar las modificaciones de los sistemas de resolución de controversias para la aplicación de los *Dispute Boards* 476

Conclusiones 485

Anexos 495

1. Anexo i: Diagrama de flujo sobre el procedimiento frente al surgimiento de un desacuerdo en un *Dispute Board* 497

2. Anexo ii: Diagrama de flujo sobre el procedimiento de asistencia del *Dispute Board* respecto a un desacuerdo (diálogo entre las partes) 498

3. Anexo iii: Diagrama de flujo sobre el procedimiento de asistencia informal del DB respecto a un desacuerdo (emisión de consejo u opinión por parte del DB) 499

4. Anexo iv: Diagrama de flujo sobre el procedimiento de resolución de disputas 500

5. Anexo v: Modelo de acuerdo de *Dispute Board* 501

6. Anexo vi: Modelo de acuerdo trilateral 503

Bibliografía 521

Prólogo

Los veintidós primeros volúmenes de la *Biblioteca de Arbitraje* sólo habían estado dedicados a materias de este orden; pero el n.° 23 llevó por título *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos*, cuyo coordinador fue el profesor mexicano Roberto Hernández García, primer libro sobre la materia publicado en América Latina.

En ese sentido, uno se podría haber preguntado por qué integrar una obra sobre *Dispute Boards* en la *Biblioteca de Arbitraje*.

¿Acaso se trataba de un cuerpo extraño en la Colección?

Tal vez la respuesta más adecuada sea aquélla que pasa por entender que los *Dispute Boards* no constituyen algo ajeno o, peor todavía, un enemigo del arbitraje, sino que ambos pueden convivir en perfecta armonía.

Digo esto, pues, si bien los dos son medios alternativos de solución de conflictos, no se trata de instrumentos excluyentes sino complementarios, en aras de la búsqueda de una adecuada ejecución de los contratos y, finalmente, de la obtención del bien común.

Hoy, además, los *Dispute Boards* ya están instalados de manera oficial en la reciente Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (todavía no vigente), publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el día 11 de julio de 2014, como un medio al que las partes pueden recurrir en la contratación de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el futuro reglamento de la ley, teniendo carácter vinculante las decisiones de las juntas de resolución de disputas.

En primer término, debemos precisar que los *Dispute Boards* no serán aplicables a toda la contratación estatal, pues sólo lo serán cuando las partes así lo acuerden en el contrato, además de reunir los requisitos que establezca el reglamento —como acabamos de señalar— en lo que respecta al valor referencial de las obras.

Es evidente que dada su naturaleza, los *Dispute Boards* no son pertinentes para los contratos a través de los cuales el Estado se provee de bienes y servicios, a los cuales tienen que aplicarse, para la solución de sus controversias, ya sea la conciliación o el arbitraje.

Similares consideraciones podemos hacer extensivas a la contratación privada, en la cual las partes siempre han tenido la posibilidad de pactar la presencia de juntas de resolución de disputas, mecanismo relativamente moderno que —con el paso de los años— ha ido adquiriendo presencia en el mundo y que en nuestro país ya ha tenido algunas experiencias notorias y exitosas, aunque cuantitativamente aún poco significativas.

Por lo demás, es evidente que el medio arbitral peruano, más allá de los recelos iniciales que pueda tener con respecto a los *Dispute Boards*, debería ir comprendiendo que resulta imposible negar las ventajas que los *Dispute Boards* tienen para la solución de controversias, que acompaña la ejecución misma de la obra y cuyas decisiones son expeditivas e inmediatas.

El arbitraje, dada su naturaleza y por consistir necesariamente en un proceso, con una serie de formalidades y etapas, no puede competir en celeridad con los *Dispute Boards*, así como tampoco podría evitar la frustración en la ejecución de una obra, cuando lo que se esté discutiendo sean materias en las cuales la solución inmediata del problema o del *impasse*, será indispensable para la continuación del propio cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es claro también que al no tener los *Dispute Boards* naturaleza confrontacional, ellos conducen a soluciones mucho más rápidas.

No obstante, los *Dispute Boards*, cuyo éxito deseamos y auguramos en el Perú, tendrán necesariamente que convivir con el arbitraje y no deberán ser vistos como un sustituto de este medio de solución de controversias.

Entendemos que ése es el sentido del artículo 45 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, en la medida de que el tratamiento de los *Dispute Boards* se da conjuntamente con la conciliación y el arbitraje.

En segundo lugar, comprendemos que los *Dispute Boards* ayudarán mucho a que las obras públicas en el Perú comiencen y terminen en tiempo oportuno y que esas pequeñas, medianas o grandes controversias sobre temas puntuales, se solucionen *in situ* y lo antes posible.

Pero, independientemente de que las decisiones de las juntas de resolución de disputas, tendrán carácter obligatorio, ello no representará obstáculo alguno para que cualquiera de los contratantes que se hubiese sentido disconforme con la resolución del problema por parte de la referida junta, pueda —dentro de los plazos de ley— acudir al arbitraje, para que allí se brinde definitiva solución jurídica a la controversia.

Con ello no estamos señalando que las decisiones de la junta de resolución de disputas no deban estar arregladas a Derecho o que deban ser de carácter meramente técnico. Decimos esto, en la medida de que la propia ley establece un marco de seguimiento y apego indispensable a la legislación en materia de contratación pública y a la Constitución Política del Perú, no sólo para el arbitraje y la conciliación, sino para cualquier otro medio de solución de controversias, incluidos los *Dispute Boards*.

Por otra parte, esta necesaria convivencia entre los *Dispute Boards* y el arbitraje está marcada por el carácter jurisdiccional que el artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política reconoce expresamente al arbitraje, junto con la justicia ordinaria y la justicia militar, al señalar que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

En el Perú, pues, no hay una cuarta jurisdicción constitucionalmente reconocida, con lo que se puede deducir fácilmente que los *Dispute Boards* o «juntas de resolución de disputas», sólo tienen en nuestro país el carácter de medio alternativo de resolución de conflictos de naturaleza *infra* constitucional.

No resulta necesario desarrollar la afirmación anterior, pues ella es evidente; pero sí deviene en importante subrayar que la resolución de disputas en los *Dispute Boards* no constituye lo que el marco constitucional peruano entiende como un proceso jurisdiccional, en sentido estricto, y con todos los alcances que con respecto al mismo ha ido delineando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En ese sentido, los *Dispute Boards* contienen procedimientos de resolución de disputas, que no alcanzarán la categoría de procesos y —mucho menos— tendrán carácter jurisdiccional.

Pero, a pesar de no constituir un proceso jurisdiccional, sino un procedimiento de orden legal y contractual, las juntas de resolución de disputas deberán observar de manera rigurosa todas las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia que el propio Tribunal Constitucional peruano ha dispuesto sobre el respeto al debido proceso, cuya violación constituye —a juicio del máximo intérprete de la Constitución de nuestro país— obstáculo formal insalvable en cualquier procedimiento.

Por otra parte, nos parece muy bien que la nueva Ley de Contrataciones del Estado haya establecido que las resoluciones de las juntas de resolución de disputas tendrán carácter vinculante.

Esto, obviamente, no significa que tales decisiones no sean recurribles frente a instancia alguna, pues, como hemos señalado, la parte que se sienta disconforme con ellas, podrá acudir al arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, el recurrir a un proceso arbitral no deberá representar obstáculo alguno para que la decisión de la junta se cumpla rigurosamente, de manera tal que en el proceso se analizará si, de acuerdo a Derecho, la decisión de la junta fue o no correcta.

Expresado esto, queda en evidencia que el *Dispute Board* cumple su función agilizando el desarrollo de la obra, pero la función del *Dispute Board* en la solución concreta de los problemas que ella presente, se debe circunscribir a aquello que por su propia naturaleza está destinado a resolver; vale decir, que no puede entenderse al *Dispute Board* como sustituto del arbitraje. Decimos esto, pues, más allá de no ser jurisdicción constitucional, aunque esté emitida la decisión que adopte la junta, aún no habrá habido un proceso de jerarquía jurisdiccional propiamente dicho, en donde se ventile controversia alguna.

Datos estadísticos demuestran que en aquellos países en los cuales ya existe experiencia en *Dispute Boards*, cuando la parte que no se considera satisfecha ha recurrido a arbitraje, es abrumadoramente mayoritario el número de casos en los cuales los tribunales arbitrales han confirmado lo decidido por las juntas de resolución de disputas.

Sin embargo, creemos peligrosa la afirmación que —entre líneas— algunas veces se deduce de estos datos, a través de la cual se concluye que por tal razón el arbitraje resultaría prácticamente inútil cuando previamente se hubiere desarrollado un *Dispute Board*.

La utilidad o inutilidad del arbitraje deberá ser decidida con absoluta libertad por las partes contratantes, ya que cada quien es libre de recurrir o no a la justicia arbitral, más aún si ella está respaldada por el convenio arbitral celebrado por las partes y por la Constitución Política, lo que conduce a que sea la vía contractual, legal y constitucionalmente idónea para poner fin a esa controversia.

No puede pensarse que el litigante que recurra al arbitraje deba ser calificado *a priori* como un litigante malicioso o alguien que quiera entorpecer «el recto camino de la justicia».

Digo esto, habida cuenta de que las juntas sólo solucionan disputas; y, si administran justicia, ella carece de relevancia jurisdiccional, dado que la Carta Política de 1993 no les reconoce tal categoría.

Así las cosas, y mientras la decisión de la junta de resolución de disputas tenga carácter vinculante, tal como lo establece la ley; y, en el entendido de que esas decisiones pueden ser ejecutadas forzosamente (lo que deberá ser reglamentado de manera cuidadosa), el arbitraje no deberá ser apreciado como un enemigo del *Dispute Board*, sino como necesario complemento del mismo.

Queda claro, entonces, que sería ilegal e inconstitucional la creación de cualquier barrera de orden patrimonial, para el acceso al arbitraje.

Pensamos que cualquier barrera de acceso al arbitraje resultaría no sólo inútil, sino también prejuiciosa e inconstitucional.

Inútil, porque la decisión de la junta de resolución de disputas sería de cumplimiento obligatorio, razón por la cual el futuro arbitraje, hasta antes del laudo, no afectaría dicha decisión (materia que también debería ser objeto de cuidadoso tratamiento en el reglamento de la ley).

Sería prejuiciosa, porque esa barrera de acceso a la justicia —como ya hemos señalado—, partiría de la idea previa de que quien recurre al arbitraje lo hace única y exclusivamente con propósitos tinterillescos.

Y es obvio que una norma como ésta sería inconstitucional, ya que en los hechos, constituiría no sólo un despropósito, pues hasta podría convertirse en una barrera infranqueable para el acceso a la tutela jurisdiccional.

Pero más allá de esto, resultaría necesario pensar que ninguna parte estará dispuesta a arriesgar montos dinerarios destinados a pagos de honorarios arbitrales, como a la administración del proceso y a los servicios de sus propios abogados, sin considerar que tiene una real posibilidad de revertir la decisión emitida por la junta de resolución de disputas.

Sólo un contratista que esté fuera de sus casillas podría actuar de esa manera.

Ahora bien, en lo que respecta a las entidades del Estado, resulta evidente que siempre debería estar abierta la posibilidad de recurrir a hacer valer sus pretensiones en un proceso arbitral. Caso contrario, estaríamos concluyendo —de manera apriorística— que los *Dispute Boards* son tribunales de justicia, a la vez que jurisdicción y última instancia. Y es claro que no lo son.

Naturalmente, toda esta mecánica procesal y de interrelación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje, deberá ser abordada con seriedad y responsabilidad, tanto por parte de los particulares como del propio Estado.

En lo personal, estimo que esta futura relación de convivencia deberá ser manejada con la mayor apertura, tanto por parte de los promotores del arbitraje, como por parte de los promotores de los *Dispute Boards*.

Soy optimista con respecto a esa convivencia.

Creo que cada uno de estos medios de solución de conflictos tiene su espacio natural y deben apreciarse y valorarse las ventajas y virtudes que cada uno tiene por sobre el otro, y que hacen que ambos deban ser vistos de manera necesariamente complementaria y no excluyente.

En esta ocasión, presentamos un nuevo volumen de la *Biblioteca de Arbitraje* titulado *Dispute Boards: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción*, el mismo que ha sido escrito por dos destacados exalumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, los señores Juan Diego Gushiken Doy y Rodrigo Freitas Cabanillas, quienes, precisamente, optaron el título de abogado con la elaboración y sustentación de la tesis que sirvió de base a este libro.

Me cupo la satisfacción de ser el asesor de tesis de los referidos exalumnos y durante más de año y medio, tuve la oportunidad de leer sus avances, así como de reunirme con ellos en diversas ocasiones, en las que intercambiamos ideas sobre este novedoso tema.

Debo confesar que mi acercamiento académico a los *Dispute Boards* provino, justamente, de esta asesoría de tesis.

El resultado fue muy satisfactorio, habiendo obtenido ambos alumnos el calificativo de sobresaliente y el jurado recomendó la publicación de la tesis.

Conversé con Rodrigo y Juan Diego desde que elaboraban su tesis, a efectos de proponerles la publicación de la misma dentro de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, lo que acordamos de inmediato.

Hoy estamos honrando la palabra empeñada y como Director de la *Biblioteca* me siento muy orgulloso de presentar en sociedad la que

constituye la obra pionera de los *Dispute Boards* en el Perú, pues éste es el primer libro no colectivo sobre la materia, que se ha escrito en nuestro país.

Soy testigo del gran esfuerzo desplegado por los autores en su elaboración; de la dedicación puesta en la empresa; del empeño en la obtención y consulta de la mejor y más actualizada bibliografía; y de la amplitud de criterio y de perspectiva con que desarrollaron la obra; además de la tolerancia a las críticas y su adecuado procesamiento en pro de un trabajo prolijo y excelente como el que presentamos.

Felicito a Rodrigo Freitas y Juan Diego Gushiken, dos jóvenes y brillantes profesionales, por tan valiosa obra.

Estoy convencido de que ella generará en los lectores —como lo hizo conmigo—, un nuevo panorama en lo que respecta a las maneras de solucionar las controversias en el Perú.

Lima, junio del 2015

Mario Castillo Freyre

---

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

Presentación

Las nuevas generaciones son la esperanza de un futuro mejor.

Éste es el caso de los autores del presente libro, Rodrigo y Juan Diego, quienes en forma generosa e inmerecida, me invitaron a comentarlo, y a quienes agradezco enormemente su deferencia.

Ellos, desatendiendo la tradicional forma de ver los conflictos en la construcción e infraestructura, han tornado su mirada a una figura que, contraria a la cultura adversarial que nos caracteriza en Latinoamérica, persigue y logra en forma clara el éxito de los proyectos de construcción e infraestructura: los *Dispute Boards*.

Conocí a los autores en el maravilloso país hermano del Perú, donde en varias ocasiones he tenido la gran fortuna de ser orador invitado para comentar la materia de esta obra, y desde la primera ocasión hasta la última, ellos estaban presentes en los eventos en cuestión, preguntando, cuestionando, investigando, y en pocas palabras, gestando con solidez la obra que hoy ve la luz.

Como parte de su propia juventud, se preocupaban por saber si su trabajo iba por el camino correcto o no, y lo cierto es que, independientemente de lo que piense el lector de su obra (aun estando yo cierto de que apreciaran su alto valor, tal en personal lo hago, sin duda), puedo afirmar en forma contundente que esta última no fue producto de la coincidencia, sino del esmero, estudio, trabajo y de muchas horas de pensar, repensar, replantear y definir en forma seria, profesional y detallada lo que son los *Dispute Boards*, sus ventajas, sus cuestionamientos y su valor. Es por eso que me atrevo a decir que la presente es una obra úni-

ca en Latinoamérica que cuenta con la calidad y solidez académica que se requiere para, realmente, romper paradigmas y buscar horizontes diferentes por lo que se refiere a nuevos medios de solución de controversias.

Vale decir que los autores fueron visionarios, inteligentes e inclusive afortunados, pues cuando empezaron su obra, la discusión de los *Dispute Boards* en Perú era general, vaga e imprecisa, y al concluir la misma, las discusiones y conclusiones habían llegado a tal nivel, que se logró una reforma legal que permitió la inclusión de *Dispute Boards* en la legislación nacional. Irónicamente ello llevó a los autores a una preocupación importante, pues pensaron que su trabajo podría no contemplar adecuadamente la nueva normativa peruana, pero en una conversación con ellos, llegamos a la conclusión conjunta de que la ley cambia, pero los principios fundamentales son los que permanecen. De ello que su obra tiene un doble valor: no se limita a una narrativa exegética de las normas positivas, sino una reflexión académica del ser y deber ser del *Dispute Board*, como figura con valor en sí mismo, independientemente de su reflejo en la ley formal.

Por lo que respecta a la materia de la obra, podemos decir que los *Dispute Boards* se han convertido en una alternativa muy interesante e importante en la solución de controversias en proyectos de infraestructura. Lo anterior o en virtud de que, al ser una figura enfocada en el sano desarrollo del proyecto, los *Dispute Boards* se caracterizan por su oportunidad, especialización; y, por supuesto (importante para muchos) la eficiencia económica que en otros medios, tales como el litigio o el arbitraje se han descuidado.

Cabe decir que Latinoamérica ya no es virgen en lo que a *Dispute Boards* se refiere: El Salvador, Honduras, Panamá, Perú, Chile y Brasil, son naciones, en los que el tema ya se habla, se discute, se opina en contra y en favor, y esto es lo que se requiere sin duda: que se le dé a esta figura la oportunidad de mostrar a los actores de la industria de la cons-

trucción e infraestructura, las ventajas de buscar que los proyectos públicos y privados tengan conclusiones satisfactorias y no litigios eternos.

El trabajo de difusión no ha sido fácil. Las costumbres son añejas y los vicios arraigados. Abogados, ingenieros, servidores públicos y demás involucrados, han ido recibiendo y entendiendo en forma paulatina (en algunos casos podría decirse excesivamente lenta) los beneficios de tener un medio que ayude a que las cosas salgan bien.

Estamos acostumbrados a pensar que las cosas no pueden mejorar, que las ideas nuevas no tienen cabida, y que debemos de seguir actuando igual. Sin embargo, no podemos estar más equivocados, ya que en toda Latinoamérica podemos observar el gran cúmulo de proyectos inconclusos, insatisfactorios e inclusive, objetos de robo y fraude por el desorden técnico, legal, administrativo y financiero. ¿Nuestros países no merecen un futuro mejor?

Los autores nos dan una luz eficiente y nos permiten entender que si hay alternativas viables y adecuadas, que ya están presentes; y, sobre todo, que tienen una razón de ser y no son una moda, sino el producto de muchos factores que persiguen mejorar el escenario continental. Ello permitirá, sin duda, mejores condiciones de vida para millones de habitantes que lo merecen.

Concluyo diciendo que me siento orgulloso de haber sido testigo de que dos jóvenes brillantes hayan logrado una meta loable como la que podemos observar en esta obra, y mucho más orgulloso de haber tenido la oportunidad de introducir esta obra. Les deseo a estos jóvenes profesionales lo más valioso del mundo: que mantengan energía, entusiasmo, seriedad y profesionalismo que se respira al leer la obra que orgullosamente han concluido.

Lima, agosto del 2014

Roberto Hernández García

Introducción

La construcción es uno de los procesos que ha acompañado al ser humano desde los inicios de su desarrollo. La historia se ha escrito, y sigue escribiéndose, mediante construcciones que se convierten en hitos y símbolos de culturas desarrolladas en el mundo; por ejemplo, la primera construcción elaborada por el hombre se remonta, aproximadamente, al año 2500 a. de C., donde se construyó el primer monumento neolítico, denominado Stonehenge, situado cerca de Amesbury en Wiltshire, Gran Bretaña.

Un hito similar se ve reflejado en el Perú, en la ciudad de Caral, considerada como la ciudad más antigua del continente americano, la cual se formó en un territorio de contrastada configuración geográfica, sustentada en una economía complementaria pesquera-agrícola y en una compleja esfera de interacción, que integró a poblaciones de costa, sierra y selva andina en el área norcentral del Perú.[1]

De acuerdo a lo descrito anteriormente, nos preguntamos qué tan cerca ha estado la construcción en la historia del Perú. Debemos considerar que los primeros pobladores además de ser buenos en la textilería, alfarería o agricultura, han sido excelentes ingenieros y constructores.

Cuando se habla de construcción en el Perú, se piensa en el legado dejado por el imperio incaico. A fin de llevar a cabo sus campañas militares y la expansión de su poderío, los incas desarrollaron un masivo programa de construcción. El programa consistía, básicamente, en obras de infraestructura, tales como la construcción de carreteras,

[1] Consultar en: http://www.caralperu.gob.pe.

puentes, bóvedas de almacenamiento y fortificaciones para facilitar los movimientos de las fuerzas armadas y abastacer a éstas de armas, provisiones y vestidos.[2]

Entre todas las obras incaicas, la más representativa es, sin duda, Machu Picchu, siendo gratificante pensar que nuestros antepasados hayan expresado una armonía en su arquitectura, mostrada por la perfección de su sillería, la cual refleja una planificación urbana envidiable para su época.[3]

Al respecto, para entender la gestión de la administración de esta obra por parte de los incas, es necesario resaltar algunos aspectos importantes que se dieron en su momento; por ejemplo: ¿cómo se consiguió la mano de obra para la construcción de Machu Picchu? Es correcto señalar que dicha obra conllevó a un programa de construcción extenso, necesitándose de una excelente planificación para conseguir el resultado que se deseaba. La mayor parte de la mano de obra utilizada para los trabajos de construcción se proveía de *La Mita*, un servicio de trabajo anual de uno o dos meses, al cual estaba obligado todo individuo. En lo referente a conocimientos especiales de arquitectura o construcción, los mismos eran puestos en práctica por profesionales como *Los Kamayoq,* quienes poseían un estatus hereditario y estaban exentos de *La Mita*, ya que debían trabajar exclusivamente y, durante todo el año, para los gobernantes incas.

En el campo de la construcción, se llega a la conclusión de que los incas fueron expertos en el conocimiento de la *praxis* en las diferentes especialidades de la ingeniería constructiva. Conviene citar el siguiente ejemplo de aplicación actual, expuesto por Puelles:

---

2 Protzen, Jean-Pierre. *Arquitectura y Construcción Incas en Ollantaytambo*. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 28.

3 Protzen, p. 21.

> Frecuente en los trabajos de albañilería: los obreros calificados dedicados a la construcción, tal vez poco instruidos en la teoría de la tecnología actual, están capacitados para nivelar y colocar hitos de un mismo nivel para el vaciado de pisos de concreto, fijando una serie de puntos, logrando este objetivo sin la utilización de equipos de ingeniería, solamente empleando una manguera transparente llena de agua, de tal forma que buscando la coincidencia de la altura de los espejos de agua en los extremos de la manguera, se consigue colocar las cotas al mismo nivel. Esta praxis corresponde a la aplicación del teorema hidráulico de Jacok Bernoulli, que también se aplica en los vasos comunicantes, por lo tanto, en el diseño de sifones. De lo expuesto anteriormente, se concluye que real y efectivamente los ingenieros incas conocían muchas evidencias empíricas constructivas, vigentes en la tecnología actual.[4]

Enfatizamos que los incas llegaron a dominar una planificación urbana construyendo de forma sostenible, es incuestionable señalar que gracias a la aplicación de la praxis de la tecnología ancestral, se volvieron especialistas en los rubros de urbanismo y planeamiento, la tecnología constructiva, la hidrología e hidráulica y el sistema vial andino. Sin embargo, cabe precisar que tuvieron una ligera ventaja, pues el método constructivo fue el «ensayo-error»; es decir, a mayor ensayo, menos error, de tal forma que este proceso se repetía tantas veces como fuese necesario, con cada pieza lítica hasta conseguir su perfección. Al colocarse en los muros de manera definitiva, se lograba un encaje perfecto e inamovible y, en su conjunto, se obtenía una estructura monolítica.[5]

En la actualidad, es casi imposible que una empresa constructora se rija bajo la metodología del «ensayo-error»; por el contrario, los propietarios son los interesados en que la obra se proyecte en el menor tiempo

---

[4] Puelles Escalante, Jesús. *Machupijchu: Arquitectura e Ingeniería Inka*. Lima: Editorial de la Biblioteca Nacional del Perú, 2010, p. 34.

[5] Gasparini, Graziano y Luise Margolies. *Arquitectura Inka*. Caracas: Centro de Investigaciones Históricas y Estéticas. Facultad de Arquitectura y Urbanismo. Universidad Central de Venezuela, 1977, p. 229.

y con el menor costo posible. Para llegar a ese resultado, es necesario que la empresa constructora, antes de comenzar la ejecución de la obra, realice una planificación del proyecto, mediante métodos de programación. Sin embargo, cuando se comienza la ejecución, la planificación de las actividades del proceso constructivo puede verse alterada o interrumpida por interferencias de las partes o de terceros, impactando en el plazo y generando mayores costos.[6]

Se debe tener en cuenta que los proyectos de construcción colisionan con muchos intereses. En primer lugar, subsisten los intereses del propietario de la obra y del constructor, seguidamente de los subcontratistas, los proveedores y, por último, del usuario final.

Por lo mismo, en la actualidad, se busca suscribir un contrato de construcción que refleje una correcta asignación de riesgos, lo cual combatiría y diversificaría las distintas responsabilidades asumidas por las partes. Lo importante es que el contrato debe responder a las siguientes preguntas: ¿cómo se debe de llevar a cabo la obra?, ¿qué especificaciones requiere?, ¿qué tipo de garantías se constituirán?, ¿cuál es su uso?, ¿cuál será la forma y plan de pago?, ¿cómo se llevarán a cabo las comunicaciones dentro de la relación contractual?[7] Sumada a todas estas interrogantes, la pregunta más importante es: ¿quién resolverá las controversias en la ejecución de la obra?

Al momento en que surge una disputa en el desarrollo de un contrato, la forma tradicional de solución de controversias es el arbitraje. Por lo general, este método denota una demora y un sobrecosto al momento de solucionar sus conflictos. Es por ello, que la industria de la construcción reconoció que esta situación no era deseable para las par-

---

6 Paredes Carbajal, Gustavo. «Lo que la interferencia se llevó». En *Obrasweb*. México, 2012. Consulta en: http://goo.gl/zaAv4F.

7 Hernández, Roberto. «Los frutos de redactar un contrato de obra». En *Obrasweb*. México, 2013. Consulta en: http://www.obrasweb.mx/construccion/2013/11/19/los-frutos-de-redactar-un-contrato-de-obra.

tes, además de otorgar pocos beneficios para el proyecto *per se.* En consecuencia, se pensó que era necesario un mecanismo eficaz que resuelva las controversias de manera oportuna y, sobre todo, que prevea las posibles disputas. Por esta razón, la industria de la construcción instauró un nuevo método alternativo de prevención y resolución de controversias denominado *Dispute Board*.

El *Dispute Board* es un panel de expertos técnicos y jurídicos, elegidos por las partes para que acompañen toda la ejecución de la obra, que se constituye al momento de suscribir el contrato de construcción entre el propietario y constructor. A los expertos técnicos se les denomina «adjudicadores», los cuales tienen obligaciones principales, como familiarizarse con el proyecto y el contrato de construcción. Asimismo, para mantenerse al corriente de los avances y acontecimientos de la obra, deben realizar visitas periódicas durante su ejecución, y revisar informes elaborados por las partes. Cabe precisar que las partes facultan a los adjudicadores a fin de que puedan resolver las controversias que surjan en la obra.

Cabe preguntar si es posible que los *Dispute Boards*, al constitur métodos de prevención y solución de conflictos, sean más eficientes para resolver las controversias surgidas en los contratos de construcción, que los métodos alternativos clásicos existentes en el Perú.

Consideramos que los adjudicadores se encuentran en mejor posición para resolver cualquier disputa en la obra, ya que ellos la conocen, saben cuáles han sido sus deficiencias o cuál es la responsabilidad de cada parte. Por lo mismo, a los adjudicadores no se les tiene que narrar los acontecimientos que llevaron al surgimiento de la controversia, como sí sucede en un arbitraje, donde las partes deben describir los hechos que causaron la disputa al tribunal arbitral. Sin embargo, el problema de describir los hechos que hicieron surgir la disputa, es que el proceso de resolución es muy sensible a la manipulación de cualquiera de las partes, generando estrategias legales que solamente buscan resaltar su posición como, por ejemplo, la presentación de papeleo innecesario, con el

fin de generar la confusión del tribunal arbitral y desdibujar la imagen que puede tener de la otra parte, lo que genera que el arbitraje no lo gane quien tenga la razón, sino quien haya contado mejor los hechos.

Lo anteriormente señalado no sucede en el *Dispute Board,* ya que los adjudicadores han monitoreado de manera paralela el surgimiento de la controversia, por lo que su «recomendación» o «decisión» será ecuánime y objetiva. Al momento de resolver la controversia, debido a sus conocimientos previos, su resolución es más directa y tarda menos tiempo, pudiendo emitir su «determinación» dentro del plazo pactado. Asimismo, cabe mencionar que la parte que esté en desacuerdo con la «determinación», puede llevar dicha controversia a un arbitraje o al Poder Judicial. Sin embargo, es muy difícil que la determinación dictada por los adjudicadores se reforme o modifique.

Otra ventaja significativa que se obtiene a través del uso del *Dispute Board,* es que las partes tienen a su disposición una asistencia informal o pueden solicitar que los adjudicadores emitan una opinión informal sobre un asunto determinado. Por ejemplo, las disputas que se presentan en los contratos de construcción se encuentran relacionadas con problemas técnicos, aunque no faltan los problemas derivados de la interpretación de los contratos y de la ley aplicable a los mismos; así, bastaría con la opinión informal del *Dispute Board* para saber cuál sería una interpretación correcta del contrato de construcción, por lo que se lograría evitar una posible reclamación. Es por ello que se señala que el *Dispute Board* funciona como un método de prevención de conflictos.

Cuando una controversia surge, el evento se convierte en una disputa donde las partes tienen diferentes opiniones. La perturbación causada por los conflictos en los proyectos es importante, pero algunas veces innecesaria, siendo que éstas afectan significativamente a todas las partes del contrato de construcción e, incluso, a los ocupantes futuros. Es por ello que es en esta etapa temprana, donde debe gestionarse una manera conveniente para resolver la controversia, a fin de evitar con-

flictos futuros. El objetivo del *Dispute Board* es crear una plataforma de coordinación, donde el trabajo en equipo sea eficiente. Ello incrementa la cooperación y los debates, asienta objetivos mutuos y evita situaciones de confrontación.[8]

De acuerdo a la *Dispute Resolution Board Foundation*, en los proyectos en los cuales se ha constituido un *Dispute Board*, el 98% de las controversias han sido resueltas por los adjudicadores, y el 2%, no han sido aceptadas por alguna de las partes y han sido remitidas a un arbitraje. Casi la totalidad de arbitrajes apoyaron las decisiones emitidas por el *Dispute Board*.[9]

Sin embargo, si bien las estadísticas respaldan al *Dispute Board* como un método de prevención y resolución de controversias eficaz, en la presente investigación se explicará detalladamente el motivo por el cual el *Dispute Board* es considerado un método de prevención y resolución de conflicto útil para los contratos de construcción.

El objetivo principal del *Dispute Board* es la obtención de decisiones que sean acordes con las necesidades del proyecto y no de las partes. El propósito de la figura es garantizar la adecuada y oportuna resolución de los conflictos que surjan entre las partes durante la ejecución del proyecto. Por lo mismo, el resolver un conflicto desde esta perspectiva, debe ser entendido bajo la óptica de una solución acorde con las necesidades del proyecto y en beneficio del proyecto en sí. En ese sentido, la solución es oportuna o adecuada desde el punto de vista del tiempo o momento en que se ofrece.[10]

---

8 Stipanowich, Thomas y W.L. Matthews. «At the Cutting Edge: Conflict Avoidance and Resolution in the US Construction Industry». En *Construction Management and Economics*. 1997, vol. 27, pp. 505-512.

9 Hewitt, Andy. «Chapter 10: A Note on Dispute Boards». En *Construction Claims & Responses: Effective Writing & Presentation*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2011, p. 180.

10 Rodríguez Fernández, Maximiliano. «Resolución de disputas en el Contrato Internacional de Construcción: La labor del *Engineer* y de los *Dispute Boards*».

Por otra parte, respecto al costo del *Dispute Board*, debemos señalar que el mismo es uno solo y se divide entre las partes del contrato de construcción. De acuerdo a los usos y costumbres de la industria de la construcción, los costos oscilan entre el 0.05% del costo del contrato final de construcción para proyectos de baja conflictividad y hasta un máximo de 0.25% para los proyectos con alta conflictividad. El costo que se paga es una remuneración diaria y mensual a los adjudicadores, adicionalmente a otros gastos, y dicho pago incluye el seguimiento y la resolución de todas las controversias que nazcan en la obra, siendo ello diferente al arbitraje, en el cual se realiza un pago por cada controversia que se genere en la obra.[11] Por lo mismo, Cheung[12] señala que el arbitraje y el litigio son los sistemas de resolución de disputas formales para la industria de la construcción; sin embargo, también señaló que estos métodos son de larga duración y costosos.

Realizando un enfoque retrospectivo a la realidad nacional, encontramos que, actualmente, no existe una cultura sobre la implementación del *Dispute Board* como mecanismo alternativo de prevención y solución de controversias dentro de los contratos de construcción, lo cual se ve reflejado en la inmensidad de arbitrajes ligados a las obras privadas y públicas que se ejecutan en el Perú, generándose un retraso innecesario en la entrega de las mismas.

Consideramos que el presente mecanismo es eficaz y práctico, por lo que no puede estar ajeno a la legislación nacional. En tal sentido, el interés de nuestra investigación se orienta a desarrollar y dar a conocer el ámbito integral de los *Dispute Boards*, explicando su naturaleza jurídica, tipos y los acuerdos que se deben suscribir para su constitución.

En *Revist@ e-Mercatoria*, 2006, vol. 5, n.º 2, p. 15. Consulta en: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2077/1861.

11 Consulta en: http://www.drb.org/FAQ.htm.

12 Cheung, Sai-On. «Critical factors affecting the use of alternative dispute resolution process in construction». En *Journal of Project Management*. 1998, vol.17, n.º 3, pp. 189-197.

Asimismo, se desea demostrar que existe un costo menor durante toda su ejecución en comparación con otros mecanismos alternativos de prevención o solución de controversias. En esencia, las interrogantes que intentaremos contestar son: ¿por qué se crearon los *Dispute Boards* como un método para prevenir y solucionar las controversias surgidas en un contrato de construcción? y ¿por qué es necesaria su aplicación en el Perú?

Por otra parte, procederemos a explicar cuáles son las obligaciones esenciales de los actores del *Dispute Board* dentro de un contrato de construcción. Sin embargo, se trata de un método particular, pues si bien los adjudicadores ayudan a velar por un desarrollo idóneo del proyecto, esto responde a que debe existir una cooperación real por parte del propietario y el constructor de la obra. Por ello, estas obligaciones deben ser analizadas conjuntamente bajo los parámetros de los reglamentos de *Dispute Board* más representativos en la industria de la construcción, como el Reglamento de la ICC y lo señalado en el Libro Rojo Fidic, sumado a las costumbres de construcción internacional, tal como lo propone la *lex mercatoria*.

Adicionalmente a ello, consideramos necesario recalcar que, independientemente a su naturaleza, los proyectos de construcción e infraestructura tienen un gran impacto económico y social. Por lo mismo, es importante analizar su implementación en el Perú, siendo un país donde existe una intención de cerrar la brecha de infraestructura por US$ 87,974 millones. Por ende, en vista de que nos encontramos con un mecanismo eficaz, el cual va a ayudar a que las obras terminen con su costo y en el tiempo establecido, es necesario forjar los caminos para una futura implementación de los *Dispute Boards* en los contratos de construcción dentro del ámbito público y privado del Perú.

Si bien procederemos a demostrar que no existen ataduras para la implementación del *Dispute Board* en el ámbito privado, es necesario precisar los mecanismos de nuestra legislación que pueden ayudar para

que su implementación sea eficaz. Bajo esa línea, cabe señalar que, en el Perú se ha creado el Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP en materia de *Dispute Boards*, el cual es un reglamento innovador dentro del contexto latinoamericano.

Por otro lado, en el ámbito público, el Estado peruano impulsó la modificación del Decreto Legislativo n.º 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo, y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, y la promulgación de la Ley n.° 30255, Ley de Contrataciones del Estado, con lo cual sería posible que las controversias surgidas en la ejecución de una obra se puedan derivar a un *Dispute Board*. Por tanto, analizaremos cuáles son los beneficios y críticas, de acuerdo a lo establecido en dichas normas, dado que su eficacia puede ser mermada por una errónea aplicación. Adicionalmente, presentaremos recomendaciones sobre las cuestiones que deberían abordar los textos legales que se destinen a regular los *Dispute Boards.*

Además, como anexos a la presente investigación, se adjuntan diagramas de flujo que representan gráficamente la utilización del *Dispute Board* y los procedimientos que desarrolla, los cuales servirán de ayuda para entender cuáles son los pasos a seguir por los actores del contrato de construcción.

Asimismo, se anexan los modelos tipo de acuerdo de *Dispute Board* y acuerdo trilateral, los cuales deben ser usados y desarrollados al momento de la implementación del contrato de construcción.

Capítulo 1

¿Cómo se deben resolver las disputas en la construcción?

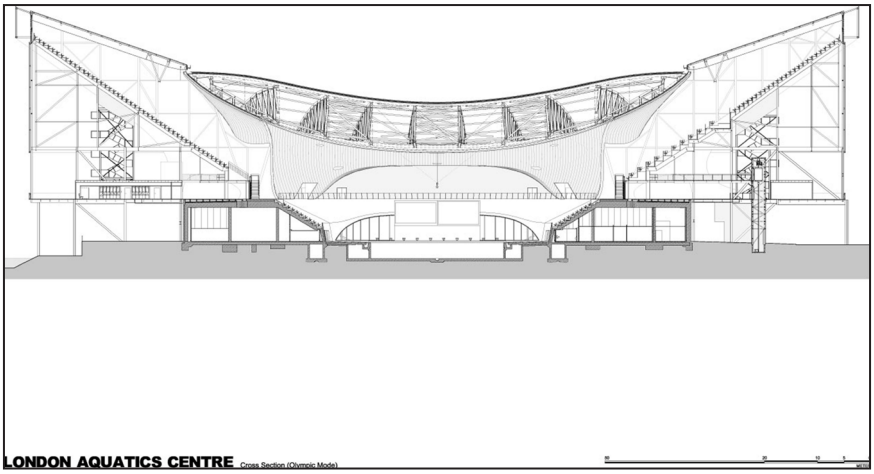
¿Todos nos equivocamos? En el año 2012, Londres fue el garante de armar la mejor fiesta del deporte, al ser anfitrión de los Juegos Olímpicos, lo que es muy parecido a organizar la fiesta más grande y más cara del mundo, teniendo sólo un mes para disfrutar los resultados; para ello, el Gobierno Británico debió planificar, financiar y construir todo lo relacionado a este gran evento, con un presupuesto que ascendió a £ 9,345 millones de libras esterlinas (cerca de US$ 14,500 millones de dólares americanos).

Dentro de las inversiones que se asumieron en cuanto a la infraestructura de los Juegos Olímpicos, se planificó la construcción del «*Aquatics Centre*», destinado a las competencias acuáticas; entre ellas, natación, waterpolo, nado sincronizado, saltos ornamentales y pentatlón moderno. Las medidas del «*Aquatics Centre*» son, aproximadamente, de 45 metros de altura, 160 metros de largo, 80 metros de ancho y con un techo de 1.040 m^2.

El Comité de los Juegos Olímpicos de Londres encargó su diseño a la reconocida arquitecta Zaha Hadid, ganadora del premio Pritzker[13] en el año 2004. Su concepto arquitectónico se inspiró en «las geometrías líquidas de agua en movimiento, creando espacios y un ambiente en que

[13] El Premio Pritzker de arquitectura es el reconocimiento más importante en su campo concedido anualmente y patrocinado por la fundación estadounidense Hyatt.

se reflejan los paisajes de ribera del Parque Olímpico. El techo ondulado barre de la tierra como una ola que encierra las piscinas del Centro con un gesto unificador de la fluidez, al tiempo que describe el volumen de la natación y las piscinas de inmersión».[14]



En abril del 2008, se adjudicó la buena pro del contrato de construcción a la empresa constructora Balfour Beatty, teniendo como fecha de inicio de ejecución de la obra el 17 de julio del mismo año.

En el 2011, más de dos años ejecutando la construcción del coliseo y exactamente a un año de inaugurarse los Juegos Olímpicos del 2012, mediante un Acta de Certificación de la Obra, ésta fue entregada al Comité encargado de su recepción. Sin embargo, el 28 de julio de 2012, una vez que el coliseo abrió sus puertas para la inauguración de las Olimpiadas, se presentó un error que nadie advirtió, pues la sinuosa forma de la cubierta del techo del coliseo llegó a tener la misma eleva-

[14] Traducción libre: «The architectural concept of the London Aquatic Centre is inspired by the fluid geometries of water in motion, creating spaces and a surrounding environment that reflect the riverside landscapes of the Olympic Park. An undulating roof sweeps up from the ground as a wave enclosing the pools of the Centre with a unifying gesture of fluidity, while also describing the volume of the swimming and diving pools». Consulta en: http://www.zaha-hadid.com/.

ción de la gradería superior del coliseo, generándose una obstrucción de las vistas, desde las últimas filas de la cima, hacia el trampolín principal de saltos ornamentales, donde se iban a realizar ocho eventos acuáticos. En ese momento, fueron dos mil cuatrocientos asientos del coliseo que contaban con el defecto de la vista restringida.

Este craso error, que se dio al momento de ejecutar la construcción, generó pérdidas económicas insubsanables, a tal punto que los oficiales de las Olimpiadas se vieron obligados a ofrecer reembolsos por aquellos asientos con vistas menos privilegiadas, debiéndose subsanar las fallas en la construcción.

La parte perjudicada, al pretender encontrar a los culpables para que asuman los costos generados por el «error», se encontró con un mayor obstáculo; ya que, buscar un error de diseño cuando una obra ya se encuentra construida, es lo menos eficiente que se puede hacer para solucionar este tipo de problemas, generando costos adicionales, sumándole la dificultad técnica.

Cuando se le preguntó a la arquitecta Zaha Hadid sobre el error que había presentado al momento de construir la obra, los representantes de la arquitecta señalaron que el problema nació por las exigencias del aumento de los asientos, lo que fue una orden expresa del Comité Organizador de los Juegos Olímpicos; por su parte, dicho Comité se defendió argumentando que se dejó al libre albedrío el diseño de la obra a la arquitecta Zaha Hadid. Por último, la empresa constructora, al verse implicada como culpable del error en el *Aquatics Centre*, se defendió señalando que ellos construyeron lo que se encontraba en los planos de la ingeniería de detalle, teniendo como su único rubro la construcción y no el diseño.

Entonces, nos preguntamos lo siguiente: ¿quién fue el culpable? Todavía no se conoce y no se conocerá quién cometió el error; pero los

costos que se perdieron nunca se recuperaron y el error no quedó sólo en el papel, sino en la intención de crear una obra perfecta.

Las construcciones no perdonan y nunca lo harán, debe quedar claro que no existe construcción perfecta y ello es consecuencia de que no existen contratos de construcción perfectos. Bajo esa misma línea, al no ser perfectos, inevitablemente se generarán disputas de construcción, las cuales suelen ser complejas y tienden a involucrar una gran cantidad de documentos, testimonios y demás medios probatorios.

La historia que comentamos al principio debe dejarnos una moraleja: mientras más temprano se resuelva un conflicto, el costo para las partes será menor, pues todo conflicto genera un costo adicional, habitualmente, no previsto. Los ingenieros no cotizan una cantidad del presupuesto para el manejo de un conflicto, ellos solamente presupuestan el costo de la ejecución de la obra. Entonces, ¿de dónde sale el presupuesto para afrontar el manejo del conflicto? La respuesta es obvia, dicho presupuesto sale del margen, es decir, de la ganancia. Y si no se quiere incurrir en costos que puedan repercutir directamente en la ganancia para resolver la disputa, el secreto es no tener disputas en la ejecución de la obra o reducir las mismas al mínimo.

En la construcción, el pleitear es endémico,[15] pues existen disputas que abarcan múltiples contratos y múltiples partes, tales como los subcontratistas o proveedores. Una discrepancia relativamente pequeña puede generar consecuencias graves, ello se debe a los múltiples intereses que tienen las partes que suscriben un contrato de construcción, lo que dificulta el principio de cooperación que debe reinar entre ellas.

Es claro que para el propietario, el deseo es obtener una obra a bajo costo, mientras que, para el constructor, su fin único es obtener la mayor utilidad posible con la obra que está dispuesto a ejecutar. En ese

[15] Yngvesson, Barbara. «Disputing Alternative: Settlement as Science and as Politics». En *Law & Social Inquiry*, 1998, vol. 13, issue 2, p. 113.

sentido, para lograr el éxito de un contrato de construcción, es necesario conciliar los intereses de las partes, la clave es transformar un contrato de intercambio de prestaciones por un contrato de cooperación; donde todos los jugadores estén dispuestos a asumir el riesgo como un equipo y no sacar ventajas de los vicios o debilidades que se encuentran en el momento de ejecutar una obra. Sin embargo, consideramos que llegar a ese ideal no es un trabajo fácil, ya que el primer rival son las disputas en el contrato de construcción, las cuales se deben afrontar de manera inteligente y eficiente.

1. Las disputas en el contrato de construcción

La construcción es una actividad con alto índice de conflictuabilidad. El conflicto es generador de ineficiencia por excelencia en la administración del manejo del contrato, pues no solamente se genera por una mala asignación de riesgos sino por una mala atención a las disputas.

Según Thompson, la adversidad y las disputas surgen principalmente en la industrias de la construcción «debido a la falta de comunicación, la desconfianza, mala interpretación de contratos, las incertidumbres de los roles y responsabilidades, y actitudes debido a un desequilibrio de las asignaciones de los riesgos».[16]

Bajo esa línea, la existencia de las disputas en las construcciones en el ámbito nacional e internacional se debe a la suma de algunas peculiaridades redefinidas en el marco conceptual de un contrato de construcción.

---

[16] Thompson, Roxene Marie. «Efforts to manage disputes in the construction industry: A Comparison of the *New Engineering Contract* and the *Dispute Review Board*». Tesis para optar el grado académico de Master of Science. Virginia: Virginia Polytechnic Institute and State University, 1998, p. 2. Consulta en: http://bit.ly/1lNivAk.

En primer lugar, la industria de la construcción actualmente se encuentra constituida por operaciones complejas que involucran a múltiples personas o empresas,[17] lo cual genera múltiples litigios que suelen tener gran importancia económica y graves consecuencias para la obra, reduciendo los beneficios que se obtienen por la construcción e implementación de la misma.

En segundo lugar, existen dos categorías de disputas: Disputas por Demoras (demoras en la entrega total o parcial de la obra y demoras en el pago)[18] y Disputas por Defectos (diferencias entre ingeniería básica e ingeniería de detalle).[19] Cabe precisar que si bien dichas disputas están

---

[17] Con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial, las grandes empresas de construcción utilizaban su propio trabajo para todo y sólo subcontrataban trabajos muy especializados, como, por ejemplo, la construcción de ascensores. En la actualidad no existen constructoras que abarquen todos los aspectos de la obra. A partir de 1950, la industria de la construcción devino especializada, en parte debido a la necesidad de servicios altamente especializados, y de ahí que las constructoras se convirtieran en contratistas especializados en la gestión de la obra en su totalidad. A medida que los subcontratistas son más importantes, más numerosos son los problemas entre ellos y el constructor general que los gestiona. Consulta en: Flood, John y Andrew Caigerf. «Lawyers and Arbitration: The Juridication of Construction Disputes». En *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993.

[18] Hoben, Merrick y Katharine Harvey. *Los métodos alternativos de resolución de conflictos en el sector de la construcción estadounidense: Prácticas y tendencias*. Consensus Building Institute, 2005, p. 4 y Flood, John y Andrew Caigerf. *Op. cit.*, p. 3.

[19] Julia Cano señala: «[…] La determinación debe ser en grado suficiente, aunque no se realice la contratación sobre la base de un objeto perfectamente determinado. En relación a ello, en la práctica es habitual que al momento del nacimiento de la relación contractual, exista meramente un anteproyecto y una ingeniería básica, siendo inclusive parte de lo encomendado al constructor el desarrollo del proyecto ejecutivo (proyecto definitivo) y la ingeniería de detalle. Por ende, a lo largo de la ejecución del contrato es casi seguro que se producirán variaciones, no sólo en las cantidades de obra a ejecutar, sino también en relación al tipo de tareas comprometidas en la obra, lo que generará, a su vez, variaciones en el precio de la obra y en el plazo de ejecución. […]». Cano Cremades, Julia. «Contrato de Construcción». En *Revista Argentina de Derecho de Empresario* IJ-lxviii-5. 2012. Consulta en: http://bit.ly/1llvwjj.

reconocidas en la doctrina anglosajona, el tipo de las disputas que pueden surgir en el marco de la construcción son parecidas, sin importar el país donde acontezcan.

Por último, existe una tensión generada entre el propietario y el constructor respecto a la aprobación de los nuevos diseños, las variaciones o modificaciones sobre lo preestablecido en los planos originales, las cuales se presentan como el «campo de batalla» de las disputas entre las partes del contrato de construcción.[20]

Al respecto, debemos señalar que es difícil encontrar que los proyectos de construcción se ejecuten acorde a lo planificado; es decir, dentro del plazo de ejecución contractual, la modificación del mismo es una práctica habitual. Por ejemplo, si el constructor tiene derecho a pagos adicionales por cambios durante el desarrollo de la obra, es usual que sea un motivo de conflictos que tensa la relación entre el constructor y el propietario; igualmente los plazos de ejecución de los proyectos son regularmente insuficientes y los retrasos ocasionan la aplicación de severas multas.[21]

La situación antes señalada puede ser demasiado peligrosa, y es que la tensión puede generar un posible caos cuando llega el momento de resolver el conflicto; y debido a que habían existido tensiones internas durante el período de ejecución del contrato. Por esta razón, lo que inicialmente era una pequeña controversia, muchas veces se convierte en un litigio de grandes dimensiones.[22]

---

[20] Von Hoffmann, Bernd. «International Construction Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. Londres, 1989, p. 230.

[21] Harbst, Ragnar y Volker Mahnken. *ICC Dispute Boards Rules: the Civil Law Perspective.* Papers from a joint meeting of the European Branch of the Chartered Institute of Arbitrators and the Swiss Arbitration Association, 2006, p. 310.

[22] Myers, James. «Developing Methods for Resolving Disputes in World-Wide Infrastructure Projects». En *Journal of International Arbitration*, 1996, n.º 13, p. 106.

En ese sentido, tal como lo señala Podetti,[23] las controversias surgidas en una ejecución del contrato de construcción requieren un tratamiento adecuado.

Pero, ¿a qué llamamos tratamiento adecuado? Se puede decir que el tratamiento adecuado para enfrentar las disputas de construcción, es llegar a tener, como al principio lo señalamos, un punto de cooperación entre todas las partes, orientadas en un objetivo común, es decir, todas las partes tienen que trabajar en equipo y alinear sus intereses. Ya que, si la obra se termina dentro del plazo, el Constructor va a maximizar la rentabilidad de su contrato y el Propietario va a tener la obra en el plazo que quiere.

Entonces, el problema es crear los incentivos para que las partes alineen sus intereses, ya que los mismos intereses originarios llevados al contrato de construcción estarán sujetos a una constante afectación en sus parámetros originales, lo que, inevitablemente, nos llevará a un conflicto, el cual es generador de ineficiencia en la administración del manejo del contrato, pues como lo hemos señalado, aparte de generar una debida asignación de riesgos se debe poner atención al campo de las posibles disputas.

En ese sentido, Owen señala:

> Es necesario que los riesgos se distribuyan entre las partes y que se creen relaciones comerciales y contractuales. Desafortunadamente en ocasiones estas relaciones son malentendidas, a veces por elementos dentro del control de las partes, pero generalmente por factores externos que no pueden controlar. Estos elementos deben ser claramente entendidos y gestionados, y necesitan

[23] «En efecto, siendo las divergencias un ingrediente necesario de todo Contrato de Construcción, y aun de todo contrato de ejecución diferida, sólo requieren de las partes un tratamiento adecuado en el acuerdo que ha originado el contrato». Consulta en: Podetti, Humberto. *Contrato de Construcción*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004, p. 244.

> un manejo cuidadoso para asegurar el buen funcionamiento y ejecución de proyectos complejos. Estas perturbaciones generan discusiones y pérdidas de armonía entre las partes lo que a su vez suele derivar en conflictos y disputas. [24]

Por lo que es ingenuo pensar que podemos erradicar los conflictos únicamente mediante la celebración de un contrato bien elaborado o «perfecto», mediante el cual se prevean todas las contingencias que puedan suceder en la ejecución de un contrato.

En ese sentido, es trascendental empezar señalando que el análisis de eficiencia de los contratos de construcción, no sólo pasa por asignar debidamente los riesgos a las partes que los suscriben sino que, además, este análisis pasa también por comprobar el establecimiento de adecuados mecanismos de solución de sus disputas que garanticen una efectiva estabilidad en las reglas de juego.

Si bien se debe tomar cada obra como única, las disputas son similares en muchos proyectos de construcción y, por lo general, son los mismos adjudicadores, como los árbitros nombrados, quienes resolverán las mismas controversias sustantivas, asociadas con diferentes orígenes.

Entre sus intereses comunes, consideramos que debe primar uno sobre todos, el hecho de evitar que las partes acudan al sistema de resolución de conflictos clásicos. Debido a que, cuando se ingresa en un período de resolución del conflicto, las obras se pueden paralizar, interrumpiéndose la continuidad de la ejecución del contrato.

La industria de la construcción es especialmente prolífica en las disputas. Por lo que, al tener un escenario altamente conflictivo y al tener en consideración que, a mayor tiempo en la solución de la disputa, ma-

---

[24] Owen, Gwyn P. y D. Romano Allione. *Tecniveria*. Revista de la Ingeniería Española, enero-febrero 2011, n.° 29, p. 50.

yor es el costo que asumen las partes involucradas, se tiene la necesidad de establecer soluciones rápidas para cualquier conflicto latente.

En ese sentido, resulta preferible realizar los gastos necesarios de prevención (costos bajos) en su tiempo real o cuando la posibilidad de producirse algún conflicto aún se encuentra en estado latente; a que, una vez producida la controversia, se generen paralizaciones innecesarias de la obra, produciéndose gastos excesivos para remediar dicha situación.

1.1. Definición de los Dispute Boards

Actualmente, la praxis en la construcción ha ido evolucionando de manera rápida en todos sus campos, siendo uno de los más importantes, la forma cómo las partes abordan las disputas surgidas en el desarrollo de la obra. Puesto que las mismas, más que buscar una reparación a los posibles daños y perjuicios que pueden sufrir mediante los métodos de solución de las disputas en la construcción, están interesadas en evitar o disminuir la aparición de dichos daños.

Si bien el arbitraje sigue siendo el foro de atracción para resolver conflictos, encontramos que dicha forma de resolución de controversias no termina de satisfacer plenamente las exigencias de tiempo y costo en el ámbito de la construcción. Ya que, lo que ahora se busca, es que sean las mismas partes que administran sus contratos, las que tengan un seguimiento técnico permanente de los acontecimientos que ocurren en la obra, siendo un estándar de cómo se manejan los conflictos a nivel internacional.

En ese sentido, para disminuir las disputas en la construcción, y por el ámbito multicultural que engloba la construcción, prima el empleo de mecanismos alternativos de solución de disputas, siendo dicha elección, el reflejo de la diversidad de corrientes de pensamiento, que influenció a los miembros de la industria de la construcción.

Los escenarios que han llevado al desarrollo de la denominada corriente de mecanismos alternativos de solución de controversias para los conflictos que se plantean en el sector de la construcción son tres: a) en primer lugar, las necesidades prácticas en este tipo de contrato de larga duración, b) en segundo lugar, el carácter cada vez más sofisticado del arbitraje y, finalmente, c) los inconvenientes que plantea el arbitraje en estos contratos, al ser éstos demasiado largos y costosos.[25]

En ese sentido, los contratos de construcción necesitan mecanismos contractuales que solucionen, con carácter inmediato, las disputas entre las partes, la modificación del contrato o la falta de especificaciones del proyecto.[26] Además, existe una necesidad de intervención de una tercera parte neutral y especializada que, vinculada directa y permanentemente a la ejecución de la obra, resuelva las disputas.[27]

En el marco de las necesidades del sector de la construcción, surgen los DB, como una respuesta a la búsqueda incesante de eficiencia en la resolución de disputas desde la propia industria de la construcción, frente a la excesiva duración, costos y falta de prevención de los procesos judiciales y arbitrales, con la intención de proporcionar un mecanismo rápido y eficaz de prevención y resolución de conflictos en tiempo real, sin necesidad de esperar a que las obras se terminen, estableciendo directamente, por parte de un panel de expertos, las soluciones mediante emisión de «recomendaciones» o «decisiones» dirigidas a las partes.

No sólo ello, sino que, en materia de construcción, siempre ha existido una complejidad técnica o la necesidad de una interpretación jurídica del contrato o de la ley, contingencias que no necesariamente están

---

25 Stein, Steven. *Construction Law*. Nueva York: LexisNexis, 2000, vol. iv, p. 28.

26 Mackie, Karl, David Miles, William Marsh y Tony Allen. *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*. Londres: Butterworths, 2000, 2nd edition, p. 183.

27 Jarvin, Sigvard. «Alternative Solutions to the Decision of the Engineer». En *International Council for Commercial Arbitration*. Londres-La Haya: Kluwer, 1990, p. 385.

previstas en el contrato. Es por ello que se crea un panel de expertos que pudiera facilitar las negociaciones de las partes en estos aspectos y que tuviera una potestad decisoria que actuara con rapidez y eficacia.

El panel de expertos se encuentra compuesto por terceros neutrales que denominaremos «adjudicadores», los cuales deben estar informados regularmente de la marcha de la obra y realizar visitas al lugar de ejecución para completar esta información.[28]

En adición a lo anterior, la función de los adjudicadores consiste en ofrecer una cobertura ininterrumpida para la solución de disputas a lo largo de la ejecución de las obras, intentando no paralizar el desarrollo de las mismas y mostrándose disponibles en todo momento.

Asimismo, el panel de expertos se conforma desde la suscripción del acuerdo trilateral, prolongándose su duración a lo largo del desarrollo del contrato de construcción, hasta el momento último de la entrega y cumplimiento del pago de la liquidación o si estuviera bajo formatos contractuales Fidic, hasta la expedición del certificado final de obra.

Dentro de los beneficios que tienen los DB para las partes, está la identificación temprana; la aparición de un conflicto por parte de los adjudicadores, emitiendo una solución mediante una «recomendación» o «decisión» durante la ejecución de la obra sobre la base de un procedimiento contractual, siendo una obligación de los miembros del panel el mantenerse al corriente en el avance del proyecto, en el surgimiento y desenvolvimiento de las situaciones potenciales conflictivas inherentes al mismo, con el fin de tener un conocimiento profundo y de primera mano de los hechos, para el caso en que surja una controversia entre las

[28] Reig, Isabel. «Régimen Jurídico del Contrato Internacional de Ingeniería». Tesis para optar el grado académico de Doctor. Valencia: Universidad de Valencia, 2003, p. 486.

partes.[29] Para ello, se utiliza informes periódicos elaborados por las partes y reuniones periódicas (generalmente trimestrales o cuatrimestrales) del DB con las partes, usualmente en el lugar de los trabajos de la obra.

En ese sentido, consideramos que los DB desincentivan los reclamos infundados debido a que los adjudicadores están plenamente informados respecto del desenvolvimiento de la obra, siendo que los adjudicadores conocen muy bien el contrato de construcción, sumado a que van a estar recibiendo toda la información por ambas partes y teniendo visitas *in situ* en el lugar de la obra, lo que va a generar un contacto real tanto con las partes y con la obra. A diferencia del arbitraje, a los adjudicadores no le cuentan el caso, ellos conocen el conflicto, conocen los temas desde antes de que se presente como una posible controversia.

Es en el marco de lo señalado anteriormente, los DB aparecen como una herramienta de *management*,[30] «obligando» a que las partes administren sus contratos y tengan un seguimiento técnico permanente de lo ocurrido en la obra.

A mayor profundidad, cabe afirmar que el DB ha sido diseñado para formar parte del sistema conflictual convencional para mejorar los estándares de eficiencia en la resolución de conflictos, agregándole las

---

[29] Estavillo Castro, Fernando. Seminario «Arbitraje y solución de controversias en materia de construcción». Organizado por la Cámara de Comercio Internacional de México y el Centro de Arbitraje de México, en ciudad de México, 2006.

[30] Daniel Echaiz señala: «De acuerdo al *Oxford English Dictionary*, la palabra *management* proviene del verbo *manage* que, a su vez, fue tomado de la voz italiana *maneggiare* ("manejar") y el mismo que proviene del latín *manus* ("mano") Lo anterior, en combinación con los términos francófonos *mesnagement* o *ménagement*, influenció en el desarrollo del vocablo inglés *management* durante los siglos xvii y xviii, el cual desde ya se diferencia de los contratos de mandato, gestión de negocios y locación de servicios, puesto que el contrato de *management* alude al poder de administrar una empresa, el que supone labores de liderazgo con atribuciones de control». Consultar en: Echaiz, Daniel. El *Management* como herramienta contractual para la organización de la empresa. En *Derecho y Cambio Social*. Revista n.° 15, año v, 2008.

funciones de asistencia constructiva y preventiva del conflicto, atribuciones que el arbitraje o los árbitros no tienen.

Al respecto, Hernández García señala que los DB son un atractivo juego de mesa en el que todas las partes tienen que sopesar los riesgos y buscar las soluciones que permitan el éxito del proyecto a través de las modificaciones a la situación existente o bien la clara delimitación de los riesgos mediante la participación simultánea de todos los jugadores. Nadie gana en lo personal, pero todos deben hacer que todos ganen en beneficio del proyecto, hecho que es difícil de lograr con partes que no estén comprometidas con el mismo o que, simplemente, su arrogancia o su estupidez no se los permita.[31]

Quizá la mejor forma de comprender este nuevo concepto, es realizando una comparación desde un punto de vista práctico a uno de los deportes más populares del mundo, el Fútbol.

Cuando un partido está programado para ser jugado, ya sea nacional o internacional, las reglas de la FIFA obligan a que un equipo de emergencia médica se ubique al costado de la cancha de fútbol en caso de lesiones, ya que el tiempo de respuesta y la forma de abordar la emergencia son vitales para prevenir futuros desastres. Por ejemplo, en caso se trate mal un desgarro muscular o una rotura del peroné, puede terminar la carrera profesional del futbolista o, en el peor de los casos, se debata entre la vida o la muerte.

En el supuesto concreto, tratando de realizar una analogía con el ejemplo mostrado, el proyecto de construcción puede contar, en principio, con especialistas en construcción con conocimientos disponibles en el caso de que exista un conflicto de la construcción; respecto al tratamiento de emergencia, en el caso del DB éste es prestado por expertos en

---

[31] Hernández, Roberto. «Contratos de obra, en coma diabético». En *Obrasweb*. México, 2010. Consulta en: http://obrasweb.mx/construccion/2010/06/01/contratos-de-obra-en-coma-diabeacutetico

construcción para reducir al mínimo las lesiones en el proyecto de construcción. Sin embargo, mejor aún sería contar con un equipo de expertos que no sólo manejen las controversias, sino que prevengan los conflictos.

Poniendo otro ejemplo, si un familiar suyo se lesiona o se enferma, lo debe llevar a un médico o un hospital para recibir el mejor tratamiento, siendo usted consciente de que ése es el mejor remedio; pues en el presente ejemplo, usted no iría a un juez o un árbitro para decidir cómo administrar a su lesión o enfermedad. El profesional idóneo es el médico, quien sabe cómo nace y cómo se soluciona el problema médico.

Del mismo modo, un especialista de la construcción sabe cómo se debe construir el proyecto y la mejor manera de corregir un problema o un conflicto. Si usted trae una disputa de construcción ante un juez o un árbitro que no está familiarizado con la construcción, las partes hacen una presentación para convencer al juez o al árbitro respecto a su propia posición frente a la controversia. Por lo que, la parte que cuente mejor los hechos y la controversia va a tener ventaja en el juicio o el arbitraje, no siendo necesariamente la parte que, fáctica o jurídicamente, tenga la razón.

Más adelante procederemos a demostrar que las disputas pueden ser muy costosas, no sólo debido a los altos costos directamente relacionados con los procesos de solución de controversias, como el Arbitraje o el Poder Judicial; sino también por los posibles retrasos o paralizaciones de la obra, mientras los conflictos se liquidan. Es por ello que, a través del uso de los DB, las soluciones a las que se arriba en dicho procedimiento puedan ser alcanzadas por las partes en disputa a través de la cooperación y el consentimiento.[32]

Acudir al Poder Judicial o al Arbitraje es uno de los caminos que tienen las partes para resolver las disputas durante la ejecución de la

[32] Owen, Gwyn y Brian Totterdil. *Dispute Boards: Procedures and Practice*. Londres: Thomas Telford Publishing, 2008, p. 1.

obra. Lastimosamente, consideramos que dichos métodos tradicionales son costosos y toman demasiado tiempo para tener una decisión final. Por lo anterior, se necesita de una buena gestión del proyecto, lo cual se traduce en un procedimiento rápido y eficaz que resuelva las disputas de manera paralela a la ejecución de la obra.

La utilización de los DB está pensada dependiendo del tipo de contrato de construcción con que se encuentren las partes. Normalmente, podemos encontrar una cláusula de DB en los siguientes Contratos de Construcción:

- Contrato de construcción tradicional;[33]

[33] Contrato de Construcción Tradicional.- El Contrato de Construcción tradicional, es el que encontramos definido en el artículo 1771 del Código Civil, el cual a la letra dice: «Por el Contrato de Obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución». Si bien el Código Civil no tiene una interpretación restringida, ya que este concepto abarca cualquier obligación de hacer determinada obra, es la única noción que tenemos para referirnos a un Contrato de Construcción tradicional. Este contrato, es aquél por el cual una de las partes (constructor o empresario) se obliga frente a la otra (comitente-propietario), mediante un precio determinado en dinero, a la ejecución de cualquier concepción de ingeniería o arquitectura accesoria a un inmueble (Mo, Fernando F. *El Contrato de Construcción Privado*. Argentina: Roque Depalma, 1959, p. 5). Humberto Podetti nos proporciona una versión actualizada de lo que conlleva un Contrato de Construcción, y señala que el constructor se compromete a construir y entregar a la otra parte, el comitente, a través de la organización de los medios necesarios, una obra inmueble o a suministrar su producto o a producir un resultado en una obra inmueble ya existente, asumiendo o no el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, y a la otra parte a pagarle a cambio un precio determinado o determinable, equivalente para ambas partes a la obra prometida. (Podetti, Humberto. *Op. cit.*, p. 52). Este contrato es aquél que implica la participación de al menos tres personas en la realización de un proyecto: cliente, ingeniero y contratista. El ingeniero se compromete a la elaboración de los planos y especificaciones técnicas de la obra, mientras que el contratista se encarga de ejecutar la obra conforme a los planos y especificaciones suministradas por el ingeniero, que muchas veces es contratado por el cliente para que supervise y controle la realización de los trabajos. La entrega de la obra es el objetivo perseguido por el comitente mientras que el constructor se ha obligado a construir la obra asu-

- Diseño & Construcción (*Desing & Build*);[34]
- Llave en Mano (*Turn Key Contract*);[35] y

---

miendo una obligación de resultado, construyendo lo que se encuentra en los planos que han sido entregados por el comitente. La culminación del contrato es la entrega de la obra terminada, o de lo que la obra produce, al comitente. (Wayar, Ernesto. *Evicción y vicios redhibitorios*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, tomo iii, p. 111 y De Almeida Paiva, Alfredo. «Aspecto do Contrato da Empreitada». En *Instituições de Direito Civil*, vol. iii. Río de Janeiro: Forense, 1984, p. 25). Un contrato de construcción tradicional, en el cual se ha incluido una cláusula de *Dispute Board*, es el proyecto de los Segmentos i, ii y iii de Carretera CA 5 Norte, ejecutado en Honduras bajo la modalidad del Libro Rojo Fidic. Cabe precisar que la Carretera CA-5 es la arteria vial más importante de Honduras, y ésta se pudo ejecutar y construir, gracias al programa de la Cuneta del Milenio en el año 2005, donde es el Estado de Honduras, quien toma la iniciativa de utilizar los DB.

[34] Diseño & Construcción (*Design & Build*).- Este tipo de Contrato de Construcción, involucra la presencia de un solo contrato y supone la coexistencia de las funciones de concepción y ejecución. Se trata de una fórmula relativamente sencilla en la que la parte contratista que diseña y construye suele estar compuesta normalmente por un consorcio de contratistas y de sociedades de ingeniería, cualificados para realizar las prestaciones necesarias para la proyección y construcción de la obra. (Reig, Isabel. *Op. cit.*, p. 189). El propietario ofrece un proyecto que puede incluir algunos diseños de concepto y especifica los requisitos de rendimiento y calidad. El contratista compromete a consultores para preparar o completar el concepto de diseño, desarrollar el diseño y preparar la documentación de la construcción. Los contratos de Diseño & Construcción son adecuados para proyectos donde el propietario no quiere controlar el diseño o determinar los detalles de diseño; siendo poco probable que el proyecto escrito va a cambiar después de ingresar el contrato. Este tipo contractual ha sido utilizado, tradicionalmente, en la realización de plantas químicas y en la industria petrolera.

[35] Contrato de Llave en Mano (*Turn Key Contract*).- El contratista se obliga frente al cliente a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, contruir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado, recayendo el énfasis en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente. Es decir, un contrato donde el diseño esencial emana de, o es suministrada por el contratista y no al propietario, por lo que se hará bajo la responsabilidad legal por el diseño, adecuación y ejecución de la obra después de la finalización (Duncan Wallace, Ian. «Contracts for Industrial Project». Paper presented at a Seminar on Building and Civil Engineering Claims held in Kuala Lumpur, 1984, p. 3). Este tipo de contrato es utilizado mayormente en la cons-

- Construcción, Operación y Transferencia (BOT).[36]

Asimismo, enfatizamos que los DB tienen diversas clasificaciones dependiendo de la naturaleza de la «decisión» para resolver las disputas emitidas por los adjudicadores, entre ellas, tenemos el *Dispute Review Board*, el *Dispute Adjudication Board* y el *Combined Dispute Board*, los cuales se describirán más adelante en este Capítulo.

Cabe precisar que los DB no solamente se distinguen por el dictamen que emita el panel de expertos, sino también se clasifican de acuerdo a la actuación que tienen los adjudicadores en la obra.

---

trucción de plantas industriales, debido a que requiere un proceso de fabricación que no siempre va a estar al alcance de todos.

[36] Construcción, Operación y Transferencia (BOT).- Este tipo de contrato es altamente novedoso, teniendo una estructura jurídica concebida por la industria de la construcción, sumamente utilizada en los contratos de concesión, teniendo el contratista un entramado de obligaciones con la finalidad no únicamente de construir, sino también de financiar y realizar beneficios. Estas prestaciones consisten en la financiación, la construcción (incluyendo, normalmente, un contrato llave en mano), la explotación hasta cubrir costes y beneficios, recuperando los gastos a través de los ingresos de los usuarios o los consumidores finales, debido a que mayormente es un contrato de concesión, se transfiere la propiedad de la obra al Estado, que será el propietario final (REIG, Isabel. *Op. cit.*, p. 196). Esto demuestra que actualmente los contratos de construcción van más allá del diseño y la construcción, pues también se están enfocando a la financiación y explotación de la obra, poniéndola en funcionamiento y mantenimiento. El contratista es responsable de la preparación o la terminación del concepto de diseño, el desarrollo del diseño, preparación de documentación de la construcción, construcción de activos y mantenimiento durante un período determinado no menor a cinco años. Es decir, la obligación principal del constructor es la conservación, mantenimiento o preservación de estándares de rendimiento o funcionamiento de una obra. (PODETTI, Humberto. *Op. cit.*, p. 55). Un claro ejemplo, de contrato BOT con cláusula de *Dispute Boards*, es el proyecto de Planta de Tratamiento de Agua en Qatar bajo la modalidad Fidic. La empresa Veolia Water ha firmado un contrato con Ashgal, la autoridad de obras públicas de la ciudad de Doha, capital de Qatar, para ejecutar la construcción, operación y mantenimiento de dos plantas de tratamiento de aguas residuales que reciclan y reutilizan las aguas residuales por completo para el riego y la agricultura.

Al respecto, tenemos al *Dispute Board* Institucional y al *Dispute Board Ad-Hoc* que, sin perjuicio de ser explicado detalladamente más adelante, en el primero, los adjudicadores van a acompañar toda la ejecución de la obra, desde la firma del contrato hasta la recepción de la misma, posiblemente reconociendo una controversia que puede ocurrir en el futuro y puede prestar asistencia en evitar o impedir que se produzcan conflictos[37] y el segundo concepto hace referencia a que los adjudicadores se instalan cuando nace un conflicto en la obra.

Si bien muchos consideran a los DB como un método de solución de conflictos en tiempo real, nosotros consideramos que la función principal es la de ayudar a las partes a evitar conflictos, si es posible, o, de lo contrario, encontrar una rápida, rentable y aceptable resolución de conflictos, y así poder evitar la necesidad de acudir a un arbitraje o a un litigio judicial.

Como se puede observar, existen dos campos de actuación para los DB: un campo de prevención de controversias y luego un campo de solución de las controversias, cuando el conflicto no se ha podido evitar.

Respecto al primer campo de actuación, Charret[38] señala que el papel del DB, cumple con un formato flexible e informal para reuniones y comunicaciones. En este modo de prevención los adjudicadores deben ser proactivos, siendo conscientes de los avances del proyecto y el potencial problema antes de que se convierta en conflicto. Puesto que, en las reuniones periódicas con el DB, las partes reseñan informes detallados sobre: situación del proyecto, retrasos reales y potenciales, variaciones, reclamaciones y/o problemas potenciales de preocupación,

---

[37] Merrill, Peter G. «Expanded Dispute Review Boards and Construction Settlement Panels May Revolutionize The Construction Industry Dispute Resolution Process», 2009. Consulta en: http://www.mediate.com/acrcommercial/docs/MerrillArticle-final(1).pdf.

[38] Charrett, Donald. «*Dispute Boards* and Construction Contracts». En *The Victorian Bar Continuing Professional Development Program*, 2009, p. 9.

siendo valioso que el DB promuevan la comunicación entre las partes y ayuden a evitar posiciones atrincheradas.

Ahora, respecto al otro campo de la función de los DB, en donde los miembros del DB van a actuar en modo de resolución de conflictos, el mismo se activa porque las partes contratantes tienen el derecho contractual de someter un conflicto en los DB, al existir una disputa que no se pudo evitar.

En este campo, los miembros del DB actúan de manera más formal, las audiencias en este campo son argumentativas y demostrativas donde los testigos pueden ser interrogados por el DB, al tener como función emitir una «recomendación» o «decisión».

Cabe señalar que, si una parte está en desacuerdo con una determinación de los DB, la misma es libre de llevar dicha disputa a un tribunal arbitral o judicial. Sin embargo, la parte vencedora en el DB tiene la ventaja de poder utilizar la determinación como futura prueba para un juicio o un arbitraje.

1.2. ¿Por qué usar **Dispute Boards** *como método de solución de controversias?*

El mundo de la construcción comprende no sólo los aspectos prácticos, técnicos y las complejidades de la construcción, sino que también comprenden las relaciones legales y/o contractuales entre las partes involucradas. En ese sentido, es necesario que los riesgos se distribuyan entre las partes y que se creen relaciones comerciales y contractuales. La resolución de los conflictos requiere emitir decisiones en relación con los derechos y distribución de riesgos de individuos concretos.

Si la divergencia genera distorsiones de la obra, es porque se está administrando de manera errónea el contrato de construcción. Además, es la duración de los procedimientos de solución de conflictos

después de la ejecución de la obra, la que trae consigo pérdidas directas como indirectas (como pérdida de productividad, destrucción de lazos comerciales, pérdida de imagen, consumo en demasía de sus mismos empleados quienes no pueden trabajar en otros proyectos).

En ese sentido, los mecanismos alternativos de resolución de disputas, actualmente son una respuesta eficiente respecto de una posible administración incorrecta del contrato de construcción y frente a la ineficiencia del Poder Judicial y del arbitraje.

En el caso de los DB, consideramos que los mismos son creados especialmente para evitar conflictos, mediante la identificación, investigación y discusión de los problemas en una etapa temprana, en lugar de resolverlos, lo cual ayuda a ver el trabajo de contrato entregado a tiempo y dentro del presupuesto, con el ánimo de no encarecer la solución de un conflicto.

Según Chern: «las estadísticas muestran que si hay un *Dispute Board* operativo en la existencia de un proyecto de cerca de 99% de todas las controversias planteadas se resolverá con éxito en menos de 90 días y con un costo de alrededor de 2% del importe de la diferencia».[39]

Asimismo, según la DRBF,[40] que tiene una base de datos de más de 1,200 proyectos desde el año 1975 que se han utilizado DRB, establece:

- El 60% de los proyectos con un DRB no tenía disputas (este dato da fe de la «prevención de conflictos» beneficio que acompaña cualquier proceso de DB permanente).

---

[39] Chern, Cyril. «The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction - Benefits without Burden». En *Revista del Club de Español del Arbitraje.* Madrid, 2010, n.º 9, p. 5.

[40] Hafer, Randy. «Achieving "Real Time" Resolution and Prevention of Disputes». En International Institute for Conflict Prevention & Resolution. Nueva York, 2010, p. 9.

- Del 98% de los conflictos que han sido remitidos a un DRB, ninguno acabó en un litigio posterior como el arbitraje o el Poder Judicial.
- El uso mundial de DRB está creciendo por encima del 15% por año, y hasta finales del 2006 se estimaba que más de 2,000 proyectos con un valor total de más de US$ 100 mil millones habían usado algún tipo de DB.

Ello denota una ventaja que otorgan los DB; ya que, en principio, la resolución de una controversia puede tomar años para que un conflicto llegue a un acuerdo final.[41]

En ese sentido, el DB está al tanto del progreso del proyecto y tratan de anticiparse a los posibles conflictos o encargándose de los conflictos que pueden existir conjuntamente con el desarrollo de la construcción de la obra.

La resolución de conflictos a través de un DB debe ser manejada de una forma más rápida y con costos menores, en comparación con otras formas de solución de controversias como el arbitraje o el Poder Judicial.[42] El DB ayuda a las partes en la prevención de un conflicto, al haber un ahorro definido no sólo en costos directos y ahorro de tiempo, sino también en las presiones mentales que se habrían producido si el tema se hubiera convertido en una disputa.[43]

Nosotros consideramos que los DB están destinados a crecer en demanda y popularidad.

---

[41] Merrill, Peter G. «Plain Talk about Large Construction Project Disputes». En *Newsletter de Wöss & Partners, S.C. Abogados*, 2007, p. 11.

[42] Merrill, Peter G. «How Construction Dispute Review Boards and Construction Settlement Panels Save You Time, Money, and Headaches». En *Organization Construction Dispute Resolution Services, LLC*. Newsletter, Construction update, 2006. Consulta en: http://bit.ly/1mfUfWr, p. 1.

[43] *Idem*, p. 4.

De acuerdo a Chapman,[44] son varias las razones por las que se piensa que cuenta con una base sólida para un futuro prometedor; en primer lugar, los DB tienen el reconocimiento del Banco Mundial, Japan Bank, ICE, DRBF, Fidic y de la ICC. Además, preexiste un éxito estadístico reconocido mediante por el DRBF,[45] al ser un mecanismo por excelencia para evitar y resolver los conflictos de una forma rápida y de alta calidad. Por último, es la creciente necesidad de la construcción tener la certeza y la coherencia en la toma de decisiones durante el período de construcción, teniendo en consideración el crecimiento de los DB como una primera toma de decisiones de instancias en los litigios de construcción.

Durante los últimos años, el margen de riesgo y de ganancia para los contratistas ha aumentado y disminuido, respectivamente, y las pérdidas cada vez son más severas. Y es que la duración de los procedimientos de solución de conflictos después de ejecución de la obra, como ya lo señalamos, trae consigo pérdidas directas e indirectas. Además, resulta casi imposible que, entre el constructor y el propietario, exista una negociación directa durante el curso del proyecto para determinar todas las variaciones y discrepancias del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, las partes a menudo se encontraban amarradas en interminables negociaciones durante todo el tiem-

---

[44] Chapman, Peter. «Dispute Boards for Major Infrastructure Projects», 2013, p. 5. Consulta en: http://bit.ly/1pIbF1P.

[45] La DBRF señala que, de 1,532 proyectos iniciados desde 1975 hasta el año 2006, con un valor de contrato total de 98 mil millones de dólares, en los cuales se escucharon 1,860 disputas, de las cuales 92.4% se han resuelto, y sólo el 2.8% se habría remitido a arbitraje o al Poder Judicial. Consulta en: Charrett, Donald. *Op. cit.*, p. 5. Asimismo, cabe precisar que actualmente los DB se encuentran funcionando en los Estados Unidos de América, Reino Unido, Irlanda, Francia, Suecia, Dinamarca, Lituania, Bulgaria, Rumania, República Checa, Islandia, Grecia, Chipre, Italia, Suiza, Turquía, Sudáfrica, Lesotho, Sudán, Uganda, Tanzania, Mozambique, Swazilandia, Etiopía, Egipto, Hong Kong, China, Vietnam, India, Pakistán, Bangladesh, Maldivas, Bahamas, Santa Lucía, Nueva Zelanda y Australia. Consulta en: Chapman. *Loc. cit.*

po que duraba el contrato, los cuales terminaban en un tribunal competente. Ello ha incitado a los propietarios y constructores anglosajones, acostumbrados a litigar, a buscar una manera eficiente y amigable de terminar una controversia a lo largo de un proyecto.

La solución encontrada ha sido la creación de los DB, integrados por expertos independientes que, sobre una base continua y regular, vigilen el progreso del proyecto y asistan a las partes en un arreglo pronto a su controversia.

1.3. Antecedentes históricos

Para entender el contexto actual de los DB como mecanismo de prevención y resolución de conflictos, consideramos importante conocer la fuente y poder observar cuál ha sido su desarrollo histórico en la industria de la construcción.

Conjuntamente con el desarrollo de la humanidad, fue desarrollándose la manera de impartir soluciones pacíficas a las controversias surgidas entre familiares o entre familias, mediante la decisión de terceros imparciales, los cuales, una vez conocidas las causas del conflicto, tenían la última palabra.[46] Desde un primer momento, la fuente que dio lugar al nacimiento del DB radica en la historia de un tercero neutro que tiende a administrar la justicia.

Desde los inicios del Derecho Romano se intentaba alcanzar la justicia, de manera privada y voluntaria. En el contexto de la periodificación del Derecho Romano, se tiene al Derecho arcaico, el cual se ocupaba del derecho consuetudinario; pero es entre los años 451 y 450 a.C., a partir de la obstinación de un tribuno de la plebe llamado Terentilo Arsa, quien con apoyo del Senado y teniendo como ejemplo la legislación del

[46] Vargas, Fernando. «Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil». Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, p. 16.

gobernante griego Solón, empezó a codificar lo que se denominó posteriormente la Ley de las xii Tablas, texto legal que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano. La primera, segunda y tercera tabla, hacen referencia al derecho procesal privado, siendo la primera vez donde surge un procedimiento en la intervención de un magistrado, cuya función era reprimir el ejercicio de la justicia privada basada en la venganza, a través de la imposición de pactos entre las partes. Es así que el establecimiento de una composición pecuniaria fija sustituye a la venganza, y determina como obligatorio un arbitraje que se pronuncia sobre la justicia o injusticia de los reclamos formulados.[47]

Lo descrito operó dentro de un contexto donde la comunidad de personas era pequeña. Sin embargo, con el paso del tiempo, la humanidad aumentó en su población y con ella los conflictos se acrecentaron. Si nos ubicamos en la era moderna, en Francia, alrededor del año 1560, a través del Edicto de Francisco ii, confirmado por la Ordenanza de Moulins, se establecía la obligación de recurrir al arbitraje forzoso en los conflictos entre mercaderes, demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración. En caso de presentarse cualquiera de los asuntos mencionados, estos conflictos debían ser solucionados sumariamente por tres o más personas, elegidas por las partes, o a falta de esta elección, por el juez.[48]

Por otro lado, en el derecho anglosajón, específicamente en Inglaterra, en el año 1675, se dio a conocer la primera mención oficial del arbitraje, la cual fue publicada por William Shepherd denominado «*A Grand Abridgment of the Common and Statute Law of England*»; esta publicación

---

[47] Castillo Freyre, Mario. «Los orígenes del Arbitraje». En *Arbitraje y Debido Proceso* (autores diversos). Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 2. Citando a: Feldstein de Cárdenas, Sara y Hebe Leonardi de Herbón. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 37.

[48] Un análisis detallado de este caso se puede encontrar en: Feldstein, Sara y Hebe Leonardi. *Op. cit.*, p. 40. Asimismo consultar en: Castillo Freyre, Mario. *Loc. cit.*

fue la base perfecta para que, en el año 1697, bajo en el reinado de Guillermo III, se publicara el «*Act for Determining Differences by Arbitration*», el cual se conoce como la primera ley del mundo que reguló el Arbitraje.[49]

Centrándonos en los conflictos de la construcción y teniendo en cuenta la naturaleza de la industria de la construcción, se ha buscado que los mecanismos de resolución de disputas respondan, efectivamente, a las necesidades de los contratos de construcción, los cuales tienen elementos que los diferencian sustancialmente de otros contratos propios del tracto comercial internacional.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, es donde la competencia por la obtención de los contratos de construcción se intensificó y éstos empezaron a ser mucho más complejos, los cuales, por lo general, fueron entorpecidos con problemas ambientales, requerimientos gubernamentales y la presión de grupos sociales,[50] muy aparte de los problemas técnicos.

En este contexto, se tenía como método de resolución de conflictos, la negociación amigable o la decisión del *engineer*, siendo métodos suficientes para resolver las disputas que se presentaban en las relaciones entre los propietarios y los constructores.

Este método alternativo de solución de conflictos, tiene sus orígenes en el Derecho anglosajón, estableciéndose un régimen «cuasi-arbitral» para decidir las controversias que surgieran entre las partes contratantes, lo cual consideramos que dio el impulso necesario para la creación de los DB. El *engineer* es el encargado de elaborar los diseños de las obras y hacer evaluaciones o estudios previos sobre la factibilidad técnica y

---

[49] Chern, Cyril. *Chern on Dispute Boards. Practice and Procedures*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2008, p. 31.

[50] Entwisle, David. «Dispute Boards in Context». Tesis para optar el grado de LL.M. en Construction Law and Arbitration. Londres: The Robert Gordon University, Department of Law. Aberdeen Business School, 2010. Consulta en: http://goo.gl/OAZ4zd, p. 64. Consultar en**:** Rodríguez. *Op.cit.*, p. 2.

financiera del proyecto, siendo luego nombrado administrador del mismo como supervisor técnico en el desarrollo de la ejecución de la obra.[51]

La responsabilidad del *engineer* frente al constructor durante el desarrollo de la obra se reconoce ampliamente en la jurisprudencia inglesa.[52] En caso de encontrarse fallas en el diseño del momento de ejecutarse las obras, este «cuasi-árbitro» tenía el poder de resolver las controversias mediante su decisión.

En 1987, Fidic publicó la cuarta edición de sus Condiciones de Contrato para Obras de Construcción de Ingeniería Civil. Y, en la cláusula 67, se estipulaba que las controversias entre las partes debían ser sometidas al *engineer*, facultado conforme al contrato para hacer recomendaciones vinculantes, a no ser que una u otra parte iniciase un procedimiento arbitral.

Al respecto, cabe señalar que dicha cláusula fue una fuente de controversias al implementar los contratos Fidic, ya que, de acuerdo a lo establecido en las memorias de la CCI, de cada diez laudos arbitrales sobre estas condiciones, al menos seis versan sobre la cláusula 67.[53]

Si bien el arbitraje junto con el *engineer* eran los mecanismos usuales para resolver los conflictos de la construcción, en la industria de la construcción hacía falta un método de resolución de conflictos que sea ágil y eficiente tanto en la prevención y resolución de conflictos. Asimismo, cabe señalar que respecto del *engineer*, existía el problema de la parcialidad, ya que éste, al ser un agente del propietario, funcionaba como juez y parte.

---

[51] *Ibidem*, p. 6.

[52] Consultar en: Pawley contra Turnbull (1861); Sharpe contra Sao Paulo Railway Co. (1873); Chambers contra Goldthorpe (1901); Bolam contra Frien Hospital Management (1957) y Whitehouse contra Jordan (1981).

[53] Reig, Isabel. *Op. cit.*, p. 534. Citando a Seppälä, Christopher. «Commentary on ICC awards dealing with the Fidic International Conditions of Contract». En *International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, p. 705.

Por lo que, desde la perspectiva de resolución de disputas, crecieron las sospechas sobre la verdadera independencia del *engineer* al momento de dirimir los conflictos con justicia, teniendo la sospecha que ocultaba en buena parte de los casos sus propios errores, generándose criticas básicas como la falta del deber de imparcialidad, la independencia de sus propias decisiones o la ausencia de conocimientos jurídicos para la resolución de disputas legales,[54] a tal punto de calificar este método de solución de controversias como inaceptable,[55] pues se dijo, que quien llegaba a tomar las decisiones era juez y parte al mismo tiempo.

Es por ello que Fidic, a partir de las modificaciones de los años 1992, 1996 y las nuevas ediciones del año 1999,[56] eliminó la función del *engineer*, para lo cual introduce los mecanismos de resolución de litigios atinentes al *Alternative Dispute Resolution*, concretamente, el *Dispute Adjudication Board*.

Si bien internacionalmente se reconocieron los DB mediante los contratos Fidic, cabe señalar que el antecedente más antiguo data del año 1960, en los Estados Unidos de América, cuando se reportó el pri-

---

[54] Jarvin, Sigvard. *Op. cit.,* p. 312.

[55] Goudsmit, J. «Arbitration in Construction Contracts». En *International Financial Law Review*, 1982, p. 28.

[56] En el año 1999, Fidic publicó una nueva versión y editó cuatro libros o modelos de contrato: «Condiciones de Contratación para la Construcción», «Condiciones de Contratación para Proyecto y Obra», «Condiciones de Contratación para Proyectos EPC/Llave en Mano» y un «Modelo simple de Contratación». Todos estos modelos siguen el mismo patrón, en el que el Comité de Adjudicación de Controversias asume una función cuasi-arbitral, estando facultado para emitir decisiones vinculantes y definitivas para las partes que pongan fin a la controversia. Su ventaja frente a la decisión de un solo ingeniero radica en que se trata de un órgano imparcial, nombrado por las partes, cuyos miembros se encuentran obligados a no tener ningún interés de índole económica o de cualquier otro tipo con el contratista o el dueño de la obra. Asimismo, el modelo establecido por Fidic configura este procedimiento de resolución de controversias como un mecanismo obligatorio al que las partes deben recurrir como requisito previo al arbitraje. Consulta en: Chern, Cyril. *Op. cit.,* p. 9.

mer *Dispute Board* documentado, el caso del *Boundary Dam*; y, por otro lado, el *Powerhouse Project* subterráneo en Washington en los años sesenta. En estos casos, se formaron paneles de expertos, a los cuales se les pidió emitir decisiones técnicas respecto a los conflictos sobre disputas en materia civil de obras de ingeniería, originados durante la construcción de presas, proyectos de gestión de saneamientos y contratos de construcción subterránea.[57]

Al tener éxito esta forma de solución y prevención de controversias, en los Estados Unidos de América, en el año 1972, se realizó un estudio elaborado por el *National Committee* on *Tunnelling Technology* para la mejora en las prácticas de contratación. El precitado estudio concluyó con una publicación titulada: «*Better Contracting for Underground Construction*», en el año 1974, y en la que se pusieron de relieve las consecuencias detestables de las reclamaciones, litigios y disputas.

Como resultado del estudio y la consiguiente publicación, se estableció el primer *Dispute Review Board* de manera formal en el año 1975 para el Túnel Eisenhower en Colorado, siendo los beneficios reconocidos por las partes, teniendo el primer referente en Estados Unidos de América.[58] A raíz de la percepción que se llegó a proyectar sobre los beneficios de los DB, el enfoque fue adoptado posteriormente por todo el territorio estadounidense.

Por otra parte, el primer *Dispute Review Board* utilizado en un proyecto internacional de gran envergadura se llevó a cabo en Honduras desde 1980 hasta el año 1986, denominado *El Cajón Hydroelectric Power Plant Project.*[59]

---

57 *Idem*, p. 8.

58 *Ibídem.* Asimismo, consulta en: *Dispute Resolution Board Foundation. DRBF Practices and Procedures Manual*. Consulta en: http://www.drb.org/manual/4.2_final_12-06.pdf.

59 Gray, Jaime. «The Upsides and Downsides of Dispute Boards in Latin America». En *IBA Conference 2011-Dubai UAE*. International Construction Projects Committee, 2011.

«El Cajón» fue la presa de arco de hormigón más alto de América Latina en la década de 1980, el cual fue financiado en parte por el Banco Mundial. Dicho proyecto contaba con la participación de un constructor italiano, un ingeniero suizo y el propietario era la Compañía Eléctrica de Honduras. Al ser un país en desarrollo, nunca antes se había embarcado en un proyecto tan grande y mucho menos en uno que se desarrollara con el empleo de contratistas internacionales.

Cabe señalar que la construcción de *El Cajón Hydroelectric Power Plant Project* utilizando un DRB fue exitosa, lo cual fue la base para el comienzo del uso de los DB en grandes proyectos internacionales.[60]

A inicios de la década de los noventa, el Banco Mundial publicó: «*Procurement of Works*»,[61] sustituyeron el carácter automáticamente vinculante de las decisiones del *engineer*, por un DB facultado para emitir recomendaciones que se convertirían en vinculantes para las partes sólo en el caso de que ninguna de ellas plantease una objeción dentro de un determinado período de tiempo.

Como lo señalamos, Fidic sustituyó también al *engineer* por un *Dispute Adjudication Board*. Sin embargo, frente a la posición adoptada por el Banco Mundial, en las Condiciones de Fidic de 1995 para proyectos llave en mano (el «Libro Naranja»), se estableció que el DAB tendría competencia para emitir resoluciones obligatorias y vinculantes para las partes, a no ser que un tribunal arbitral, constituido posteriormente, revocase dicha resolución.

Además, los DAB fueron posteriormente introducidos en el Suplemento 1996 de Fidic a sus Condiciones de Contrato para Obras de

---

60 Chern, Cyril. *Op. cit.,* p. 8.

61 The World Bank. *Standard Bidding Document Procurement of Works*. Washington D.C.: World Bank, 2007.

Construcción de Ingeniería Civil (el «Libro Rojo») y en las Condiciones de Fidic para Trabajos Eléctricos y Mecánicos (el «Libro Amarillo»).[62]

Un cambio importante por Fidic, se dio en el Libro Rojo publicado en el año 1999, el cual estableció en la subcláusula 20, un sistema escalonado de resolución de controversias. En este caso se estableció que el DAB sería el órgano decisorio, en lugar del *engineer*. Ello instauró un procedimiento prearbitral, de tal manera que un tribunal arbitral carecerá de jurisdicción para conocer las disputas que sometan las partes si éstas no han sometido previamente la controversia a consideración de un DAB.

Luego, en mayo del 2000, el Banco Mundial publicó una nueva edición del *Procurement of Works*, en la cual se aleja del DRB y se impuso el modelo DAB teniendo como referencia el estilo de la Fidic, adoptándose así una forma de solución y/o prevención de controversias por el cual la junta de examen de controversias da recomendaciones que son provisionales, vinculantes y que no se necesita el actuar del *engineer*.[63]

Junto con el proceso descrito, el ICE del Reino Unido publicó, en febrero del 2005, su primera edición del *ICE Dispute Resolution Board Procedure*.[64]

En el precitado reglamento elaborado por el ICE se proporcionan dos procedimientos distintos. El primer procedimiento está circunscrito para los proyectos internacionales y los contratos locales que no estaban sujetos a las disposiciones de la ley de HGCR.[65] El segundo grupo, está dirigido para los contratos locales que sí están sujetos a dicho *Act*.

---

62 Paredes Carbajal, Gustavo. «Presupuestos de Arbitrabilidad en los Arbitrajes en Construcción: los *Dispute Boards*». En *Revista Arbitraje PUCP*. Lima, 2011, año ii, n.° 9, p. 34.

63 Banco Mundial: Sección xiii de los Documentos sobre la Licitación Estándar para la Consecución de Obras. Consulta en: http://bit.ly/TEJSVt.

64 *Institution of Civil Engineers. ICE Dispute Resolution Board Procedure*. London: Thomas Telford, 2005.

65 *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996.*

Para ello, el ICE informó a los usuarios que los procedimientos y reglas pueden requerir modificaciones de acuerdo a los requisitos reglamentarios de la jurisdicción aplicable, referido al primer grupo. Cabe precisar que, como toda institución, el ICE mantiene una lista de adjudicadores calificados, con experiencia y siendo capaces de actuar en DRB en el Reino Unido y/o en el extranjero a la elección de las partes.

Paralelamente en el año 2005, el Banco Mundial y la Fidic se embarcaron en un proceso de armonizar y llevar en la alineación de sus disposiciones DRB/DAB diferentes. Otros bancos de desarrollo (por ejemplo, Banco Europeo de Desarrollo y Reconstrucción, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Africano de Desarrollo) participaron en esta armonización. Y en el mismo año, se adoptó un conjunto de condiciones de los contratos, publicada por la Fidic, por todos los bancos de desarrollo más importantes que utilizan los DRB.[66]

La edición armonizada se basa, en gran medida, en el Libro Rojo de 1999 y la Junta de Resolución de Controversias es rebautizada con el nombre de *Dispute Board*.

Cabe precisar que el DB, en el marco del sistema armonizado, es para todos los efectos, idéntico al marco establecido en la Junta de Resolución de Disputas del Libro Rojo del año 1999. Además, se desglosan las directrices actuales del Banco Mundial, señalando que los proyectos mayores a cincuenta millones de dólares deben tener un comité de tres miembros.[67]

En septiembre del 2008, Fidic publicó su Libro de Oro de «Diseño Construcción y Operación de Proyectos», que establece un DAB.

---

[66] Chapman, Peter. *Op. cit.*, p. 4.

[67] May, Peter H. *Dispute Boards - A Great Idea or a Shocking Waste of Money*?, p. 3. Consulta en: http://goo.gl/AaPFOF.

Por ende, debemos dejar establecido que el DB nació para sustituir la tradicional forma de manejar los conflictos en obra; es decir, reemplazó la decisión del *engineer* en obra. Se puede afirmar que la relación *Engineer*-Arbitraje fue sustituida por la relación DB-Arbitraje.[68]

Por otro lado, debemos hacer mención a que la Cámara Internacional de Comercio de París, publicó en el mes de septiembre del 2004, un reglamento relativo a los DB. Debemos recalcar que dicho reglamento busca que sea de fácil aplicación y se pueda adaptar plenamente el DB a contratos, no sólo de duración larga, sino también mediana, no siendo su aplicación exclusiva territorialmente sino a toda industria de la construcción en cualquier lugar del mundo.

Debemos recalcar que el Reglamento ICC no hace referencia a que la ICC administre o gestione los procedimientos del DB que se desprenden del citado Reglamento; sino todo lo contrario, las partes son libres de pactar su uso, dejando en claro que la ICC solamente puede ser competente para un control *expost* de la «determinación» emitida por los adjudicadores, conforme lo establece el artículo 21 del Reglamento ICC. Sin embargo, dicha facultad es otorgada únicamente si las partes así expresamente lo han convenido.

De lo revisado en el Reglamento ICC, debemos señalar que se ofrece un esquema exhaustivo del procedimiento, e incorpora tres modelos de cláusulas contractuales relativas a los DB, permitiendo a las partes la elección entre tres tipos de DB diferentes. El reglamento consta de 34 artículos, que definen los principales rasgos de los DB, incluyendo: (i) constitución del DB; (ii) modalidades; (iii) obligaciones de los miembros del DB; (iv) obligación de cooperación de las partes; (v) funcionamiento del DB; (vi) procedimiento para la asistencia informal y para la

---

[68] Guzmán-Barrón, César. «Introducción». En *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencia y Retos*. *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2014, vol. 23, p. 21.

publicación de determinaciones; (vii) efecto de las determinaciones del DB; y (viii) remuneración de los miembros del DB.

Por lo mismo, la ICC se ha unido con las distintas entidades, internacionales públicas o privadas para considerar al DB como un instrumento idóneo para contrarrestar las disputas en la construcción. Además, un buen contrato que establece un *Dispute Board*, por regla general, prevé la prohibición de la suspensión de la obra o de los pagos durante la resolución de la controversia.

Finalmente, podemos observar que el desarrollo del campo de la resolución de controversias dentro de los contratos de construcción ha ido de la mano con el desarrollo en la aplicación del DB, dejando fuera su discusión respecto a su aplicación y más aún obligando a las partes a su uso dentro de los contratos de construcción. Es en este contexto, que destacamos la importancia de un método de resolución de conflictos, diáfano, con normas claras y detalladas, que se encuentre adaptado a las particularidades de este tipo de contrato, permitiendo la solución del conflicto en el sitio de la obra, en el lugar de ejecución del proyecto, siendo una herramienta de *management* en los contratos de construcción.

La experiencia peruana ha sido confusa e inclusive nula, por un claro desconocimiento de este tema. En ese sentido, lo que buscamos con la presente investigación, es poder reafirmar el uso del DB como un mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción que se rigen dentro de nuestra legislación.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS *DISPUTE BOARDS*

2.1. Dispute Boards: ¿jurisdicción?

Debemos acentuar que en el Perú ha sido latente la discusión sobre la naturaleza jurídica de los mecanismos alternativos de solución de con-

troversias. Ponemos de ejemplo al arbitraje, donde existió un debate llevado por muchos años, respecto de su naturaleza jurídica, teniendo como frente para debatir la Tesis Contractual,[69] Tesis Jurisdiccional[70] y la Tesis Intermedia o Sincrética.[71]

El debate tuvo un final no feliz para muchos. Ya que el 28 de febrero de 2006, mediante la sentencia emitida en el expediente n.º 6167-

---

[69] Al respecto, mediante dicha teoría se reconoce que el árbitro no es un funcionario público sino un individuo privado a quien las partes eligen y la decisión final es acatada por las partes debido a que son las mismas quienes han decidido acatar dicho fallo voluntariamente.
En ese sentido, se afirma que: «Si el árbitro puede imponer su parecer a las partes es porque las partes han aceptado, primeramente, esa decisión, así el laudo arbitral es el resultado de la voluntad de los contendientes, no de su sujeción, porque si bien el resultado no es para ellos libre, y tiene, por lo tanto, fuerza para obligar, es porque ellos quisieron que se obligara». Consulta en: Guasp, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956, p. 22.

[70] Esta concepción del arbitraje postula que es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Ello, dado que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del Derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana, normalmente, ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. Por consiguiente, si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal. Consultar en: Gonzales de Cossío, Francisco. «Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje». En *Homenaje a Don Raúl Medina Mora*. Consulta en: http://bit.ly/1lkPWh1, p. 14.

[71] Esta teoría tiene como fundamento rechazar las posiciones extremas en torno a la naturaleza del arbitraje, es decir, descarta las teorías contractualista y jurisdiccionalista, tomadas individualmente. En este sentido, la postura intermedia se nutre de ambas teorías, tomando lo que considera correcto de cada una de ellas. Consultar en: Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Arbitraje: naturaleza y definición*, p. 10. Consulta en: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/arbitraje_naturaleza_y_definicion.pdf.

2005-PHC/TC,[72] el Tribunal Constitucional señaló que el arbitraje tiene una naturaleza jurisdiccional, puesto que la Constitución le consagra una naturaleza excepcional de jurisdicción, razón por la cual se otorga a los árbitros la facultad de resolver controversias teniendo su origen y límite en la Constitución, la cual está obligada a respetar los derechos fundamentales y está sujeta a un control, mas no a una intromisión de parte del Poder Judicial.

Por lo mismo, es necesario preguntarse, ¿cuál es la naturaleza de los DB?

Para empezar, estipulamos que en el Perú, su definición y/o naturaleza no se encuentra recogida expresamente en la Constitución.

En ese sentido, independientemente de que no esté reconocido, es necesario establecer si los DB ejercen o no jurisdicción al momento de resolver las controversias materia del contrato de construcción. Ello va a servir para entender el contexto en que se desarrollan los DB, resultando útil para reconocer y aplicar el derecho de manera idónea. Para ello nos preguntamos: ¿qué es la jurisdicción?

---

[72] Sobre este tema, el Tribunal Constitucional refiere en la resolución que resuelve el caso signado como Expediente n.° 6167-2005-PHC/TC, específicamente, en el fundamento 6 se señala lo siguiente:
«[…] el artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional **consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral**, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada. Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales; a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139); constitucional (artículo 202) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva». (Énfasis nuestro).

La creación de la jurisdicción se inicia con el surgimiento del Estado moderno, tal cual lo conocemos, existiendo varios significados.[73] El primero, la jurisdicción es considerada como un conjunto de atribuciones que posee un órgano estatal; por otro lado, es la demarcación de un territorio determinado; en algunos casos es utilizado como sinónimo de competencia;[74] y, por último, la definición a que nos adscribimos, es la potestad del Estado de administrar justicia.[75]

Al respecto, Monroy Gálvez[76] denomina a la jurisdicción como el «poder-deber» del Estado previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto.

¿Por qué decimos que la jurisdicción es un poder y un deber?

En primer lugar, decimos que es un Poder porque es exclusivo, en el sentido de que, son los jueces, los árbitros, fuero militar y las autoridades de las comunidades campesinas y nativas quienes lo ejercen, siendo

---

[73] Bonet, Ángel. *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*. Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 1981, pp. 59-60.

[74] Montero, Juan. *Trabajos de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1988, pp. 76-77; y Couture, Fernando. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1985, 3.ª edición, pp. 27-31.

[75] Al respecto, Devis Echandía señala que: «[…] podemos definir la jurisdicción como la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente, para la realización o garantía, y secundariamente, para la composición de litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos y sancionar delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias». Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, 2.ª edición, p. 97.

[76] Monroy Gálvez, Juan. *Teoría General del Proceso*. Lima: Commnunitas, 2009, 3.ª edición, p. 401.

el origen de ese Poder la manifestación de superioridad y autoridad de quien la ejerce, concurriendo ambas en una emanación de la soberanía del Estado. Ese poder que contiene la potestad jurisdiccional es la que garantiza la supremacía o superioridad del órgano jurisdiccional frente a las partes y la que hace eficaz, en definitiva, el cumplimiento ulterior de sus decisiones.[77] Sin embargo, cabe preguntarse, ¿de dónde proviene la fuente matriz de este poder? En el Perú, el poder proviene del pueblo, y ello está señalado expresamente en el artículo 138 de la Constitución.[78]

Por otro lado, respecto del concepto «deber», éste surge porque nace a partir del pedido del interesado. Es decir, básicamente, a partir de la solicitud del interesado es que el órgano jurisdiccional actúa, a tal extremo que no se encuentra facultado para rechazar el pedido, existiendo casos extraordinarios donde se procede a actuar de oficio, como en sede penal.[79] Por lo que, si bien se ha privado a los individuos de la facultad de hacerse justicia por mano propia, en sustitución a ello, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción delegada y al Estado del deber de la jurisdicción.[80]

En ese sentido, el objetivo de la función jurisdiccional es la solución de conflictos de intereses intersubjetivos con relevancia jurídica, controlando las conductas antisociales y ejerciendo el control difuso de la constitucionalidad normativa. En ese sentido, para que se active la jurisdicción, en teoría, debe existir un conflicto de interés por resolver,

---

77 Monroy Gálvez, Juan. *Op. cit.*, p. 402. Citando a: Gimeno Sendra, Vicente. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1981, p. 32.

78 Constitución Política del Perú.
Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

79 Monroy Gálvez, Juan. *Op. cit.*, p. 404.

80 Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.ª edición, p. 40.

siendo un conflicto doctrinario al momento de toparnos con procesos no contenciosos o procesos en donde la parte demandada se allana al petitorio, reconoce la pretensión, incurre en rebeldía, etc.

Entonces, cabe preguntarse algo adicional, ¿para qué sirve que se analice si los DB son jurisdicción?

Para ello, nos tenemos que situar en el ejercicio de las funciones de las autoridades facultadas para ejercer la jurisdicción. Al respecto, Ledesma considera que estas autoridades están conferidas en cuatro grupos de poderes:[81]

a) *Poder de decisión*.- Poder por el cual dirimen con fuerza obligatoria la controversia o hacen o niegan la declaración solicitada. Sus efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de la cosa juzgada.

b) *Poder de coerción*.- Poder por el cual se procuran los elementos necesarios para su decisión, removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión. Sin este poder, el proceso perdería su eficacia y la función judicial se reduciría a una mínima proporción.

   Gracias a este poder, los jueces pueden imponer sanción a los testigos que se nieguen a rendir declaraciones o a quienes se opongan al cumplimiento de sus diligencias; pueden también sancionar con arresto a quienes les falten al respeto en su condición de jueces y expulsar del despacho a las personas que entorpezcan su trabajo; y pueden, finalmente, emplear la fuerza pública para practicar un embargo u otra medida cautelar, o para conducir a su presencia al testigo resistente.

---

[81] Ledesma Narváez, Marianella. *Op. cit.*, p. 41.

c) *Poder de documentación o investigación*.- Poder por el cual el juez puede decretar y practicar pruebas.

d) *Poder de ejecución*.- Poder que se relaciona con el de coerción, pero que tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción e incluso de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que éste se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley asigne ese mérito.

Ésta es la ventaja que tienen el Poder Judicial y, en cierta medida, el arbitraje; pues, la solución de conflictos y los otros objetivos encargados a la jurisdicción, sólo comenzarán a concentrarse cuando las decisiones judiciales/arbitrales sean inmodificables, irrevocables; en pocas palabras, que posean autoridad de cosa juzgada.

De acuerdo a Allorio,[82] el rasgo distintivo de la jurisdicción es que pone fin al proceso, mediante una decisión que habrá adquirido carácter definitivo, irrevocable, inmutable y permanente el objetivo, con lo cual estamos de acuerdo, pues no imaginamos que en un proceso de solución de conflictos de intereses, no se lleguen a solucionar controversias, o que dicho proceso tenga carácter infinito, pues generaría incertidumbre entre las partes.

Otra peculiaridad que encontramos en la Constitución del Perú (fuente principal que norma la jurisdicción), en su artículo 138, cuando señala que la administración de justicia, «se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes»; por lo que uno entiende que están prohibidos los tribunales especiales fuera del aparato judicial y los procesos por delegación o comisión. Sin embargo, dicha conclusión es cuestionable, ya que en el

[82] ALLORIO, Enrico. «Ensayos polémica sobre la "jurisdicción" voluntaria». En *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJEA, 1963, tomo II.

artículo 139, primer párrafo, señala y reitera que no existe ni se puede establecer jurisdicción independiente, admitiendo como excepción a la militar y a la arbitral. Coincidimos con Monroy cuando afirma que «es factible considerar que el constituyente se ha contradicho cuando declara la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y a continuación admite la jurisdicción militar y arbitral».[83]

Dentro de este orden de ideas, al analizar los artículos 138 y 139 de la Constitución, nos podemos dar cuenta de que los legisladores han deseado darle un sentido distinto en el texto legal. Ya que, una idea es la función jurisdiccional y otra es la jurisdicción. Las características de unidad y exclusividad son propias de la función jurisdiccional. Estas características no pueden ser extendidas a la idea de jurisdicción, pues ellas deben ser consideradas como un enunciado de la competencia material, a tal punto que, incluso, en el caso del arbitraje, se podría hablar de la derogación de competencia o desplazamiento de la competencia por arbitraje.[84]

Como lo hemos mencionado, la función jurisdiccional se ejercita a través de los órganos estatales constitucionalmente encomendados para ello, así como la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses, no sólo se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, numeral 24, literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 del propio cuerpo normativo.[85] Por ello, no hay que confundir función jurisdiccional con jurisdicción, entendida esta última como sinónimo de competencia en atención a la especialización que el desarrollo de las funciones requiere,[86] mientras que función jurisdic-

---

83 Monroy Gálvez, Juan. *Op. cit.*, p. 410.

84 Ledesma Narváez, Marianella. *Op. cit.*, p. 42.

85 Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: «[...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. [...]».

86 Ledesma Narváez, Marianella. *Op. cit.*, p. 43.

cional, consiste en resolver conflictos de intereses de modo definitivo, aplicando el derecho correspondiente.

Dentro de este orden de ideas, nos preguntamos: ¿los DB son jurisdicción?

Es evidente que los DB no son jurisdicción. Si bien constituyen un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, teniendo una naturaleza mixta, donde se admite que los adjudicadores, por medio de la autonomía de la voluntad privada, constituida por un contrato, tienen la misión de prevenir y dirimir la controversia que se pueda llevar a cabo en la ejecución de un contrato de construcción.

En ese sentido, debemos enfatizar que las «determinaciones» emitidas por un DB no tienen valor de cosa juzgada, pues dicho valor se obtiene de la sentencia que emana de un órgano jurisdiccional, cuando ha adquirido carácter definitivo. Además, al no tener el valor de cosa juzgada, la «determinación» puede ser revertida, a diferencia de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la cual no puede ser sustituida, derogada, ni revocada por otra sentencia.

Sin perjuicio de ello, se reconoce que las «determinaciones» tienen una naturaleza de obligatoriedad temporal. Dicha obligatoriedad (carácter vinculante) se interrumpe cuando, habiéndose planteado un desacuerdo frente a la «determinación», se emita el fallo que dirima el desacuerdo planteado por una o ambas partes en arbitraje o en el Poder Judicial, pudiéndose anular la «determinación» emitida.

En ese sentido, si bien la «recomendación» o decisión de los adjudicadores pueden ser temporales, lo son siempre y cuando se emita una notificación de desacuerdo dentro de un plazo fijado en las reglas del DB. Si ello no ocurre, las determinaciones son definitivas.

Dentro de ese orden de ideas, no deseamos que los DB sean vistos como un sistema separado/autosuficiente del Derecho. Puesto que es imposible sostener que el Derecho se rija por solamente sus reglas, existiendo una cooperación con otras actividades dentro de las ciencias sociales, siendo parte integrante de un complejo ordenamiento social.

Actualmente, nos regimos por un Estado social de derecho, teniendo como principio la igualdad sustancial,[87] y es que, se considera viable la modificación de circunstancias a través de medios legales para que las personas ejerzan sus derechos de manera plena. En el caso en concreto, la cultura de la industria de la construcción ha generado una crítica realista del formalismo e ineficiencia de los métodos tradicionales de resolución de disputas, lo cual ha generado que encontremos un camino eficiente, amparados en la igualdad sustancial, tendiendo a formar un nuevo acceso a la justicia, entendida como un movimiento cultural, por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas. De acuerdo a Cappelletti-Garth, se ha originado la desaparición de la fe tradicional en la solidez de nuestras instituciones legales y ello ha inspirado el deseo de hacer reales, y no simplemente simbólicos, los derechos de la gente común en imponer reformas de gran alcance y de nueva creatividad.[88]

---

87 «La concepción del contenido del principio de igualdad entendido como igualdad formal ante la ley, se ha visto luego ampliada hacia una vertiente que propugna también una igualdad sustancial. De allí que actualmente podamos distinguir entre la denominada "igualdad formal", por la cual todas las personas tienen derecho a que la ley los trate y se les aplique por igual; frente a la "igualdad sustancial o material", que impone más bien la obligación de que la ley tienda, además, a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas». En Eguiguren Praeli, Francisco. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. Piura: Academia de la Magistratura. Programa de formación de aspirantes a jueces. Segundo Curso, 1998, p. 4.

88 Ariano Deho, Eugenia. *Problemas del Proceso Civil*. Lima: Juristas Editores, 2003, p. 15. Citando a Cappelletti, Mauro y Bryant Garth. *El acceso de justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México D.F.: Fondo Cultura Económica, 1996, pp. 9-10.

La mencionada situación ha generado una tendencia mundial en el sentido de delimitar la operatividad del Estado en el campo de la justicia, no como una privatización del servicio de justicia. Sino, como una forma de aligerar el trabajo de la jurisdicción estatal, con la consiguiente disminución del gasto estatal, encontrando un mejor camino para la tutela de los intereses en juego, denominado por Ariano Deho como la tendencia a la «desjurisdiccionalización» de solución de conflictos, siendo un reflejo de la crisis del sistema procesal formal. Puesto que, la tendencia actual en materia procesal apunta hacia el rechazo del formalismo, del ritualismo exagerado y de una interpretación exegética de las normas jurídicas.[89]

Ello es justamente lo que se quiere con los DB, que aun siendo sus decisiones vinculantes para las partes debido a que existe una manifestación de voluntad y sin tener jurisdicción, se entiendan como un método de resolución de conflictos viable para los temas en los que se encuentra arraigado el contrato de construcción. Las decisiones de los adjudicadores no son actos jurisdiccionales, pero pueden tener los mismos efectos si los motivamos mediante actos legales, como es el caso actual de la conciliación, y ello gracias a que nos encontramos en un Estado social de derecho.

La mencionada situación debe ser tomada con mucho cuidado. Si bien hemos demostrado que no es ajeno a la realidad jurídica, el que un método que no cuenta con el valor de la jurisdicción sea pasible de ser considerado como titular de una instancia resolutiva, debemos ser conscientes de que todo proceso, entendido como litigio o pleito determinado por una controversia entre dos o más sujetos, es el instrumento para realizar justicia en este mundo, no siendo, necesariamente, instrumento para buscar la paz social. Ello lo podemos ver en la conciliación que,

---

[89] Monroy Cabra, Marco Gerardo. «Medios alternativos de solución de conflictos». En *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, 1994, n.° 24, p. 30.

para efectos jurídicos, lo único que genera son retardos en la introducción de las causas al Poder Judicial.

Los DB, si bien en un primer momento su función es la de prevenir futuros conflictos entre las partes; una vez que se haya puesto en conocimiento el pedido de inicio para una disputa, esto representa el inicio de un procedimiento destinado al desarrollo auténtico de un debido procedimiento (audiencias, alegatos, principio de contradicción, etc.). En comparación con otros métodos alternativos de solución de controversias, su naturaleza no es la de descongestionar los despachos judiciales, sino utilizar un método eficaz para la resolución del conflicto.

Si bien se señala que el arbitraje genera mayores beneficios que acudir al Poder Judicial, para nosotros, ambos representan dos alternativas para abordar el conflicto de manera muy similar. Es decir, significa resolver *a posteriori* los hechos que ocasionaron los conflictos.

Sin embargo, los DB brindan la garantía y la eficacia, tanto de ahorro de costos como de seguridad jurídica, en el sentido de que la disputa se resolverá, efectivamente, en paralelo a los hechos que la generaron. Es decir, si se produce un conflicto, cualquiera de las partes puede tener acceso inmediato al adjudicador para resolver la disputa, contando las partes con un «cuasi-juez» en modo *stand-by*, que pueda facilitar una «determinación» dentro de las disputas encontradas en el contrato de construcción.

Si bien el DB tiene un carácter no jurisdiccional, no se puede dejar de lado que existe más de un fundamento constitucional para que las partes acudan a los DB como forma de solución y/o prevención de controversias.

Por dicho fundamento constitucional lo encontramos en el numeral 14 y el literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución, los mismos que señalan que toda persona tiene derecho a:

- Contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público; y,
- A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Asimismo, el derecho a la libertad y seguridad personal, garantiza que las personas no están impedidas de resolver consensualmente mediante un DB, los conflictos existentes frente a su contraparte, salvo en los casos de las personas que se desenvuelven en el ámbito público, lo cual será explicado con más detenimiento en el tercer Capítulo.

Finalmente, es necesario rescatar que los sistemas de justicia son la columna fundamental para la democracia. No podemos desconocer que la dinámica de los procesos de reforma y modernización de los sistemas de justicia está en marcha en la industria de la construcción. Felizmente, para el perfeccionamiento y la consolidación de las democracias, pretendemos tener sociedades integradas y Estados de derecho con instituciones legitimadas socialmente; pues, activar un procedimiento es un derecho fundamental de todos; privarlo, aunque sea temporalmente, resultaría inadmisible en todo sentido.[90]

2.2. Dispute Board: *naturaleza contractual*

Sin lugar a dudas, la naturaleza jurídica del DB es contractual, donde la manifestación de voluntad contenida en el acuerdo trilateral, como en el acuerdo de DB en el contrato de construcción, son los elementos determinantes para afirmar el carácter contractual de la institución y su pertenencia al Derecho Privado, pues en dicha manifestación se expresa el principio de autonomía de la voluntad de los sujetos, que les permite regular libremente sus relaciones jurídicas privadas.

---

[90] ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.*, p. 25.

El DB es una institución del Derecho Privado, regida por la voluntad de las partes y no por la voluntad del Estado; donde el acuerdo de voluntades cubre con su manto todo el desarrollo del procedimiento hasta la emisión de la «recomendación» o «decisión».

En este sentido, el consenso no sólo permite el apartamiento de los sujetos del mecanismo estatal, sino que confiere a los miembros del DB todas las facultades necesarias para poder llevar a cabo la actividad de solución y/o prevención del conflicto.

Es a través de la libertad contractual (posibilidad de fijar los términos y condiciones de un contrato) y de la libertad de contratar (posibilidad de decidir si se contrata o no y con quién) que las partes, en este caso el propietario, constructor y miembros del DB, ofertan y aceptan con plena libertad los términos de un contrato. Cabe precisar que la autonomía privada nunca ha sido absoluta, pues debe hacerse en armonía con las aspiraciones, objetivos e intereses de los demás.

Por la libertad contractual se elige al DB como el método de prevención y solución de disputas al momento de construir una obra, buscando un medio pacífico de cooperación social, armonizador que coopera en las relaciones sociales, es tal cual lo señala Mosset Iturraspe, afirmando que «el contrato no puede ser el reino del egoísmo, del puro interés individual, sin poner en grave riesgo el bien común y la paz social»,[91] reiterando que, en un contrato de construcción existen intereses que no se deben de anteponer, sino más bien buscar un bien común.

Los DB se tienen que ajustar al artículo 1354 del Código Civil, mediante el cual se establece que: «las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo». Acogiendo así una de las manifestaciones del principio en cuestión, la libertad de los contratantes de decidir sobre el contenido del contrato que celebran, lo cual no implica que no se

[91] Mosset Iturraspe, Jorge. *Justicia Contractual*. Buenos Aires: Ediar, 1977, p. 79.

respeten los límites establecidos por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil,[92] así como por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución.[93]

Por otra parte, tenemos la libertad de contratar, que está recogida en el artículo 62 de la Constitución, y que permite la interrelación de las personas para determinar sus relaciones, obligaciones y derechos, siendo libres en su contenido. Y, de acuerdo al segundo párrafo del precitado artículo, «los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase». Si nos remitimos a la naturaleza de los DB, lo que quiere decir que, al firmar el acuerdo trilateral entre las partes y los miembros del DB, las disposiciones legales que estuvieron vigentes al tiempo de su celebración mantendrán pleno vigor durante toda la duración del contrato, sin que se produzca la suspensión o modificación de la relación patrimonial.

En este contexto, el Estado considera que no existe inconveniente conceptual alguno para que el ordenamiento jurídico confíe a los particulares la potestad de regular entre sí el contenido de sus respectivos derechos y obligaciones, y ello es justamente lo que se desea alcanzar con los DB; y es que, de acuerdo a De la Puente, la Constitución de 1993 otorga garantía a las partes para pactar libremente según las normas en vigencia al tiempo del contrato.[94]

Ello quiere decir que si estamos en negociaciones para la firma de un contrato de construcción en el Perú, si el constructor y el propietario desean instalar un DB como mecanismo prearbitral que acompañe la

---

[92] Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

[93] Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho: [...] 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

[94] De la Puente, Manuel. «¿Por qué se contrata?». En *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 113.

ejecución de la obra; para ello, de acuerdo a lo que hemos señalado sería suficiente el acuerdo de voluntades entre las partes.

Por lo general, para establecer un DB se requieren dos documentos contractuales: (i) el acuerdo de *Dispute Board* entre el propietario y el contratista (contrato de construcción) y (ii) el acuerdo trilateral en el cual se recogen las reglas procesales y el contrato de servicios profesionales de adjudicación entre las partes y cada uno de los miembros del DB. Más adelante explicaremos de manera detallada cuáles son los aspectos procesales, obligaciones de las partes y de los adjudicadores en los citados documentos. Si bien tienen distintos intereses, convergen por el bien del contrato de construcción y de la aplicación eficaz de un DB. Sin perjuicio de ello, vamos a ilustrar dónde se encuentran estos contratos.

A modo de ejemplo, señalaremos algunos tipos de contratos que han procedido a incluir una cláusula de DB; a saber, Fidic, en sus Condiciones de Construcción Fidic, Condiciones del Contrato de Planta y de Diseño y Construcción Fidic, Condiciones de Contrato de Proyecto Llave en Mano Fidic; Banco Mundial, en sus Condiciones Generales en la Adquisición de Obras y Guía del Usuario, ConsensusDOCS (USA), Departamento de Transporte de California (USA), ICC y demás.

Cabe señalar que, adicionalmente al acuerdo de DB, para establecer un DB se requiere suscribir el acuerdo trilateral entre las partes y cada uno de los miembros del DB, a efectos de llevar a cabo un DB y que se establezcan las reglas procesales en el mismo acuerdo o incorporarlas por referencia. Es decir, dado que los miembros del DB no son parte en el contrato de construcción entre el propietario y el constructor, es necesario que cada uno de los miembros del DB suscriba un contrato independiente por sus servicios. A este contrato, la industria de la construcción lo denomina acuerdo trilateral, el cual se refleja en los acuerdos contractuales para los servicios de cada miembro del DB y se celebra en forma conjunta con el propietario y el constructor.

Al respecto, es necesario señalar que, dentro de las reglas de procedimiento, se debe establecer la realización de inspecciones y reuniones con representantes de los empleadores y del contratista, un cronograma de presentación de informes para lograr cumplir con los objetivos del DB. Tales reglas cumplen un doble propósito. El primero es formalizar la operación de los DB entre las partes contratantes, y la segunda función es definir los procedimientos operativos que los adjudicadores están obligados a cumplir. Por tanto, las normas procesales se incorporan normalmente, no sólo como parte del contrato de construcción, sino como parte de los contratos de los miembros del DB con las partes (acuerdo trilateral).

Así como enfatizamos que estas reglas cumplen un doble propósito, ellas también deben prever la forma para el cumplimiento de los dos modos diferentes en la actividad realizada por los miembros del DB, teniendo diferentes requisitos y generando a su vez diferentes demandas de los adjudicadores:

- Prevención de controversias, y
- Solución de controversias, cuando un conflicto no se puede evitar.

Como explicaremos más adelante en la presente investigación, en el modo de «prevenir las controversias», el DB cumple con un formato flexible; informal para reuniones y comunicaciones. Y es que las partes en sus reuniones periódicas con los DB, deberán presentar informes detallados sobre la situación del proyecto; retrasos reales y potenciales; las variaciones que se desean realizar; las reclamaciones que se han dado y sus preocupaciones sobre el desarrollo del proyecto. Es en este momento que el DB puede dar una opinión consultiva sobre una posible controversia. Si ambas partes se comprometen a someter el caso al DB, se está en una posición ideal para ofrecer este tipo de opinión, actuando como expertos, pues ya están plenamente familiarizados con el proyecto y el contrato.

Además, en esta etapa prima la no formalidad respecto de la presentación de las opiniones consultivas, de informes y comunicaciones, y es que cabe precisar que las actividades de intercambio de información no generan, necesariamente, un precedente al momento de la etapa de solución de disputas, por lo que se facilita el diálogo libre y franco entre todas las partes, asegurándose de que ninguna de las partes contratantes esté en desventaja por la posición adoptada o por documentos presentados sin un examen detallado.

Sin embargo, si a pesar de los mejores esfuerzos del DB, una disputa entre las partes no se puede evitar, como se explicará en la sección correspondiente de la presente investigación, el DB actúa en modo de «resolución de conflictos», donde una de las partes presenta formalmente la petición de disputa. Cabe señalar que, para ello, el DB tiene la facultad de convocar a una audiencia en la cual se pueden aportar pruebas y/o solicitar la actuación de testigos.

Dentro de un período limitado de tiempo definido, el DB elabora una «determinación» motivada dentro del marco de las leyes sobre la disputa en mención, siendo su «decisión», posteriormente, utilizada como prueba en litigio o arbitraje, si con la misma no se resuelve la disputa.

Las principales organizaciones que incorporan un acuerdo trilateral en sus publicaciones sobre los DB, son: Fidic, Banco Mundial,[95] ICE,[96] DRBF;[97] y *Dispute Resolución Board Australasia Inc.*,[98] entre otras.

En conclusión, los DB no tienen Jurisdicción, ya que son una fuente de obligaciones por medio de la voluntad de las partes y es que las

---

[95] World Bank. Procurement of Works and User's Guide, 2006, pp. 218-224.

[96] ICE Dispute Resolution Board Procedure, First Addition, 2005, pp. 21-24.

[97] DRBF. Consulta en: http://bit.ly/1sJ9hLw.

[98] Acuerdo Trilateral de *Dispute Resolution Board Australasia Inc*. Consulta en: bit.ly/1yidAgt.

partes autorizan a terceros independientes especialistas para que tengan autoridad sobre las mismas. Sin embargo, no se trata de privatizar el acceso de justicia, sino de proveer instrumentos adecuados para que sean las propias partes las que compongan sus diferencias.[99]

2.3. **Dispute Board*: procedimiento prearbitral***

Definida la posición de los DB respecto a su naturaleza no jurisdiccional, consideramos necesario presentar la forma como se materializa un DB en la vida útil de un proyecto de construcción. Para comenzar, nos debemos responder la siguiente pregunta: *¿los DB son un proceso o procedimiento?* Si bien no existe unanimidad en el uso de las precitadas instituciones, consideramos pertinente realizar la respectiva distinción para dar certeza sobre el uso de los DB.

Al respecto, Calmon de Passos, señala que «proceso es el conjunto de todos los actos necesarios para la obtención de una providencia jurisdiccional, pudiendo contar con uno o más procedimientos o, incluso, a personas con un procedimiento incompleto».[100]

Asimismo, debemos agregar lo señalado por Puglianini citando a Frederic Munné, cuando establece que «el procedimiento constituirá las reglas del juego, mientras que el proceso constituirá el juego en sí mismo, entendido como la estructura sobre la que se aplican aquellas reglas».[101]

En doctrina nacional, tenemos lo argumentado por Monroy, quien presenta una diferencia marcada entre proceso y procedimiento:

---

[99] La Rosa Calle, Javier, «Los medios alternativos de resolución de conflictos y su relación con la administración de justicia». En *Revista Jurídica del Perú*, 2001, p. 198.

[100] Calmon de Passos, J.J. «*Comentarios ao* Código de *Processo Civil*». Sao Paulo: Forense, 1992, vol. iii, p. 7.

[101] Puglianini Guerra, Luis. «La relación partes-arbitro». *Biblioteca de Arbitraje.* Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2012, vol. 19, p. 195.

> […] el proceso judicial, en nuestra opinión, es el conjunto dialéctico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo direcciones, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos. Los que son comunes a todos los participantes del proceso. En cambio, procedimiento es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos procesales y también la forma de los actos realizados es un proceso o en parte de éste, provistos por el Estado con anticipación a su inicio.[102]

De lo expuesto, consideramos que «proceso» y «procedimiento» son conceptos distintos pero relacionados. El primero se entiende cuando un órgano del Estado es encargado de realizar su función jurisdiccional, siendo una herramienta exclusiva de dicha función, teniendo como finalidad el conseguir la composición del conflicto o litigio; por otro lado, el último se entendería como la regulación del proceso, conjeturando la sucesión de los actos procesales, manifestando el esquema y el método a seguir.

Como ya lo expresamos, consideramos que el DB no es jurisdicción, por lo que se deslinda expresamente de la noción de proceso.

Si bien el DB está constituido por un conjunto de actos que se deben realizar para componer una disputa, no es un instrumento de la jurisdicción, y mucho menos, se encuentra dirigido y regulado por el Estado para obtener fines públicos; sobre todo el DB es un procedimiento, siendo meramente formal, teniendo un dinamismo constituido por normas de actuación, regulando las obligaciones y deberes de las partes del contrato de construcción.

En tal sentido, el DB es un mecanismo constituido por la voluntad de las partes al constituir y suscribir reglas obligatorias. Hacemos énfasis

---

[102] Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, tomo I, pp. 134 y 135.

en que en él existe la naturaleza procedimental y no un proceso; el cual, a su vez, debe respetar las garantías mínimas de orden público.

Asimismo, debemos hacer la salvedad de que, si bien con el DB pierde formalidad, se gana eficacia, ya que el procedimiento puede ser conveniente a las necesidades y expectativas de las partes. Entender la clasificación del DB como un procedimiento, nos va a ayudar a comprender cuál es su funcionamiento dentro del contrato de construcción.[103]

Como lo hemos mencionado, el objetivo del presente mecanismo es evitar que surja una disputa, mediante el uso de métodos preventivos, y en caso que surja una disputa, ha de usarse su método de resolución de conflicto, logrando evitar tener que recurrir a otro método alternativo de solución de controversias, como trato directo, conciliación, mediación, arbitraje o acudir a un proceso judicial. Sin embargo, en el caso peruano, nadie duda del rol preponderante del arbitraje en los contratos de construcción y como la forma de solución de conflictos,[104] a tal punto que, en el caso de contrataciones públicas, bajo la LCE, el arbitraje es obligatorio.

Si bien la industria de la construcción ha utilizado el mecanismo de los DB como un procedimiento prearbitral, funcionando bajo la premisa de un «procedimiento resolutivo escalonado».[105]

---

[103] Para un mayor acercamiento al Contrato de Construcción, recomendamos leer: Podetti, Humberto. *Contrato de Construcción*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004. Asimismo, Murdoch, John and Hughes Will. *Construction Contracts, Law and Management*. London: Taylor & Francis, 2000, 3rd edition.

[104] Cantuarias Salaverry, Fernando y Roque J. Caivano. «La nueva Ley de Arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 7, pp. 52-53.

[105] Mackie, Karl, David Miles, William Marsh y Tony Allen. *Op. cit.*, p. 189.

Al respecto, Reig señala:

> Para ello, aparecer con un orden de prelación que configura un procedimiento resolutivo escalonado, por lo que, para poder acudir al arbitraje, habrá que agotar las vías previas que alcanzan, como veremos, desde las reclamaciones contractuales, hasta los procedimientos prearbitrales, pasando por la resolución amistosa.[106]

Debemos señalar que estamos de acuerdo con lo que señala Reig, es necesario precisar que, justamente, se hace referencia a un orden de prelación dentro de un procedimiento escalonado, porque el DB, al ser un sistema integral, puede prever posibles disputas y solucionarlas. Ello quiere decir que cuando se le denomina procedimiento prearbitral, no es que el peso completo de los conflictos van a caer sobre el arbitraje, sino que es justamente este mecanismo el que va a servir como complemento para el DB, en tanto su función será el de revisar y ejecutar las «determinaciones» emitidas por los adjudicadores.

Dentro de este orden de ideas, la industria de la construcción ha entendido el correcto uso de los DB y el arbitraje en los contratos de construcción. En este contexto, los modelos de contratación estándar elaborados por la Fidic, no han permitido a las partes acudir directamente al arbitraje sin haber agotado la vía del procedimiento prearbitral,[107] surgiendo como una condición *sine qua non* del arbitraje, el cual sólo está facultado para revisar y ejecutar las «determinaciones» de los adjudicadores.

Una vez emitida la «determinación» por parte de los adjudicadores, se inicia el arbitraje. Al respecto, Reig[108] señala que las partes pueden acudir al arbitraje discutiendo y mostrando su disconformidad con la decisión que han tomado los adjudicadores, siempre y cuando se esté

---

[106] Reig, Isabel. *Op. cit.*, p. 486.
[107] Cláusula 20 del Libro Rojo de la Fidic (edición año 1999).
[108] *Ibidem*.

dentro del plazo que establece la cláusula de procedimiento resolutivo del contrato de construcción. Cuestiones que se analizarán en las instancias relativas al arbitraje. Sin embargo, si las partes no recurren al arbitraje en el plazo establecido, la decisión deviene final y obligatoria; es decir, no susceptible de recurso y, además, tal circunstancia implica la renuncia de las partes al arbitraje para cuestionar la misma.

Por esta razón, es importante conocer el funcionamiento del procedimiento de resolución de conflictos establecido en el contrato de construcción, no siendo un sistema complejo, pero sí estructurado.

En conclusión, hemos podido observar que, en la práctica, el DB está ubicado como un procedimiento prearbitral en los contratos de construcción, teniendo las partes la obligación de cumplir con el procedimiento establecido en el acuerdo trilateral para resolver sus disputas contractuales. Asimismo, puede llegar a ser una «recomendación» o «decisión» final y vinculante para las partes, donde el arbitraje se usaría en caso de incumplimiento por alguna de las partes. En tanto, el DB es un mecanismo que asegura una resolución de disputa, eficaz, rápida y especializada por terceras personas elegidas por las partes; permitiendo la solución del conflicto en el propio lugar de ejecución del proyecto.

2.4. El menor costo en los **Dispute Boards***: «cost influence curve»*

¿Cómo deben resolverse las disputas en la construcción?

Para responder esta pregunta, utilizaremos una respuesta universal que se ajusta a todos los campos posibles, tanto jurídicos como no jurídicos; mediante la aplicación de la siguiente regla: El beneficio de resolver la disputa debe ser superior al costo de resolverlo, tratando de que las disputas sean resueltas al menor tiempo y al menor costo posible.

En ese sentido, postulamos que los DB resultan una opción mucho más económica a corto plazo que el arbitraje, duplicando la garantía en

la especialidad de los miembros del DB, la inmediatez con la materia de *litis* y la rapidez de la solución. Puesto que su costo debe ser visto como un «costo seguro»; es decir, un costo fijo, como el pago de una prima (cantidad fija conocida cada mes), a cambio de una cobertura otorgada, ya sea de vida o contra accidentes, la cual evita afrontar un perjuicio económico mayor, protegiéndonos de los acontecimientos indeterminados.

En ese caso, la mayoría de nosotros no considera que la cantidad que uno paga por la póliza, es una pérdida de dinero; más bien admitimos los costos del seguro como parte de hacer negocios, permitiendo una mayor certidumbre en la planificación y presupuesto de nuestras actividades. Esa misma sensación es la que se tiene cuando se conoce y se utiliza los DB.

Para una mejor administración de los contratos de construcción, tenemos que desterrar el pensamiento equivocado de quienes consideran un desperdicio de dinero el separar una partida en su presupuesto de construcción para las posibles disputas.

Por ello es que los países desarrollados en la industria de la construcción, confían en el DB para su implementación de obras de grande envergadura, entre ellos, tenemos el ejemplo del *Shanxi Wanjiazhai Yellow River Diversion Project* en China, el cual consistía en el desvío del Río Amarillo, sobre todo para aliviar la escasez de agua en tres de las áreas industriales de China: Taiyuan, Pingue y Datong.

El costo de toda la obra se estimó en US$1,500'000,000.00 (Mil quinientos millones con 00/100 dólares americanos). Para este proyecto se instaló un DRB compuesto por consultores financiados por el Banco Mundial, el cual se encargó de resolver las disputas en relación con las condiciones geológicas complejas, retrasos y variaciones del proyecto. El Banco Mundial, quien fue el principal proveedor crediticio del proyecto, señaló mediante un informe que: «Las disputas fueron finalmente

resueltas a través de los debates sobre la base de las recomendaciones del DRB, los cuales conducían a una solución amistosa de los conflictos».[109]

Por otro lado, debemos destacar que la instalación de un DB no solamente está destinada para grandes obras, ya que tranquilamente puede ser usado para obras de menor cuantía. Debemos destacar el ejemplo de Honduras, donde se construyó la obra del tramo comprendido entre Río del Hombre y el inicio del Valle de Comayagua, de la carretera CA-5 Norte, la cual fue ejecutada con fondos de la Corporación Desafío del Milenio y el Banco Centroamericano de Integración Económica, cuya inversión osciló en más de 1,200 millones de lempiras (aproximadamente, US$9'809,763.00). La ejecución de la obra no presentó conflictos que derivaron en instancias arbitrales, generando una mayor satisfacción para el desarrollo del país y del mismo Estado.[110]

Por lo mismo, queda establecido que el costo del proyecto no es una justificación para el uso del DB, ya que puede ser utilizado tanto para obras altamente costosas como obras de menor cuantía.

Por otro lado, si bien el costo real de un DB es fijo, con lo cual significaría un desembolso sucesivo y continuo por parte del propietario y el constructor, nosotros creemos que dicho costo es menor al previsto para afrontar los potenciales costos derivados de controversias surgidas en el desarrollo de la obra.

En primer lugar, en la práctica de la construcción, se ha creado una fórmula de cálculo que se elabora en la etapa licitatoria para determinar el costo del riesgo de las controversias en un contrato de construcción, la cual se podría calcular de la siguiente manera:[111]

---

[109] Para más información sobre el *Shanxi Wanjiazhai Yellow River Diversion Project*. Consultar en: http://www.water-technology.net/projects/shanxi/ y http://www.bancomundial.org.

[110] Página Oficial de la Cuenta del Milenio. Consulta en: http://bit.ly/1ktI5PA.

[111] Chapman, Peter. *Op. cit.*, p. 16.

> 10% (probabilidad de un conflicto) x 8% (costos legales del 10% de los proyectos) x 50% (proporción de los costos legales que normalmente se gasta en una disputa) = 0.4% del costo del proyecto.

El costo de riesgo del proyecto para los conflictos es el 0.4% del costo del proyecto de construcción. De acuerdo a lo anterior, un contratista prudente tendría que asumir, además de los costos reales estimados de realización de un proyecto, un pago del 0.4% adicional del proyecto, siendo ello un costo del riesgo de una controversia que se pueda producir.[112] Cabe señalar que, al referirnos a un riesgo, éste se puede producir o puede que no, por lo que si no se ocasiona un conflicto, no habrían costos legales incurridos en relación con ella.

En ese sentido, al constituir un DB, desde una perspectiva de «seguro», se debe pagar una cantidad aproximada del 0.15% o 0.25% del costo del proyecto, el cual tiene una finalidad aseguradora, eliminándose automáticamente la necesidad de establecer el costo del riesgo del 0.4% del costo del proyecto.

Adicionalmente a ello, se tiene que tomar en cuenta que, de acuerdo a Charret, entre el 8% y el 10% del costo total del proyecto es derivado al costo legal que asume cada parte y que el 50% de ello, es destinado al costo de las controversias.[113] En ese caso, al aparecer una disputa, el costo del riesgo estadístico del 0.4% del costo del proyecto para las disputas, pierde sentido, y es probable que sea una importante subestimación de los costos reales.

En conclusión, es necesario y más eficaz que se instale un DB durante la ejecución de la obra, en comparación a que se afronte los conflictos que aparecen dentro de la ejecución de la obra, de una manera posterior, lo cual lleva a que el constructor, si bien ha podido establecer

---

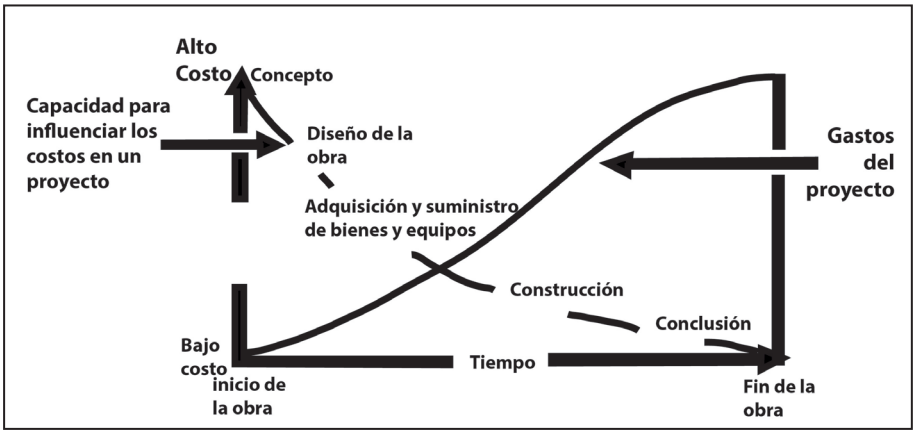
[112] Charrett, Donald. *Op. cit.*, p. 16.

[113] *Ibidem*.

un presupuesto sobre los posibles riesgos, al final este presupuesto le sea limitado, y termine utilizando el margen de su ganancia.

Para los escépticos, existe un método en el cual se demuestra que los costos de un DB son más baratos que los de un arbitraje.

Para ello, procedemos a analizar la eficiencia de la solución de conflictos dentro de la actividad de la construcción, la *Cost Influence Curve* de Cushman, Myers, Butler y Fisher.[114] Esta curva es una herramienta interesante para conocer la relación directa entre el tiempo y costo en la solución de disputas, y cuya premisa central es resumida con la siguiente afirmación: «A mayor tiempo en la solución de la disputa, mayor costo».



En el diagrama anterior se grafican dos líneas. El eje vertical está representado por el costo y el eje horizontal representa el tiempo, en el cual se visualizan las etapas del proyecto, donde se representa el gasto que uno va realizando por unidad de tiempo.

[114] PAREDES CARBAJAL, Gustavo y Jaime GRAY. «Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción». Consulta en: http://www.npg.pe/mecanismos-alternativos-de-resolucion-de-disputas-en-construccion/.

Por ejemplo, utilizando el gráfico, uno puede observar que al resolver un conflicto derivado del diseño, una vez que se esté ejecutando la obra, el costo se incrementa hasta su etapa más alta. Por lo que, al inicio del proyecto, los costos son pocos y se van acumulando a lo largo del tiempo hasta que el proyecto se termina. Y es que, mediante la pronta identificación de las variaciones, se permite tomar acciones a tiempo y así evitar riesgos en el proyecto, de modo que podemos controlar los costos y manejar de manera eficiente la administración del proyecto.

En ese sentido, si nos ubicamos en el punto más avanzado de la ejecución de la obra, y si en ese punto se desea resolver un problema de la concepción, el costo es altísimo.

La manera más eficiente de gestionar las disputas es el tiempo real, cuando realmente el problema aparece, las etapas en el que un DB puede ayudar a las partes a evitar las controversias, o si esto no es posible, por la resolución de la controversia. Siempre hay un costo al momento que surja un conflicto, pero los costos se desbordan una vez que pasan a la siguiente etapa. Por lo que, la manera más eficiente en que un proyecto genera un costo cercano al cero, es mediante el manejo de la gestión de la disputa, es justamente evitando un conflicto, en cualquier caso, la intervención de un DB evita el costo y el tiempo involucrados.

Por otra parte, si bien el arbitraje nos ofrece entre sus características, la celeridad y la garantía de especialidad de sus árbitros, lo que resulta mucho más económico que sumergirse en las instancias del Poder Judicial, nosotros creemos que, frente al DB, dichos beneficios se ven disminuidos.

Para demostrar una diferencia entre los costos de DB y arbitraje, lo desarrollaremos mediante dos ejemplos. El primero es mediante los costos por la duración de una disputa en particular; y es que los costos y el tiempo del arbitraje, respecto de la resolución de la controversia en temas de construcción, tienen un valor del 5% del contrato de cons-

trucción y tarda en resolverse una disputa entre uno a cinco años. Sin embargo, si nos referimos a la finalidad de resolución de disputas de un DB, a éste le toma la resolución de una controversia entre noventa y ciento ochenta días, a un costo que oscila entre el 0.05% del costo final de contrato de construcción, por proyectos relativamente libres de controversia, hasta un máximo de 0.25% para los proyectos con mayor dificultad en disputas.

Estos porcentajes se aplican normalmente a los proyectos cuyos costos van desde $50 millones a $100 millones de dólares.[115] La *Dispute Resolution Board Foundation* señala que los proyectos que tienen problemas complejos, el costo va desde 0.04% a 0.26% con una media de 0.15% del costo final del contrato de construcción.[116]

En cuanto al segundo ejemplo, versa sobre una diferencia tangible que existe entre un DB y un arbitraje. En el arbitraje, por cada conflicto que aparezca, se tendrá que armar un nuevo tribunal arbitral o acumular los mismos; sin embargo, el costo de cada conflicto (honorarios del tribunal arbitral y gastos administrativos) se importa de la cuantía de la controversia, asimismo, debemos enfatizar que existen controversias de cuantía indeterminada, donde su cálculo de costo se relaciona con la cuantía total de la obra, entre las controversias indeterminadas tenemos a los conflictos por resolución de contrato. Es decir, si nos encontramos

---

[115] Ralph Ellis, profesor de ingeniería civil de la Universidad de Florida, ha estudiado el uso de DRB por el Departamento de Transporte de la Florida. Llegó a la conclusión de que el uso de DRB resultó en: «Los ahorros netos de costes de crecimiento igual al 2.7% de los costos de construcción y en un ahorro de tiempo de crecimiento neto del 15.1%. Asimismo, la Sociedad Americana de Ingenieros Civiles llevó a cabo un estudio de la DRB a mediados de 1990 y encontró que DRB escucharon un total de 225 conflictos en 166 proyectos por valor de US$ 10,500'000,000.00. Resolvieron 208 de los 225 conflictos y el único que, en realidad, pasó a pleito, fue finalmente resuelto». Consulta en Elis, Ralph. *Industry Pounds Away at Disputes*. En *Engineering News-Record 24*, 1994.

[116] Dichos porcentajes están reconocidos por la *Dispute Resolution Board Foundation*. Consulta en: http://www.drb.org/FAQ.htm.

bajo una obra pública de S/.50'000,000.00 (cincuenta millones con 00/100 nuevos soles) y se discute la resolución contractual realizada por una parte, automáticamente se deberá instalar un tribunal arbitral *ad-hoc*, para lo cual, utilizando la tabla del cálculo de gastos arbitrales del OSCE[117] los gastos arbitrales para resolver la precitada controversia serán, aproximadamente, S/.321,000.00 (trescientos veintiún mil con 00/100 nuevos soles), ello viene a ser el 0.6% de la cuantía total de la obra.

Mientras que en el DB, todos los conflictos que aparezcan dentro de la ejecución de la obra van a ser resueltos por el mismo panel de adjudicadores. Ello quiere decir que si nos encontramos bajo una obra pública valorizada en S/.50'000,000.00 (cincuenta millones con 00/100 nuevos soles), y las partes desean instalar un DB, los gastos de los adjudicadores van a oscilar entre el 0.25% del total de la obra, dicho porcentaje lo señala de manera expresa la DRBF.

Por lo que, como se podrá observar, el resolver un solo conflicto en el arbitraje es mucho más costoso que la instalación de un DB, el cual te asegura una vigilancia y asesoramiento perpetuo de parte de los adjudicadores durante la ejecución de la obra, incluso, se puede asegurar la prevención de posibles controversias. Por ello, es más eficaz para las partes prevenir que lamentar.

Debemos destacar que, si bien los costos fijos del DB se estipulan dentro de los márgenes otorgados por la DRBF. Los honorarios de los adjudicadores, van a depender del acuerdo contractual al que lleguen los adjudicadores con las partes, respetando los estándares del libre mercado. Las partes deben tomar en cuenta los precios y el tiempo diario o por horas disponibles en los que van a incurrir los adjudicadores. La experiencia internacional nos señala que los adjudicadores podrán ver expresados sus honorarios de manera mensual o por día, ello va a ser

[117] Tabla del cálculo de gastos arbitrales del OSCE. Consulta en: http://www.osce.gob.pe/consultasenlinea/Arbitraje/ConsultaTasas.asp.

explicado de manera detallada en el Segundo Capítulo, pero no se calculan en función de la cuantía en litigio, como es el caso de los arbitrajes *ad-hoc* o institucionales.

Por lo que, resolver un conflicto vinculado con la concepción del proyecto, el diseño o sobre su administración en la etapa misma de la construcción de la obra, resulta altamente costoso, llegando a su nivel más alto en el momento de la conclusión y entrega de la misma.

Imaginemos, lo prohibitivamente costoso que significaría resolver una disputa relacionada con el diseño de un proyecto de construcción en la etapa de su conclusión y entrega. Sin duda, ello sería una aventura descomunalmente costosa que muy pocos constructores podrían soportar; Podetti señala respecto a ello que: «[r]esulta a la postre verdaderamente funesta para una u otra parte, porque tan dañosa y perjudicial es la paralización de la obra mientras se dirime la contienda, con el fin de verificar el estado de la obra, como también es dañosa y perjudicial la prosecución y terminación de la obra sin esperar la conclusión del litigio, por la desaparición consiguiente de las situaciones de hecho o del estado de la obra en el momento de la terminación del contrato».[118]

De lo señalado anteriormente, cabe preguntarse: ¿cuánto me cuesta instalar un DB? Ya que, cuando estamos frente a un producto nuevo, es normal que nos genere dudas su funcionamiento; y más aún, cuando nuestro patrimonio está en juego, lo cual nos causa una gran aversión al momento de elegir un mecanismo de solución y/o prevención de controversias, existiendo un perjuicio sobre el costo del DB.

Justamente ese prejuicio, llegó gracias a un desconocimiento de su funcionamiento, y la comparación que se presenta respecto del arbitraje. Si bien los dos tienen entre sus funciones la de resolver conflictos, no deben ser usados como herramientas antagónicas. Más bien, como hemos señalado, son herramientas complementarias.

---

[118] Podetti, Humberto. *Op. cit.*, p. 425.

Al respecto, en materia de arbitraje en el sector de la construcción, podemos observar que los costos tienen un valor del 5% del contrato de construcción y que la controversia tarda en resolverse entre uno y cinco años, en tanto, si nos referimos a un DB, a éste le toma la resolución de una controversia entre 90 y 180 días, a un costo inferior al 2% del valor del contrato.[119]

Los DB son una respuesta a la necesidad de la industria de la construcción, que requiere la administración para ser más eficiente al momento de resolver un conflicto. Se busca una resolución rápida en el ínterin de la ejecución del contrato. Éste es su valor agregado. Justamente ese costo es al que no le debemos tener miedo, ya que se puede convertir en una salida saludable para la resolución de los conflictos en la construcción.

2.5. Clasificación de los costos en el Dispute Board

Conocer los costos en los que las empresas incurren en la implementación de los DB es una de las áreas principales y clave de la correcta administración empresarial. Todos los esfuerzos invertidos en su implementación en la construcción, se traducen en utilidades y, a su vez, en desarrollo y estabilidad de la empresa.

Debemos ser conscientes de que las clasificaciones son útiles para llamar la atención sobre el origen y el efecto de los costos que tienen que ver con el resultado final del proyecto.

En este extremo, analizaremos la clasificación de costos elaborada por Charret para los DB. Los costos tienen diferentes clasificaciones de acuerdo con el presente enfoque y la utilización que se les proporcione, es la siguiente:[120]

---

[119] Chapman, Peter. *Op. cit.*, p. 15.
[120] Charret, Donald. *Op. cit.*, p. 19.

- Tenemos a los Costos Directos, que son todos los gastos que están directamente relacionados con el proyecto, en este caso, comprenden:

    - El honorario mensual o diario para el adjudicador, de acuerdo a lo que hayan establecido las partes. Para poder entender estos costos, debemos comprender cómo se subdividen los honorarios de los adjudicadores en la práctica de los DB.

      De acuerdo a Chern, los honorarios de un adjudicador pueden dividirse en dos tipos. En primer lugar, un honorario mensual, que cubre todo el trabajo por el miembro DB, el cual se destina a cubrir las siguientes funciones: familiarizarse con el contrato, lectura de los informes de progreso periódicos, mantener archivos, todos los gastos generales de oficina.[121] Por lo general, el pago mensual es por un período específico de tiempo, que puede consistir en 18 ó 24 meses. Por otro lado, existe una tarifa diaria que es para las visitas al sitio en las obras que se encuentran en disputas

[121] Según Chern, un salario mensual puede variar, en los Estados Unidos de América, entre US$2,500.00 a US$5,500.00 por cada miembro de la junta, en función de la complejidad del proyecto. Consulta en CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 127. Por otro lado, en el Reglamento de *Dispute Board* de la Cámara de Comercio Internacional, en su artículo 27, se establece que cada miembro del DB recibirá honorarios mensuales estipulados en el o en los contratos de cada miembro del DB, los cuales cubrirán lo siguiente:
- Disponibilidad para asistir a todas las reuniones del DB con las partes y a todas las visitas al sitio;
- Disponibilidad para asistir a las reuniones internas del DB;
- Familiarización con el contrato y seguimiento de su ejecución;
- Estudio de los informes de seguimiento y de la correspondencia aportada por las partes en el marco de la actividad del DB; y
- Gastos generales ocasionados por el miembro del DB en su lugar de residencia.

Consulta en: http://consensos.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/12/Carc-PDF.pdf.

formales. Este pago se calcula como un porcentaje de la retención mensual. Por lo general, la tarifa mensual es una cantidad igual a tres veces la tarifa diaria.[122] La tarifa diaria se compone de un múltiplo de una tarifa por hora basado en una jornada de ocho a diez horas a ritmo normal de facturación del adjudicador.

- Costos que se generan por las visitas en el lugar de la obra.[123]

  En estos costos, se estarían reconociendo las tarifas respecto a los gastos y el tiempo del viaje.

  Cabe señalar que en la práctica internacional se reconoce que dicha tarifa no es una carga financiera para las partes cuando los miembros del DB sean locales al proyecto.

  Sin embargo, cuando el DB se compone de personas que tienen que viajar largas distancias, una visita al lugar es un elemento importante en los costos.[124]

---

[122] El Reglamento de *Dispute Board* de la Cámara de Comercio Internacional en su artículo 27 establece que: Los honorarios mensuales equivaldrán a tres veces los honorarios diarios fijados en el o en los contratos de Miembro del DB. Consulta en: http://consensos.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/12/Carc-PDF.pdf. Por otro lado, en Alemania, de acuerdo al *German Institution of Arbitration* (DIS), en la Sección 30 «Costs of the adjudication», junto con el Appendix 1 to «Section 30 Table of Costs» el precio por hora de la cuota variable de un adjudicador es de €300.00. En caso de elegir la cuota mensual de un árbitro es de ocho veces la tarifa por hora, es decir, €2,400.00. Consulta en: http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/dis-rules-on-adjudicación-ID30.

[123] Por una tarifa diaria durante las visitas al lugar de la obra, Chern propone una tasa de ejemplo en los EE.UU, a base de un trabajo y pago por horas; por ejemplo, una tarifa de $200 dólares por hora, y en caso se hubiera trabajado diez horas diarias sería US$2,000.00. Consulta en: Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 127.

[124] *Ídem.,* p. 126.

Los miembros del DB tienen la obligación de viajar a tiempo y todos los gastos relacionados con su trabajo, incluidos los gastos inherentes a su papel como miembros del DB deben ser pagados por las partes.

- Costos en la elaboración de audiencias de los adjudicadores para las partes.[125]

  En este punto debemos señalar los costos que existen para las audiencias; y es que la propia audiencia también implicará costos adicionales, tales como alquiler de salas, *catering* y logística. Los viajes y los hoteles deben ser considerados si es que los adjudicadores no son de la localidad donde se ejecuta el proyecto.

- Por otra parte, tenemos los costos indirectos, los cuales se definen como la suma de todos los gastos que, por su naturaleza intrínseca, son aplicables a todos los conceptos de un DB. Dichos costos incluyen sobre todo el tiempo de los miembros del DB y equipos de asesores de las partes para preparar y participar en el DB. Asimismo, el costo de asistencia a reuniones periódicas a las audiencias y proporcionar información sobre los proyectos en curso para los miembros de la DB, incurriendo en costos como la planificación, gestión de proyectos o temas de negociación con contrapartes.[126]

Adicionalmente, consideramos pertinente mostrar el estudio realizado por Gebken, respecto a los costos de transacción directos e indirectos necesarios para resolver las disputas sobre cuarenta y cuatro (44) proyectos de cincuenta y siete (57) organizaciones contratantes.[127]

---

[125] Owen, Gwyn y Brian Totterdil. *Op. cit.,* p. 15.

[126] Charret, Donald. *Op. cit.,* p. 15.

[127] Gebken, Richard. «Quantification of Transactional Dispute Resolution Costs for the U.S. Construction Industry». Tesis para obtar el grado académico de Doctor.

Los métodos de resolución de conflictos utilizados para resolver las disputas eran negociación, mediación y arbitraje. En dicho estudio se encontró que los costos de transacción promedio relativos para resolver las disputas a través de estos tres métodos, son:

Costo de negociación (media en 18 proyectos)	US$ 330,199.00
Costo de mediación (media en 15 proyectos)	US$ 212,433.00
Costas del arbitraje (media en 11 proyectos)	US$ 1'167,182.00

Asimismo, en dicho estudio se constató que los costos de negociación fueron menores que los costos de la mediación, atribuyéndose los costos relativamente altos del arbitraje en gran parte al hecho de que los conflictos fueron resueltos al final de la ocurrencia de los hechos, lo que involucró el descubrimiento y deposiciones prolongadas.

Centrándonos en el DB, debemos precisar que el costo de un proyecto variará considerablemente dependiendo de la ubicación, duración y otros detalles del mismo; entre ellas, por el número y la extensión de la controversia que se produce, y por la nacionalidad y profesión de los miembros del DB. Asimismo, Owen y Totterdil,[128] señalan que existen tres costos centrales que cada parte debe asumir durante del procedimiento del DB: primero, los honorarios de los adjudicadores pagados en partes iguales; segundo, los costos de formulación, preparación y exposición sobre las controversias que se derivan al DB; y por último, las partes deben asumir los costos de las audiencias, entre ellos, son los pasajes de los adjudicadores, logística, etc.

Los costos totales de un DB permanente que funciona durante un proyecto de cuatro o cinco años de duración, sería sensiblemente inferior a los costos totales de un arbitraje, tomando en consideración los costos de abogados especializados necesariamente activos en el arbitraje,

---

Texas: University of Texas, 2006, pp. 115, 127 y 156. Consulta en: http://www.lib.utexas.edu/etd/d/2006/gebkenr19272/gebkenr19272.pdf.

[128] Owen, Gwyn y Brian Totterdil. *Op. cit.*, p. 14.

pero poco activos en el procedimiento de los DB.[129] En los DB, normalmente, se va a tener que pagar los honorarios de los adjudicadores sumado al costo de las visitas *in situ* y demás gastos logísticos, el cual se ha establecido en el acuerdo trilateral; y, en principio, va a ser fijo, con independencia de la cuantía del proyecto, circunscribiendo las controversias que se produzcan.[130]

En este contexto, según Hobeck, Mahnken y Koebke, durante cualquier procedimiento de resolución de conflictos, también habrá costos internos causados, por ejemplo, por el tiempo necesario para involucrar a los no abogados en la solución de controversias, destinando tiempo necesario para otros proyectos.[131] Y es que las partes prefieren correr el riesgo de que sus disputas se terminen en los tribunales.

Así, debemos señalar que es fácil sugerir que los reclamos y disputas se pueden evitar mediante una mejor preparación de contratos y mejor gestión de los proyectos. Sin embargo, el momento y situación actual de la industria de la construcción internacional, cada proyecto tiene la posibilidad de problemas inesperados, reclamaciones y controversias, costo que debe ser incluido en el presupuesto para el proyecto. Asimismo, la participación de las partes al inicio de cualquier contrato de

---

[129] Crivellaro, Antonio. «El *Dispute Board* o "Comisión para la resolución de controversias". ¿Un útil mecanismo pre-arbitral?». En *Spain Arbitration Review,* 2011, n.º 12, p. 11.

[130] Como resultado, los arbitrajes son constituidos después de que surja una controversia. Pero esto es una pena, ya que la idea básica de un *Dispute Board* es ser proactivo en la prevención de controversias y no sólo solución de controversias una vez que ellas han surgido. Un DB permanente puede resolver varias disputas, mientras que es posible que en el mundo del arbitraje se tenga varios tribunales arbitrales para los mismos conflictos (ampliaciones de plazo parciales). Eso daría lugar probablemente a más tiempo para que los árbitros se familiaricen con el proyecto y tomen su decisión. Los DB son para tomar sus decisiones más rápido y durante el proyecto, no después, como en el arbitraje. Además no se sabe cuántos arbitrajes se inician y lo grandes que pueden llegar a ser.

[131] Hobeck, Paul, Volker Mahnken y Max Koebke. «*Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Anlagenbau-Ein Auslaufmodell?*». En *SchiedsVZ*, 2007.

construcción es beneficiosa, pero por desgracia es algo que sólo parece estar previsto en un entorno de colaboración. Por ello, resulta necesario tener especialistas que realmente se encuentren en la ejecución de la obra, un equipo que contribuye a la creación de un registro integral de riesgos entre todas las partes principales, la gestión de dicho registro es a través de un procedimiento de alerta temprana.

Los autores, a partir de su propia experiencia en la construcción internacional, sugieren que el DB es el mejor y más económico procedimiento para evitar o resolver conflictos.[132]

Para concluir la idea de los costos, tenemos que enfatizar que se suele pasar por alto cuando se trata de analizar el costo de un DB, el costo de oportunidad en la adopción de un DB, como un medio para evitar controversias escalonadas. Las relaciones sufren y lo mejor para la toma de decisiones del proyecto va por el uso de un DB. El equipo del proyecto puede mantener su enfoque en el mejor de los resultados del proyecto, en busca de valor y ahorro de tiempo.

3. ¿Cómo se activa un *Dispute Board*?

El DB es un mecanismo netamente contractual.[133] Para que un DB exista y funcione de manera adecuada, las partes involucradas se ven en

la necesidad de celebrar diversos acuerdos en los cuales se fijan varios aspectos del DB.

En ese sentido, es necesario contar con dos acuerdos base, los cuales recogen y establecen la intención de las partes para que el adjudicador inicie con sus obligaciones de prevención y resolución de disputas en el desarrollo de la obra.

---

[132] Owen, Gwyn y Brian Totterdil. *Op. cit.*, p. 15.

[133] Consultar en: Capítulo 1 - acápite 2.3. *Dispute Boards*: procedimiento prearbitral.

Estos dos acuerdos se deben utilizar tanto en el ámbito público como privado, ya que no existe una diferencia para su uso. Y es que, estos dos documentos son las columnas que van a ser el soporte de todo el DB. Si alguno de esos acuerdos no han sido bien constituidos, lo más probable es que el DB no pueda ser utilizado o en el camino surjan controversias sobre su propio funcionamiento.

El primero es un acuerdo que no es celebrado únicamente por las partes del contrato de construcción, sino también por los terceros miembros del DB, en el cual se detallan, entre otras cosas, las obligaciones de los adjudicadores como las obligaciones de las partes frente a los adjudicadores, las formas de pago de los honorarios de los adjudicadores, el ámbito o los alcances en los cuales el DB puede actuar dentro de la obra, entre otras. En la práctica, a dicho acuerdo se denomina *three-party agreement*[134] o acuerdo trilateral.

El segundo acuerdo se denomina acuerdo de DB y es celebrado entre el constructor y el propietario. En dicho pacto se recoge la voluntad de las partes para que el mecanismo de solución y prevención de controversias sea mediante un DB, el cual puede ser recogido en el mismo contrato de construcción o en una adenda.

Por lo que en esta sección se va a explicar ambas instituciones, para lo cual, se va a utilizar las instituciones nacionales dentro del Código Civil peruano conjuntamente con la *praxis* internacional, para, entre otras cosas, definir, explicar y enmarcar dichos acuerdos dentro un tipo contractual.

---

[134] En la experiencia anglosajona también se denomina a dicho acuerdo como: «*tripartite agreement*». Consulta en: ICE Dispute Board Procedure, publicado por: ICE Publishing, 40 Marsh Wall, London E14 9TP. Y en Dalland, Peer. «*Dispute Boards - Do They Always Work - if not, why not?*». En *The Dispute Board Federation Geneva*. Singapore, Issue n.º 64, 2011.

3.1. El acuerdo trilateral: un contrato

El contrato, tal como lo define el artículo 1351 del Código Civil,[135] tiene como finalidad que las partes puedan crear, regular, modificar y extinguir sus propias relaciones jurídicas, todo ello en base a la autonomía privada, siempre y cuando respeten los límites que las normas les impongan.

Al respecto, De la Puente señala que:

> Resulta así que la manifestación de voluntad que caracteriza al acto jurídico, se expresa en el caso del contrato como una manifestación de la voluntad común de las partes contratantes, que tienen que ponerse de acuerdo entre sí para que el contrato llegue a celebrarse.
> En estas condiciones, el contrato es un acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica. Esto es posible gracias a la llamada autonomía privada.
> Se entiende por autonomía privada al poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí.[136]

En el caso en concreto, el acuerdo trilateral es suscrito por las partes del contrato de construcción y el adjudicador, donde se ponen de acuerdo para crear una relación jurídico-patrimonial que recoja las obligaciones y derechos del constructor, del propietario y del adjudicador para que se pueda llevar a cabo la función de prevención y resolución de controversias en el desarrollo de la obra.

Mediante dicho acuerdo, el adjudicador se compromete a realizar dos prestaciones (prevención y resolución de controversias) a cambio

---

[135] Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

[136] De la Puente y Lavalle, Manuel. «La irretroactividad del contrato». En *Derecho & Sociedad.* Lima, 2005, n.º 25, p. 288.

de una contraprestación (retribución), la cual sería asumida, en partes iguales, por el propietario y el constructor.

En ese sentido, se puede apreciar que el acuerdo trilateral encaja en la definición de contrato que brinda nuestro ordenamiento legal.

Sin embargo, como cualquier contrato (acto jurídico) se debe cumplir con ciertos requisitos para su validez, requiriéndose que se celebre entre agentes capaces, que el objeto sea física y jurídicamente posible, que el fin sea lícito y se observe de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, de acuerdo al artículo 140 del Código Civil.

Respecto a la capacidad de los agentes, la misma dependerá de la naturaleza de cada contrato. En el caso concreto, se puede apreciar que la capacidad del constructor, propietario y adjudicador[137] dependerá de si fuesen personas naturales o jurídicas. En caso sean personas naturales, bastaría que tengan capacidad de ejercicio, es decir, que las partes del Acuerdo Trilateral puedan realizar una actividad jurídicamente relevante por medio de una manifestación de la propia voluntad,[138] por lo que deben ser mayores de edad.

En caso sean personas jurídicas, que el acuerdo trilateral tiene que ser celebrado por una persona que tenga capacidad de representación.

---

[137] En la práctica internacional no se ha encontrado una restricción que impida que una persona jurídica pueda servir como adjudicador. De forma ilustrativa, en los casos de los árbitros, se ha reconocido la posibilidad que personas jurídicas sean árbitros. En ese sentido, Caivano señala que: «Deberá entenderse, si no es específicamente aclarado en el acuerdo arbitral, que la actuación como árbitros y la decisión del conflicto estarán a cargo de las personas físicas que la representen, o que sean designadas por esa persona jurídica». Consulta en: Caivano, Roque. *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Editorial *Ad-Hoc*, 1993, p. 177.

[138] Escobar Rozas, Freddy. «Causales de nulidad absoluta». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, pp. 916-917.

Es decir, que la persona esté habilitada para que, en nombre de la persona jurídica (representado), celebre contratos con la finalidad de que los efectos del acuerdo surjan en la esfera jurídica de este último, siempre que el representante actúe dentro de los límites de las facultades que le han sido conferidas.[139] En la práctica internacional, se entiende que el representante del propietario y el constructor que suscriba el acuerdo trilateral, va a hacerlo con los adjudicadores.

En torno al objeto físico y jurídicamente posible, encontramos que el acuerdo trilateral cumple con dicho requisito, puesto que en el plano de la realidad física, no existe impedimento alguno para la ejecución de las reglas negociales establecidas en dicho acuerdo como, por ejemplo, que el adjudicador realice las visitas *in situ* a la obra o emita una opinión informal sobre un problema surgido en la ejecución de la obra o, en el caso del propietario y el constructor, al efectuar el pago de la contraprestación por los servicios del adjudicador o remitan informes sobre el avance de la obra, siendo el objeto físicamente posible.

En el caso de la posibilidad jurídica,[140] podemos observar que el acuerdo trilateral puede llevarse a cabo en el plano de la realidad jurídica. Ya que, el acuerdo trilateral se dirige a la consecución de un resultado previsto por el ordenamiento (la prevención y/o resolución de disputas en el desarrollo de la obra) y, además, no existe presupuesto alguno establecido en el ordenamiento para la obtención del efecto deseado (no existe regulación respecto del acuerdo trilateral).

Sobre el fin lícito, Vidal Ramírez, citado por Castillo y Sabroso, lo define como «la orientación que se le dé a la manifestación de voluntad; esto es, que ésta se dirija, directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, los cuales, obviamente, deben ser amparados

---

[139] Priori Posada, Giovanni. «Facultad y origen de la representación, Comentario al artículo 145 C.C.». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, p. 641.

[140] Escobar Rozas, Freddy. *Op. cit.*, p. 920.

por el Derecho objetivo».[141] En ese sentido, se puede apreciar que el acuerdo trilateral está dirigido a fijar las reglas de actuación, derechos y obligaciones de las partes del contrato de construcción y de los adjudicadores.

Respecto a la observación de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, no existe una forma legal de pacto del acuerdo trilateral prescrita por la ley, pudiendo ser exteriorizado dicho acuerdo mediante una forma verbal o documental. Sin perjuicio de ello, es recomendable la adopción de una forma escrita, para contar con un medio probatorio de la existencia y contenido del acuerdo trilateral.

En ese sentido, se ha podido demostrar que el acuerdo trilateral cumple con los requisitos válidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico para que tenga una naturaleza jurídica contractual.

3.1.1. Características del acuerdo trilateral

En base a lo desarrollado, procederemos a analizar a continuación las características del contrato materia de estudio utilizando la metodología empleada por De la Puente en su obra *El contrato en general*[142] y por Castillo en su obra *Tratado de la venta*,[143] al ser la clasificación más completa para analizar las características de los contratos.

El acuerdo trilateral es un contrato innominado, puesto que no existe una remisión expresa en la ley sobre dicha figura.[144]

---

[141] Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. «La teoría de los actos propios y la nulidad ¿regla o principio de Derecho?». Consulta en http://goo.gl/Do6ID5.

[142] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 161 y 190.

[143] Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo I, pp. 82-102.

[144] Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Lima: ARA Editores, 2007, p. 339.

Además, el acuerdo trilateral es típico, pudiéndose enmarcar en el contrato de prestación de servicios.

Por otra parte, respecto a la estructura, de acuerdo a De la Puente, los contratos se clasifican en simples y complejos.[145]

Son simples cuando dan lugar a una sola relación jurídica patrimonial; y son complejos, cuando agrupan varios contratos distintos.

En el caso concreto, de acuerdo a lo desarrollado en los párrafos precedentes, cuando en el acuerdo trilateral está formado por varios contratos; es decir, sería complejo ya que, si bien el acuerdo trilateral está plasmado en un único documento, las obligaciones y derechos que derivan de los mismos, vinculan directamente a cada miembro del DB con cada parte.

Respecto al contenido del acuerdo trilateral, son contratos civiles los que están regulados por el Código Civil; son contratos comerciales cuando están regulados por el Código de Comercio; y son contratos especiales aquéllos que encuentran su disciplina en normas que regulan actividades especiales, como la minería, la pesquería, etc.[146]

Al respecto, podemos observar que el acuerdo trilateral es uno especial, toda vez que tiene una regulación propia y particular, la cual en el Perú estaría establecida por el propio acuerdo y la práctica internacional.[147] Sin embargo, se aplicarán supletoriamente las normas de los contratos civiles, en particular, las normas de los contratos de prestación de servicios.

---

145 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, pp. 171-172.

146 *Idem*, pp. 172-176.

147 Salvo en los casos de los DB bajo la Ley de APP y la NLCE, la cual tiene una regulación establecida por ley. Dichas regulaciones serán analizadas en el Capítulo 3.

En relación a la autonomía del acuerdo trilateral, los contratos se clasifican en principales, accesorios y derivados.[148]

Son contratos principales aquéllos que no dependen jurídicamente de otros contratos, pues con su celebración se puede alcanzar el efecto querido por los contratantes. A diferencia de los contratos accesorios o auxiliares, que no pueden celebrarse independientemente, pues su objeto es crear obligaciones que complementen otras obligaciones. Por otra parte, los contratos derivados o subcontratos, son los que se desprenden de un contrato principal, con la particularidad de que el principal imprime sus características en el derivado, por lo que siempre van a compartir la misma naturaleza.

En el caso específico, el acuerdo trilateral es un contrato accesorio al acuerdo de DB. Puesto que, en caso se resuelva el acuerdo de DB, el acuerdo trilateral no tendría razón de ser.

Respecto a su formación o por sus efectos, «los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales, según se formen por el mero consentimiento, se requiera además una formalidad especial o se necesite también la entrega de un bien».[149]

El acuerdo trilateral no es un contrato real, ya que en dicho contrato no se transfiere un bien. Asimismo, de la revisión de la legislación en materia de DB, no se requiere una formalidad adicional para la celebración de un acuerdo trilateral.

Por lo que, el acuerdo trilateral es un contrato consensual de «hago para que des», puesto que, entre otras cosas, el/los adjudicadores deben realizar las inspecciones a la obra, hacer un seguimiento al desenvolvimiento del mismo, emitir opiniones, «recomendaciones» o «decisiones», según corresponda para recibir un pago por dicho servicio.

---

148 *Idem*, pp. 176-178.
149 *Ibidem*.

Asimismo, para la celebración del acuerdo trilateral, en principio, no se requiere ninguna formalidad especial, puesto que no existe norma alguna que establezca dicha formalidad, salvo que, para la oponibilidad de los efectos del acuerdo, se establezca en el mismo acuerdo, algún tipo de formalidad, conforme al artículo 1412 del Código Civil.[150]

Respecto al tiempo, los contratos se clasifican en aquéllos de ejecución inmediata, diferida, instantánea y los de duración.[151]

Al respecto, el contrato será de ejecución inmediata cuando sus prestaciones sean exigibles desde el momento de su celebración. Será de ejecución diferida cuando, habiéndose celebrado, la ejecución de sus prestaciones se difiera a una oportunidad común para todas ellas o a oportunidades diferentes para cada una.

De otro lado, será un contrato de ejecución instantánea, cuando las prestaciones de ambas partes se ejecuten conjuntamente, quedando cumplidas las obligaciones que forman la relación jurídica nacida del contrato.

El contrato será de duración, cuando las prestaciones que surjan de éste, se tengan que ejecutar necesariamente en el transcurso del tiempo, toda vez que, por su naturaleza, no se pueden ejecutar de manera instantánea. Los contratos de duración se pueden subdividir en: i) contratos de ejecución continuada y contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo; y ii) contratos de duración determinada, de duración determinable y de duración indeterminada.

---

[150] «Artículo 1412 del Código Civil.- Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. "La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente"».

[151] Consultar en: De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, pp. 179-185.

En el caso concreto, el acuerdo trilateral es un contrato de duración. Desde la óptica del adjudicador, es de duración continuada, puesto que las prestaciones a cargo de dicha parte se deben ejecutar a lo largo de un lapso de tiempo, por la duración del contrato de construcción, sin interrupciones. Y desde la óptica de las partes, será de tracto sucesivo, pues la prestación a su cargo, el pago por honorarios, es uno que se realiza mediante anticipos mensuales.

Respecto al rol económico, el acuerdo trilateral es uno de cambio,[152] al ser un contrato de «hago para que des».

Sobre la función del contrato, los contratos se clasifican en constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos.[153]

En el caso específico, este contrato es constitutivo y regulador, pues genera nuevas relaciones jurídicas patrimoniales entre las partes y el/los adjudicadores y se detallan las reglas aplicables para la ejecución de las prestaciones.

Respecto a los sujetos a quienes obliga, los contratos se clasifican en individuales y colectivos.[154]

En relación al contrato individual, las obligaciones afectan únicamente a las partes que celebran el contrato; es decir, sólo producen

---

[152] «Contratos de cambio son aquéllos destinados a la circulación de la riqueza y pueden presentar las cuatro modalidades tradicionales de doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas, a la que puede agregarse la más moderna de doy y hago para que des y hagas, a través de las cuales se materializan los contratos más usuales en el tráfico actual, como los de compraventa, permuta, locación de servicios, arrendamiento, etc. También comprendidos en la clasificación los contratos mediante los cuales circula la riqueza mediante el simple cambio, sin necesidad de intercambio, como ocurre el caso de la donación». Consultar en: *Idem*, p. 188.

[153] *Idem*, p. 178.

[154] *Idem*, pp. 185-188.

efectos entre ellas. Por el contrario, en el caso del contrato colectivo, se busca crear obligaciones no sólo a cargo de las personas que lo celebran, sino también a cargo de otras que no han intervenido en él.

En el caso concreto, el acuerdo trilateral es individual, pues sólo obliga a quienes lo celebran.

Sobre la prestación, «[t]radicionalmente el criterio estaba basado en la obligación y no en la prestación. De acuerdo con él, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales. Es contrato unilateral aquél en que una sola de las partes queda obligada, a diferencia del bilateral en que ambas partes quedan recíprocamente obligadas».[155]

Al respecto, Castillo, comentando lo expresado por De la Puente, agrega que: «Como señala el citado profesor, el Código Civil de 1984, siguiendo el modelo del Código Civil italiano de 1942, trata el contrato con prestaciones recíprocas en lugar del contrato bilateral».[156]

En ese sentido, el acuerdo trilateral es un contrato con prestaciones recíprocas, puesto que tanto las partes como el/los adjudicadores quedan obligados a ejecutar prestaciones, entre sí.

Respecto a la valoración, según este criterio, los contratos se clasifican en onerosos (a título oneroso) y gratuitos (a título gratuito).[157]

Sobre este punto, lo que determina el carácter oneroso de un contrato es la existencia de prestación y contraprestación, ambas principales y a cargo de las partes del contrato. Por el contrario, el contrato es

---

155 *Idem*, p. 162.

156 Castillo Freyre, Mario. *Estudio sobre el contrato de compraventa*. Lima: Ediciones Legales, 2003, p. 16.

157 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 162- 165.

gratuito cuando sólo existe una prestación principal a cargo de una de las partes.

El carácter gratuito u oneroso de un contrato puede ser esencial o natural. El carácter es esencial cuando es indispensable para la existencia del contrato; en cambio, el carácter es natural cuando pertenece al contrato, sin ser esencial, permitiendo el cambio voluntario de carácter, sin modificar la naturaleza del contrato.

En el caso específico, el acuerdo trilateral es oneroso y natural, siendo principales las prestaciones de ambas partes y nada prohíbe que éstas pacten su gratuidad.

En relación al criterio del riesgo, los contratos se clasifican en conmutativos y aleatorios.[158]

Al respecto, el contrato será conmutativo cuando cada parte conoce cuál es el contenido de su prestación y la de su contraparte, es decir, las prestaciones son ciertas. A diferencia de lo anterior, el contrato será aleatorio cuando la existencia o el valor concreto de la prestación o contraprestación dependen de un factor incierto, llámese riesgo o alea, al momento de celebrarse, lo cual puede alterar su contenido patrimonial.

En el caso concreto, el acuerdo trilateral es un contrato conmutativo, pues las partes del acuerdo conocen cuáles van a ser sus prestaciones, siendo que el riesgo relativo a la onerosidad que tendrán las prestaciones de las partes, es un riesgo normal que se deberá asumir.

Respecto a su formación, «[e]ste criterio ha dado lugar a una clasificación que está adquiriendo una gran importancia en la vida moderna, que es la de contratos de negociación previa y contratos de adhesión».[159]

---

158 *Idem.* pp. 167-171.

159 *Idem*, p. 188.

En principio, el acuerdo trilateral es un contrato de negociación previa, en el cual las partes y el/los adjudicadores pueden tener un margen de negociación previa, al, por ejemplo, establecer los honorarios o forma de pago de los mismos. Sin embargo, nada impide que el contrato se celebre por adhesión.

3.1.2. Tipo de contrato

Al respecto, consideramos que el contrato que celebran el propietario y el constructor con el adjudicador es un contrato de prestación de servicios.

El contrato de prestación de servicios «es aquel contrato típico (regulado por el ordenamiento jurídico nacional) y nominado (que tiene un *nomen iuris* o nombre jurídico asignado por el Código Civil peruano), por el cual un sujeto denominado prestador o locador de servicios se compromete a efectuar una prestación de hacer a favor de otro sujeto denominado comitente o locatario de servicios».[160]

En ese sentido, el objeto del mismo es que el adjudicador preste un servicio de prevención y/o solución de controversias derivadas del contrato de construcción donde el propietario y el constructor paguen una retribución o contraprestación; lo cual, de manera general, puede ser incluido dentro de la definición de prestación de servicios establecida en el Código Civil.[161]

En la práctica nacional, en el artículo 4 del Reglamento de la PUCP expresamente señala que el acuerdo trilateral es un contrato de servicio, a la letra dice:

---

[160] Beltrán Pacheco, Jorge A. «Definición». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo ix, p. 129.

[161] «Artículo 1755.- Por la prestación de servicios se conviene que éstos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente».

> Artículo 4.- Designación de él o los miembros de la JD
> […] *Antes del inicio de las actividades de la JD, cada uno de los miembros debe firmar un contrato de servicios con las partes*. Salvo pacto en contrario, si la JD está compuesta por tres (3) miembros, cada contrato debe contener sustancialmente los mismos términos y condiciones. […]. (Énfasis nuestro).

En comparación con lo que sucede con el locador en la locación de servicios,[162] el adjudicador no estaría sometido a instrucciones de la contraparte, sino a lo establecido en el acuerdo trilateral. Bajo esa línea, el adjudicador no está sujeto a directivas, indicaciones o sugerencias por las partes sobre medidas a seguir o decisiones a tomar.

Además, cabe señalar que, a diferencia del mandato, el adjudicador no debe rendir cuentas de su actuación ni al propietario ni al constructor, tal como lo exige el numeral 3 del artículo 1793 del Código Civil.[163] Ni el propietario y ni el constructor confieren al adjudicador, el poder de gestionar un negocio por su cuenta, haciendo recaer los efectos de esta actividad en su esfera jurídica patrimonial.[164]

Adicionalmente a lo anterior, podemos apreciar que el adjudicador no actúa a nombre de las partes a quienes juzga, sino, por el contrario, obra en nombre propio, en el interés de la correcta ejecución del proyecto.

---

[162] En este caso, cabe precisar que, si bien la labor del locador no está sujeta a subordinación, se reconoce que el acreedor puede dar indicaciones o exteriorizar condiciones al locador a modo de sugerencia, lo cual no puede hacer el propietario o el constructor, respecto a la labor del adjudicador. Consultar en: Beltrán Pacheco. *Op. cit.*, p. 167.

[163] «Artículo 1793.- El mandatario está obligado:
[…]
3. A rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante».

[164] Palacios Martínez, Eric. «Artículo 1790 del Código Civil, definición de Mandato». En Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, tomo ix, p. 198.

3.1.3. Partes del acuerdo trilateral y sus obligaciones[165]

Al haber establecido que el acuerdo trilateral es un contrato, nos guiaremos de la definición de De la Puente sobre la parte contractual. Sobre el particular, se define a la parte del contrato prescindiéndose la equiparación de parte a la del sujeto del acto y refiriéndose, más bien, como «centro de interés».

En tal sentido, parte del contrato es «el "centro" en el cual recaen los intereses que se buscan satisfacer mediante la celebración del contrato»,[166] esto es para no descartar la posibilidad de la conformación como parte contratante de una pluralidad de sujetos; claro está, agrupados bajo un mismo interés.

Seguidamente, De la Puente subraya que:

> Debe tomarse en consideración que la sola coexistencia de dos partes con intereses iguales no da lugar a la formación de la relación jurídica, pues para ello es necesario que dichas partes se pongan de acuerdo, que ambas tengan la voluntad común de celebrar el contrato. No se olvide que el contrato (declaración conjunta de una voluntad común), y no las voluntades separadas de las partes, es el acto jurídico que crea la relación jurídica.[167]

En el caso concreto, las partes del acuerdo trilateral serán el propietario, el constructor y el adjudicador.

Respecto al propietario y al constructor, éstas son las partes del contrato de construcción que deciden, mediante un acuerdo de voluntades, la resolución y/o prevención sus controversias derivadas del contrato de

---

[165] Este tema será desarrollado con mayor profundidad en el Capítulo 2, cuando se aborden las partes del DB.

[166] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, p. 56.

[167] *Ibid,* p. 59.

construcción mediante un DB, existiendo una identidad de partes del acuerdo de DB y el acuerdo trilateral.

Respecto al adjudicador, este es el sujeto que brindará un servicio al propietario y al constructor, para la prevención y/o resolución de controversias surgidas en la ejecución del contrato de construcción, dentro de los márgenes previstos en el acuerdo trilateral.

Cabe señalar que las partes del acuerdo trilateral deberán asumir una serie de obligaciones y deberes, teniendo como contrapartida derechos que reclamar.

En primer lugar, los profesionales que se designen deberán ser personas independientes, imparciales y que reúnan las calificaciones establecidas convencional o legalmente, siendo que esta obligación se debe mantener durante la ejecución del contrato de construcción.

Al respecto, las partes tienen derecho a conocer cualquier hecho que afecte lo antes indicado y, de ser el caso, el propietario y/o el constructor podrán determinar si tal hecho generaría la consecuencia de determinar la salida del adjudicador o la dispensa del mismo, según crean conveniente a su derecho.

En segundo lugar, una vez firmados el acuerdo de DB y el acuerdo trilateral, tanto el propietario y el constructor podrán exigir al adjudicador, iniciar o continuar con las actuaciones establecidas en dicho acuerdo, como, por ejemplo, la solicitud de emisión de una opinión informal, para lo cual el adjudicador contaría con una serie de prerrogativas, a fin de cumplir con su función de conductores del DB y proseguir con éste, aun con la negativa y/u obstrucción de alguna de las partes; y, de esta manera, poner fin a las disputas existentes entre las partes con la emisión de una «determinación».

Además, el propietario y el constructor también tienen derecho a exigir un trato igualitario, teniendo la oportunidad suficiente como para poder hacer valer sus derechos; dentro del límite de las reglas pactadas en el acuerdo trilateral, normas imperativas, el principio de buena fe y, sobre todo, la razonabilidad que deberá aplicar el adjudicador en cada caso.

Adicionalmente, el propietario y el constructor tienen el deber y el derecho a que las actuaciones llevadas a cabo se realicen de manera confidencial, de pactarlo así en el acuerdo.

Asimismo, el propietario y el constructor tienen derecho a que el adjudicador emita pronunciamiento sobre lo que es sometido a su consideración, para emitir una opinión o «determinación» dentro del plazo establecido para ello.

Como contrapartida de lo indicado en los párrafos precedentes, el propietario y el constructor deberán prestar colaboración al adjudicador en el desarrollo de la ejecución del contrato de construcción y observar en todo momento el principio de buena fe en el curso de las actuaciones del adjudicador, pues la colaboración y la buena fe deben estar presentes en toda relación contractual, lo cual significa que se actúe lealmente, a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan de la manera que resulten más beneficiosas para la contraparte, aunque, desde luego, ello no imponga sacrificios desmedidos.[168]

De otro lado, las partes tienen la obligación de pagar al adjudicador sus honorarios profesionales por la labor que va a desempeñar.

Sobre el particular, consideramos que se tiene que establecer un procedimiento de pago en el acuerdo trilateral, siendo que, en caso no se pacte modalidad alguna de pago, se utilizaría de manera supletoria lo dispuesto en el artículo 1240 del Código Civil, el cual prescribe que si no hubiese plazo designado, el acreedor, en ese caso, el adjudicador pue-

[168] Para mayor profundidad, Consultar en: *Ibid*, pp. 378-380.

de exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación, es decir, después de suscrito el acuerdo trilateral.

Además, cabe preguntar qué es lo que sucede ante el incumplimiento de pago de una de las partes.

Al respecto, consideramos que los adjudicadores pueden facultar la asunción de los pagos de la contraparte durante el desarrollo del DB. Al existir un derecho que tienen las partes para poder, si lo desean, seguir adelante con el procedimiento de DB. Sin perjuicio de lo anterior, al estar ante un supuesto de incumplimiento contractual, el mismo podría derivar en una resolución del acuerdo trilateral.

En ese sentido, teniendo en consideración lo anterior, consideramos necesario que las partes del acuerdo trilateral señalen la forma de pago y las consecuencias de dicho incumplimiento, como, por ejemplo, que se pueda facultar a la otra a asumir tal pago. Asimismo, frente al no pago de los honorarios del/los adjudicadores, los mismos podrán disponer la suspensión de sus actuaciones (por lo tanto, también el cumplimiento de sus funciones) o disponer la terminación del DB.

Finalmente, resulta lógico que si estamos frente a una relación contractual, las partes tengan derecho a exigir al adjudicador una indemnización por los posibles daños y perjuicios que se causen en el ejercicio de sus funciones; sin embargo, tal responsabilidad de los adjudicadores sólo se presentará cuando exista dolo o culpa inexcusable y no cuando estemos frente a culpa leve, conforme se establece en el artículo 1762 del Código Civil.[169]

[169] «Artículo 1762.- Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable».

3.1.4. La relación contractual entre el propietario, el constructor y el adjudicador

Al haberse establecido la existencia de un contrato, es necesario entrar a analizar qué tipo de relación contractual existe, entendiendo por relación contractual, a la fuente de relaciones jurídicas obligatorias, que busca disciplinar las obligaciones en sus múltiples fases de cumplimiento.[170]

En el acuerdo trilateral, encontramos que el propietario y el constructor celebran el contrato con el/los adjudicadores con la finalidad de que éstos prevengan y resuelvan todas sus controversias derivadas del contrato de construcción.

Ello significa que las personas que celebraron un contrato de construcción y que optaron por elegir como forma de solución de controversias el DB, necesitarían, por la naturaleza del mismo, la cooperación de, por lo menos, un sujeto (un adjudicador, en caso de que decidan resolver sus controversias con la asistencia de uno solo) que les brindará un servicio a cambio de una retribución patrimonial.

Sin embargo, es necesario precisar que, del acuerdo trilateral que celebran el propietario y el constructor con el/los adjudicadores, se derivan tantas relaciones como adjudicadores existan, ya que consideramos que son el propietario y el constructor quienes contratan con cada uno de los adjudicadores que se designan.

En ese sentido, la relación partes-adjudicadores quedaría graficada de la siguiente forma:

---

[170] Messineo, Francesco. *Op. cit.*, pp. 72-73.



Lo anterior se ve reflejado de diversas formas, entre las cuales encontramos la forma de cumplimiento del pago de la contraprestación de los servicios por las partes hacia los adjudicadores. En ese caso, son las partes quienes asumen individualmente sus obligaciones frente al adjudicador, no siendo responsables por el no cumplimiento de alguna de las obligaciones de su contraparte.

Cabe señalar que, en caso una parte asuma los costos del DB a cargo de su contraparte, dicha parte podrá exigir a la parte deudora el reembolso de todos los importes pagados.[171]

Otro ejemplo mediante el cual se puede apreciar que las relaciones jurídicas entre el propietario, el constructor y los adjudicadores son separadas, que se puede observar en la posible responsabilidad contractual en que incurriría un adjudicador en el no cumplimiento, en el cumplimiento defectuoso o en el cumplimiento tardío de las obligaciones establecidas; como, por ejemplo, no efectuar las labores de prevención

[171] Este punto se desarrollará con mayor profundidad en el Capítulo 2, en la sección referida a la falta de pago.

de disputas. La responsabilidad no es asumida como un colegiado por los adjudicadores (en caso se designe a varios), sino se asumen individualmente, quienes responderán ante la parte afectada, no siendo necesariamente las dos partes afectadas con dicho comportamiento.

3.1.5. Contenido del acuerdo trilateral

El acuerdo trilateral, tal como hemos explicado, es un contrato mediante el cual el/los adjudicadores se comprometen a realizar dos prestaciones (prevención y resolución de controversias) a cambio de una contraprestación[172] (retribución), la cual sería asumida por el propietario y por el constructor.

En dicho contrato, es necesario que se establezcan las reglas del procedimiento a llevarse a cabo en el desenvolvimiento del DB o la incorporación de reglas por referencia.

Al respecto, como anexo a la presente investigación, se adjuntará un modelo de acuerdo trilateral. Sin perjuicio de ello, a continuación detallaremos el contenido de las cláusulas esenciales que se deben pactar en el acuerdo trilateral.[173]

- **Sobre las relaciones entre las partes del contrato de construcción y el DB.**

  En dicha cláusula, se debe establecer que los adjudicadores actúan como un agente independiente y no como empleado del propietario ni del constructor. Asimismo, se establece que los adjudicadores no pueden participar en procedimientos o pro-

[172] Cabe precisar que existe una posibilidad de que no exista contraprestación alguna, con lo cual el contrato sería gratuito. Sin embargo, este supuesto no es objeto de la presente tesis.

[173] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 44 y Hunt, Robert. *Op. cit.*, pp. 2 y ss.

cesos de solución de disputa adicionales al DB, ya que su actuación está enmarcada bajo confidencialidad. Además, se debe incluir un pacto de responsabilidades del DB, estableciéndose que el DB no es responsable por los posibles daños personales o profesionales causados por el desarrollo o relacionados a la actividad del DB. Sin embargo, dicho pacto de responsabilidades se tiene que leer a la luz de lo establecido en el artículo 1328 del Código Civil,[174] mediante el cual se establece la nulidad de todo pacto que establezca una exclusión o limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor.

Es en ese sentido que, el pacto de exclusión o limitación de responsabilidad protege al adjudicador frente a demandas por posibles «daños» causados por el ejercicio regular de sus actuaciones. Sin embargo, dicho pacto no lo protege en los casos en que el adjudicador incurre en dolo o culpa inexcusable. Es decir, sería inadmisible que el deudor que, deliberadamente, incumple su obligación, quede sin sanción. Lo contrario significaría que el adjudicador tendría la facultad, a su arbitrio, de cumplir o incumplir el contrato, lo cual contraviene el «principio de corrección y buena fe contractual».

Asimismo, dicho pacto no protege al adjudicador cuando incurra en una omisión de la mínima diligencia;[175] es decir, en la omisión de aquellas precauciones que están al alcance de las personas u hombres menos cautos.

---

[174] «Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

[175] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores, 2008, 1.ª edición, p. 851.

- **Las partes y los miembros del DB.**

  En esta sección se debe definir quién es el propietario y el constructor. En caso sean personas jurídicas, se designaría a un representante. Asimismo, se establece quiénes serían los adjudicadores que conformarán el DB.

- **El alcance del acuerdo trilateral.**

  Se debe determinar cuál es el fin por el cual se firma el acuerdo trilateral, es decir, justamente señalar que el DB se encargará de la prevención y/o resolución de controversias surgidas del contrato de construcción firmado entre el propietario y el constructor.

- **Ley aplicable.**

  En algunos casos, las partes pueden ser de diferentes países; la construcción de la obra puede ser en un país diferente a la de la nacionalidad de las partes o el financiamiento de la misma puede ser con capital extranjero; con lo cual, sería necesario establecer cuál es la ley aplicable que debe ser tomada en cuenta para resolver las disputas y/o controversias surgidas en el desenvolvimiento del contrato de construcción.

- **Inicio, período de funcionamiento y terminación del DB.**

  Por lo general, el inicio del DB se da en paralelo con el inicio del contrato de construcción. Sin embargo, el DB se puede constituir en un momento posterior a una controversia por decisión del propietario y el constructor.

  Respecto al período de funcionamiento, el mismo inicia con la suscripción del contrato de construcción hasta la entrega de la obra.

Respecto a la terminación del DB, en un principio, es hasta la entrega de la obra. Sin embargo, las partes pueden establecer que el mismo funcione hasta la liquidación de la misma.

- **Reglas de procedimiento de actuación de los adjudicadores.**

  En esta cláusula se detallaría, entre otras cosas, el procedimiento de prevención y resolución de las disputas, los plazos en general, el tiempo para la emisión de la «recomendación» o «decisión», la forma de llevar a cabo las inspecciones, monitoreo, visitas *in situ* y audiencias, de ser el caso.

  Al respecto, consideramos que se debe dejar abierta la posibilidad de que, teniendo en consideración el avance de la obra, se puedan modificar las reglas establecidas.

- **Honorarios de los adjudicadores.**

  En esta cláusula se detallarían los términos y condiciones para el pago de honorarios de los miembros del DB.

- **Arbitraje entre el propietario, constructor y los adjudicadores.**

  Dentro de las cláusulas que se deben abordar en el acuerdo trilateral, una de ellas debe estar referida a los reclamos o disputas surgidas respecto del mismo. Para esto, la industria de la construcción, señala que el arbitraje es el método de resolución de conflicto dentro de los acuerdos trilaterales.[176]

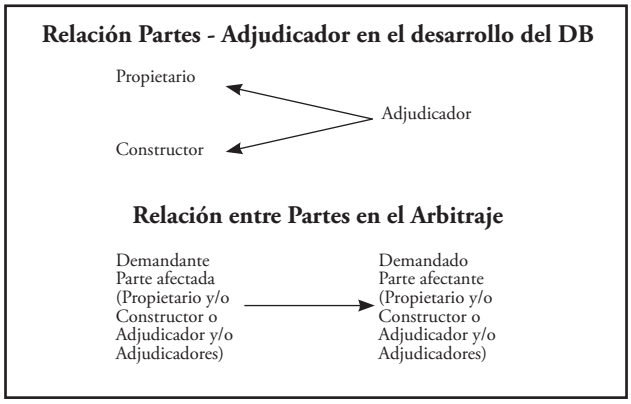
  El arbitraje resolverá las disputas en caso cualquier parte incumpla una obligación derivada del mismo. Por ejemplo, el incumplimiento del pago de honorarios al adjudicador o que

[176] Owen, Gwyn y Brian Totterdil. *Op. cit.*, p. 45.

un adjudicador no esté disponible reiteradamente al momento de ir a las visitas *in situ,* etc.

En ese sentido, quien se vea afectado por algún tipo de conducta que contravenga el acuerdo trilateral puede demandar a la parte incumplidora ante un arbitraje, con el cual dicha disputa o reclamo quedaría zanjada de manera definitiva.

La relación entre las partes involucradas en el arbitraje derivado por los reclamos que puedan surgir relacionados con el acuerdo trilateral, se puede graficar de la siguiente forma:



Como se puede apreciar, en contraposición de la relación partes-adjudicador que surge en el desarrollo del DB, la relación entre las partes en el arbitraje, es únicamente entre la parte afectada y la parte afectante, puesto que las obligaciones no se asumen de forma conjunta, sino de forma individual, no siendo, necesariamente, todas las partes las afectadas con el comportamiento del incumplidor.

Este tipo de cláusula es relevante y necesario, pues en caso no sea pactada la cláusula de arbitraje en el acuerdo trilateral, dicha disputa o reclamo se derivaría a los tribunales estatales para su resolución.

3.2. El acuerdo de Dispute Board *en el contrato de construcción*

En un principio, debemos señalar que el acuerdo de DB es un contrato, en virtud del cual las partes del contrato de construcción deciden enrumbar las futuras controversias surgidas en la obra a un panel expertos, conocidos como adjudicadores. Lo recomendable es que dicho acuerdo esté suscrito dentro de una cláusula de solución de controversias, siendo parte del contrato de construcción.

Queda claro, que el Acuerdo de DB no se vincula con la existencia de un conflicto, sino con el obrar preventivo de las partes que, ante posibles desacuerdos en la ejecución de la obra, comprometan las soluciones al panel de expertos, los cuales se manifestaran de diversas formas como, por ejemplo, mediante opiniones informales o «determinaciones».

Al respecto, consideramos que el acuerdo de DB está ligado al contrato de construcción, por lo que si este último no existiera, automáticamente desaparecería el interés de las partes para acudir a un DB. Por lo que, para que sea considerado como legalmente formado, se debería analizar el acuerdo del DB conjuntamente con el contrato de construcción, para verificar que ambos cumplan con los presupuestos de validez consagrados en el artículo 140 del Código Civil.

En este orden de ideas, el estudio de la formación legal del pacto del DB presupone que exista capacidad para celebrar el contrato de construcción; es decir, que el consentimiento con relación al incurrir al DB, sea un objeto lícito; y, por último, la causa del mismo.

Como bien señalamos anteriormente, el acuerdo de DB funciona bajo una cláusula escalonada en donde se encuentra estipulado como último peldaño el arbitraje; sin embargo, cabe precisar que las características especiales que tiene cada peldaño deben ser analizadas por separado; ello quiere decir, que las características intrínsecas del convenio arbitral no pueden ser tomadas para el acuerdo de DB, como por ejem-

plo, la separabilidad de la cláusula arbitral o el *kompetenz-kompetenz*, entre otros.

Por ello, procederemos a explicar cuáles son las características y el contenido de un acuerdo de DB.

3.2.1. Características del acuerdo de **Dispute Board**

3.2.1.1. Formalidad

La formalidad es la manera, el medio o el modo como debe expresarse la voluntad común de las partes para generar un acto jurídico existente y válido. La forma en el acuerdo de DB constituye la manera o el modo como se expresa o manifiesta la voluntad común de las partes, de someter su controversia de derecho disponible al DB.

Gullón Ballesteros, secundado por Puig Brutau,[177] manifiestan que las formalidades contribuyen a los siguientes propósitos: primero, las formalidades facilitan la interpretación y ejecución del negocio; segundo, al existir una manifestación sensible de la voluntad y de su contenido completo; tercero, al existir huellas de la celebración del negocio y de la voluntad expresada, se reducen las dificultades probatorias disminuyendo litigios; y, por último, como consecuencia de la formalidad, el negocio adquiere visibilidad ante terceros siendo ello importante al existir la multiplicidad de partes no signatarias al acuerdo del DB, cumpliendo una función de publicidad y de seguridad.

Actualmente no existe ningún dispositivo legal que establezca los parámetros de elaboración de un acuerdo de DB, por lo mismo debe entenderse que el mismo puede regirse bajo una libertad de forma. Sin embargo, al ser un acuerdo relevante para la constitución del DB y dado

[177] Citados por Lohmann Luca de Tena, Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 1997, 2.ª edición, p. 133.

que en el Perú no se tiene una cultura sobre los DB, es mejor establecerla por escrito y debidamente suscrito por los comparecientes.

3.2.1.2. Formas que puede adoptar el acuerdo de Dispute Board

Lo recomendable y lo que la práctica de la industria de la construcción ha establecido, es que el acuerdo de DB adopte la forma de una cláusula escalonada de solución de controversia insertada en el contrato de construcción, de acuerdo a lo explicado anteriormente en la presente investigación.

De esta forma se otorga al acuerdo de DB plena eficacia y se reconoce su condición de acuerdo inseparable del contrato en el que se inserta. Si bien hemos señalado anteriormente que dicho acuerdo debe ser por escrito, no consideramos que el mismo, pueda darse bajo otros medios como un intercambio de información mediante una comunicación electrónica, así sea una información accesible para su ulterior consulta.

Además, cabe inferir que este acuerdo, no puede ser tomado como una cláusula sin importancia dentro del contrato de construcción. Uno de los errores latentes respecto a la elaboración de este tipo de cláusulas, es que recién cuando aparece una disputa en la obra, las partes se ponen a revisar, analizar e interpretar su cláusula de solución de controversias. Ello genera una de las ineficacias en la administración de contratos de construcción, ya que las partes deben ser conscientes de cuáles son los pasos a seguir al momento que surja una controversia, siendo un error el pretender copiar una cláusula modelo de otro contrato de construcción.

3.2.2. Contenido del acuerdo de **Dispute Board**

Mediante el acuerdo de DB se reconoce la existencia de un convenio entre las partes para que un DB acompañe la ejecución de la obra, y solucione las controversias que se suscitan dentro de la obra.

En dicho acuerdo, si bien no se establecerán las reglas de procedimiento bajo las que actuarán los adjudicadores y las partes (acuerdo trilateral), sí es necesario precisar su contenido para un uso eficaz del mismo:

- **Consentimiento expreso para recurrir al DB.**

  Las partes deben dejar constancia de manera expresa sobre su intención de recurrir al DB como un mecanismo de prevención y resolución de conflictos durante la ejecución de la obra.

- **Procedimiento de designación de adjudicadores.**

  Es necesario que las partes indiquen el procedimiento para la designación de los adjudicadores que conformarán el DB. Asimismo, deben establecer el número de adjudicadores que van a acompañar la ejecución de la obra, teniendo en cuenta la complejidad y duración de la obra.

- **Profesión y especialidad de los adjudicadores.**

  Es necesario que se establezca la profesión y especialidad de los adjudicadores. Dado que existe una diversidad en tipos de obra, no siempre se van a requerir a los mismos profesionales. Y es que, si bien los adjudicadores están pensando en profesionales relacionados a la carrera de ingeniería o arquitectura, es necesario que, por lo menos, exista un abogado en el panel de expertos, dándole el marco de legalidad que se necesita. Sobre los requisitos y número de adjudicadores, se explicará en el Capítulo 2.

- **Establecimiento del tipo de DB.**

  Se establece el tipo de DB que se va a llevar a cabo, estableciendo si va a ser un DRB, DAB, CBD y si va a ser un DBAH o un DBI.

- **Recurrir a un arbitraje en caso se emita un desacuerdo.**

  Las partes deben de estipular que en caso una de las partes está en desacuerdo con una «determinación» emitida por el DB, es necesario que inicie un arbitraje para que el tribunal arbitral revise, analice y laude sobre la disputa que dio inicio la emisión de la «determinación».

- **Plazo para recurrir a un arbitraje en caso se emita un desacuerdo.**

  Las partes deben estipular que en caso una de las partes está en desacuerdo con una «determinación» emitida por el DB, es necesario que inicie un arbitraje. Para ello, es necesario que las partes estipulen un plazo que se cuente desde el momento de la emisión del desacuerdo hasta el arbitraje, con la finalidad de señalar que si no se ha iniciado el arbitraje en el plazo pactado, ello genera que, de la «determinación», se convierta automáticamente en final y vinculante para las partes.[178]

- **Recurrir a un arbitraje por incumplimiento de una determinación.**

  Una vez que la «determinación» sea final y vinculante, si una de las partes no cumple con lo emitido por el DB, es necesario que las partes acuerden que la futura parte afectada pueda recurrir a

[178] El análisis del concepto de una determinación final y vinculante será desarrollado en el Capítulo 2.

un arbitraje para que se ordene la ejecución y cumplimiento de la «determinación».

Como se puede observar, el acuerdo de DB, no es una simple cláusula que puede ser copiada de otro contrato de construcción, sino la misma es un contrato complejo donde se debe de manifestar los intereses del constructor y el propietario ante el establecimiento y funcionamiento del DB.

4. Tipos de *Dispute Boards*

Como se ha explicado, los DB tienen dos funciones básicas: la de prevención y resolución de disputas.

Los DB, en la función de resolución de disputas pueden ser pactados, necesariamente, con respecto a la decisión de los adjudicadores y en relación al método de actuación de los adjudicadores.

Dichos tipos se explicarán a continuación.

4.1. En torno a la decisión de los adjudicadores

Vamos a abordar la clasificación con respecto a la decisión de los adjudicadores. En ese sentido, los DB pueden ser DRB, DAB o CDB.

4.1.1. Dispute Adjudication Board

Al momento de surgir una controversia, cuando el DAB tiene que resolverla, emite «decisiones», las cuales deberán ser cumplidas desde el momento de su notificación.

Si ninguna de las partes manifiesta su desacuerdo en el plazo establecido, las partes quedan contractualmente obligadas a cumplir la decisión del DAB.[179]

Paredes citando a Castro, señala que si bien un DAB emite una «decisión» inmediata y obligatoria, no obstante ser potencialmente transitoria, tiene la finalidad de que el procedimiento de solución de la controversia no sea un obstáculo para la ejecución ininterrumpida del proyecto.[180] Es por ello que si bien existe la posibilidad de que una de las partes exprese su desacuerdo con la «decisión», y ésta someta la disputa a un arbitraje para que sea resuelta definitivamente, las partes están contractualmente obligadas a acatar la «decisión» del DAB, mientras ésta no haya sido revocada por un tribunal arbitral o juez competente.

En ese sentido, Bunni señala que:

> El rol del DAB en una disputa no tiene una naturaleza consensual ni amical. El rol es uno de decisión, como el del ingeniero bajo la cláusula 67 de la 4.ª edición del Libro Rojo.[181]

Como ventaja de los DAB encontramos que, si es necesario, se pueden ejecutar mediante procedimientos legales. Asimismo, la naturaleza vinculante de la «decisión» causaría que la misma no sea ignorada por la parte perdedora (incumplimiento contractual) y disminuye suspicacias de corrupción en los casos en que un empleado público autoriza un pago que no sea obligatorio.[182] Además, la «decisión» puede ser pre-

---

179 PAREDES CARBAJAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 112.

180 PAREDES CARBAJAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 113.

181 Traducción libre: «The role of a Dispute Adjudication Board in dispute settlement is neither consensual nor one of an amicable nature. It is a decision making role, as that of the traditional engineer under clause 67 of the 4th edition of the Red Book». En BUNNI, Naël. *Dispute Boards with particular emphasis on Fidic's DAB Procedure*. Consulta en: bit.ly/1pksMaQ.

182 Traducción libre. El texto es el siguiente:
«If necessary, may be enforced by legal processes […]

sentada como medio probatorio en un posible litigio sobre la disputa y que, difícilmente, sería dejada de lado o revocada por otro ente, debido a que dicha «decisión» refleja la opinión de uno o varios expertos en la materia y que han estado involucrados directamente con la obra.

Como desventajas de los DRB, encontramos que las controversias son litigadas de una forma más dura, los costos para la preparación de las audiencias y el tiempo dedicados a ellas son mayores, se presenta más documentación ante el DB, existe una posibilidad mayor que las partes asistan representadas por abogados y la «decisión» final no la elaboran las partes.[183]

4.1.2. Dispute Review Board

En este caso, a diferencia de los DAB, en el DRB se emiten recomendaciones. Dichas recomendaciones no son vinculantes (*non-binding*).

Cabe precisar que la presente metodología de actuación es la forma original como se concibió los DB, en el cual los adjudicadores recomendaban si el reclamo debía ser aceptado o no.

Asimismo, precisamos que las recomendaciones no son de obligatorio cumplimiento, si una de las partes emite su desacuerdo ante una

---

The binding nature of the decision is unlikely to be ignored even by an unwilling or an impecunious party (breach of contract).
[…]
Eases situations in jurisdictions where corruption and suspicion may arise if any public employee authorizes payments that are not absolutely compulsory». En Chapman, Peter. *Op. cit.*, p. 8.

[183] Traducción libre. El texto es el siguiente:
«- Matters often harder fought as there is more to play for.
- Hearing preparation costs, hearing time and costs are likely to be more.
- Generally more documentation is put before the DB.
- Higher chance of legal representation.
- Final decision taken away from the parties». En *ibidem*.

recomendación, dentro del plazo pactado. Está habilitada para iniciar la controversia original frente a un tribunal arbitral u órgano de jurisdicción, según esté previsto en el contrato de construcción.

Bunni grafica dicha situación de la siguiente forma:

> Por lo que, en esencia, el proceso involucra un acuerdo amigable de la disputa, dejando a criterio de las partes la decisión de adoptar o no la recomendación no vinculante del DB. Así, se puede decir que en el DRB se lleva a cabo una forma de resolución consensual de disputas, donde una recomendación puede significar una ayuda para cuantificar los montos en disputa o para proveer a las partes un tiempo para decidir si llevan la disputa ante un tribunal arbitral o una Corte.[184]

La ventaja principal del DRB es que la «recomendación» puede influenciar a las partes a arreglar sus disputas de forma directa, evitando costos adicionales para resolver la disputa mediante un arbitraje o el Poder Judicial.

Esto se debe a que la «recomendación» es un indicativo de cómo una Corte o árbitro pueda resolver la disputa. Además, la «recomendación», que refleja la opinión de uno o varios expertos en la materia y que han estado involucrados directamente con la obra, puede ser presentada como medio probatorio en un posible litigio sobre la disputa; y, difícilmente, sería dejada de lado o revocada por otro ente.

---

[184] Traducción libre: «Therefore, in essence, the process involved an amicable settlement of disputes leaving it to the parties to decide as to whether or not they want to accept the Board's non-binding recommendation. Thus, it can be said that the adopted concept of a Dispute Review Board was a consensual form of dispute resolution where a recommendation could be a step towards an assessment of the quantum or towards providing the parties with a certain amount of time before they decided as to whether or not to take the dispute further in the dispute resolution ladder to an arbitral tribunal or a court». En Bunni, Naël. *Loc. cit*.

En ese sentido, la guía del *American Society of Civil Engineers* de 1991, señala lo siguiente:

> Es difícil de imaginar que una de las partes gaste el tiempo y dinero para impugnar la recomendación elaborada por un panel de expertos informados ante un juez o jurado, salvo que la recomendación de los expertos técnicos sea contraria a un principio legal.[185]

Otra ventaja de los DRB es que el procedimiento no es amenazante, lo cual se debe al impacto psicológico que tiene el valor de la «recomendación»; ya que las partes, en última instancia, tienen la elección de tomar una decisión sobre la controversia, al no ser vinculante la «recomendación».

En caso alguna de las partes no expresara su desacuerdo con la «recomendación», dentro de un plazo establecido en el contrato, las mismas recién se encontrarían contractualmente vinculadas a cumplir con la «determinación» emitida por el DB.[186] En ese sentido, se puede apreciar la diferencia fundamental con la «decisión», la cual es vinculante, existiendo o no un pronunciamiento sobre un desacuerdo por parte del propietario o constructor.

---

[185] Traducción libre: «It is difficult to imagine either party expending the time and money to submit the recommendation of an impartial board of informed experts to a judge or jury, unless the recommendation of the technical experts is contrary to a basic legal principle». Consulta en *American Society of Civil Engineers* (*Technical Committee on Contracting Practices of the Underground Technology Research Council*), *Avoiding and Resolving Disputes during Construction: Successful Practices and Guidelines*. Citado por McMillan, Daniel D. and Robert A. Rubin. *Dispute Review Boards: Key Issues, Recent Case Law, and Standard Agreements*. Consulta en: http://www.jonesday.com/files/Publication/c5a56557-cd3d-4d87-8016-7b1cc97b7b73/Presentation/PublicationAttachment/687469fcb265-4631-9672-e35fef36481c/DisputeReview.Construction.25.2.Spring05.pdf.

[186] Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 23.

Por ello, no se requiere una mayor preparación para las audiencias, pues las audiencias son cortas y simples. Por esta razón, sus costos se reducen.[187]

Por último, una de las desventajas es que el DRB permite que la parte perdedora posponga el momento de «ajustar cuentas» con la sola notificación de llevar la controversia a arbitraje y que la recomendación emitida sea ignorada por la parte perdedora, si es que en el contrato no se prevé alguna forma para hacer cumplir su observancia.[188]

4.1.3. Combined Dispute Board

En los contratos de construcción, al momento de elegir el tipo de DB, las partes tienen diferentes intereses. Por parte del constructor, éste prefiere el DAB, y por parte del propietario, éste prefiere el DRB.[189]

La causa de esta preferencia se debe a que, por lo general, es el constructor el que inicia el procedimiento de resolución de controversias por mayores gastos generales o ampliaciones de plazo. Entonces, si el DB emite una decisión, la misma es vinculante, lo cual se traduce en que el propietario desembolse una suma de dinero a favor del constructor, sin importar que la misma sea revocada posteriormente por un tribunal arbitral o por el Poder Judicial.

---

[187] Traducción libre. El texto es el siguiente:
«- Non-threatening process.
- Less hearing preparation effort required.
- Shorter hearings.
- Simpler hearings.
- Hearing costs reduced». En CHAPMAN, Peter. *Op. cit.*, p. 7.

[188] Traducción libre. El texto es el siguiente:
«Enable the losing party to postpone the day of reckoning merely by giving the required notice of arbitration. The recommendation may be ignored by the 'losing' party without any contractual powers of enforcement». En *ibidem*.

[189] Entrevista a BUNNI, Naël, Paul-A. GÉLINAS, Pierre GENTON y Peter WOLRICH. «ICC Dispute Board Rules: Practitioners' Views». Entrevista por Mélanie Meilhac. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2007, vol. 18/n.° 1, p. 4.

Es en ese marco que, en septiembre del 2004, la ICC implementa en su Reglamento de DB un nuevo tipo, el CDB.

Este tipo de DB se diferencia de los demás por la flexibilidad que brinda al momento de emitir el dictamen que resuelve la controversia.

De acuerdo al numeral 3 del artículo 6 del Reglamento de la ICC, por regla general, el CBD emite una «recomendación». Sin embargo, el CDB puede emitir una «decisión» cuando una parte lo solicita y ninguna otra parte se opone a ello.[190] En caso de oposición, el CDB decidirá si emite una «recomendación» o una «decisión», en función de los criterios enunciados en el Reglamento del ICC.

Lo cual significa que el CDB representa, pues, una opción híbrida entre el DRB y el DAB, que brinda los beneficios de los dos tipos de DB.

Al respecto, Genton señala que:

> En orden de alcanzar la eficiencia en prevenir como resolver disputas, los CDB son usualmente usados como DRB y emiten recomendaciones no vinculantes, lo que permite que la disputa sea resuelta directamente por las partes mediante negociación, lo cual preserva la relación entre las partes. Cuando la disputa alcanza una forma que puede poner en riesgo la performance del contrato, de una de las partes o de las dos, se puede pedir al CDB que se emita una decisión. Esta situación implica que la decisión es hecha por una tercera parte y es vinculante a las partes, con las consecuencias que ello involucra.[191]

---

[190] Harbst, Ragnar y Volker Mahnken. *Op. cit.*, p. 312.

[191] Entrevista a Bunni, Naël, Paul-A. Gélinas, Pierre Genton y Peter Wolrich. *Idem.*

Si bien la flexibilidad brinda un beneficio al momento de elegir este tipo de DB, cabe señalar que también tiene defectos.

Uno de ellos, es la inexistente predictibilidad sobre la manera de decidir la forma de resolución de la disputa. Ya que, si las partes no llegan a un acuerdo si el DB emite una «recomendación» o «decisión», la misma se deja a criterio del DB. En opinión de Chern,[192] las partes cuentan con un escenario más amigable y menos rígido que un DRB o un DAB. Sin embargo, este tipo de DB no es recomendable en aquellas ocasiones que el DB es un concepto nuevo para los actores que interactuarán en el marco del mismo.

4.2. En torno al método de actuación de los adjudicadores

En esta sección se va a abordar la clasificación del DB respecto al método de actuación de los adjudicadores. En ese sentido, los DB pueden ser *Dispute Board* Institucional o *Dispute Boards Ad-Hoc*.

4.2.1. Dispute Board Institucional

DBI es como se conoce normalmente a los DB. Al respecto, Crivellaro señala que el DBI:

> […] es nombrado por las partes al momento de concluir la suscripción del contrato y recibe el mandato para resolver todas las controversias que puedan derivar durante su ejecución. Tiene por misión la de visitar periódicamente el sitio de las obras para familiarizarse con los problemas del proyecto específico, y así estar listo a recibir y pronunciarse sobre reclamos de una u otra parte a medida que surgen desacuerdos entre ellas.[193]

[192] Chern. *Op. cit.*, p. 23.
[193] Crivellaro, Antonio. *Op. cit.*, p. 8.

Este tipo de DB se encuentra previsto en el Libro Rojo del Fidic[194] y en el Reglamento ICC.[195]

Al respecto, el DBI se encuentra constituido desde el inicio de la obra, tiene la obligación contractual de visitarla periódicamente y se entiende que está familiarizado con el contrato de construcción.

En ese sentido, una de las ventajas que se puede apreciar en este tipo de DB, es la familiaridad de los miembros del DB con la obra. Por lo que, el DB estaría listo a recibir y pronunciarse sobre los reclamos de una u otra parte, a medida que surgen disputas entre ellas. Para ello, las partes pueden solicitar opiniones informales al DBI.

Otra de las ventajas es que no existe una demora para la resolución de la controversia, en tanto los miembros de los DB ya estaban constituidos desde un inicio.

Una desventaja de los DBI es que se puede incurrir en una errónea elección de los miembros de los DB, al no tener las calificaciones correctas para la resolución de la disputa, pues pueden existir diversos tipos de disputas, de imposible precisión.

Por otra parte, si bien en la doctrina[196] se señala como desventaja el costo que las partes tienen que asumir al pactar un DBI, considerando que va a estar funcionando desde el inicio de la obra hasta el final, tal como se

---

[194] De acuerdo a Owen, la cláusula 20.2 requiere que el DAB se constituya por las partes en la fecha consignada en el apéndice. La fecha por *default* es de 28 días posteriores al «*Commencement Date*». Consulta en: Owen, Gary. *The Working of the Dispute Adjudication Board (DAB) Under New Fidic 1999 (New Red Book)*. Consulta en: http://fidic.org/sites/default/files/11%20DAB.pdf

[195] «Artículo 3.- Salvo convenio en contrario, las partes deben *constituir el DB en el momento en el que celebran el Contrato*. Las Partes deben precisar si el DB es un DRB, un DAB o un CDB. (Énfasis nuestro).

[196] Mahnken, Volker. *ICC Dispute Board Rules and the differences towards the Fidic DAB provisions*. Consulta en: http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/

ha explicado en este estudio. «El menor costo en los *Dispute Boards*: *Cost Influence Curve*», resulta siempre más eficiente evitar el conflicto o, por lo menos, resolverlo que resolverlo una vez que haya surgido la controversia y, más aún, si la controversia se remite a una etapa temprana de la obra.

4.2.2. Dispute Board Ad-Hoc

Este tipo de DB puede ser definido en contraposición al DBI. En este caso, a diferencia del DBI, el DB se constituye no al inicio del contrato de construcción, sino al momento en que surge la controversia.

Al respecto, Crivellaro señala que el DBAH:

> […] se constituye para la resolución de controversias específicas después de que los acontecimientos que la originaron ya ocurrieron.[197]

Este tipo de DB se encuentra previsto en el Libro Amarillo y Plateado del Fidic.[198]

Al respecto, una de las ventajas que se puede apreciar en este tipo de DB es el costo, el cual sería menor que el de un DBI, al constituirse para la resolución de controversias específicas después de generada la controversia.[199]

Otra de las ventajas que se pueden encontrar en situación similar a la de un arbitraje, es que los miembros del DB pueden elegirse de acuerdo a la disputa surgida, a diferencia del DBI, donde los adjudicadores han sido elegidos para enfrentar todos los inconvenientes que se puedan presentar en el plazo de la ejecución de la obra.

---

files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/miscellaneous/MahnkenDisputeBoards_EnglishVersion_Monaco-REV.pdf.

197 Crivellaro, Antonio. *Op. cit.*, p. 9.

198 Cláusula 20 del Libro Amarillo y Plateado Fidic.

199 Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 67.

Asimismo, encontramos que las partes no pueden solicitar opiniones informales al DBAH hasta que el mismo no se constituya.

Sin embargo, en este caso, la principal desventaja de este tipo de DB, es que las partes no cuentan con un experto o panel de expertos que se encuentren familiarizados con la obra, con el contrato y brinden un trabajo de prevención de conflictos, ya que el DBAH sólo puede visitar la obra cuando esté constituido.

Por lo que creemos que con este tipo de DB, se pierde la razón de ser del mismo.

5. Diferencias con otros métodos alternativos de resolución de controversias en la construcción

Entre el propietario y el constructor, como relación contractual, existen posiciones contrapuestas entre la maximización de la rentabilidad del contrato de construcción y la entrega de la obra en el plazo pactado. Por lo que es fundamental que las partes puedan elegir la mejor forma de afrontar los posibles conflictos que puedan surgir mientras que mantengan su relación.

Clásicamente dichos actores recurrían a las cortes estatales para resolver sus disputas. Sin embargo, es una realidad que existe una desconfianza en el sistema judicial tradicional, quedando los actores decepcionados de la administración de justicia, donde muchas veces el «formalismo» prevalece sobre la misión de hacer justicia. Sumado a este infortunio, existe una creencia de que el personal que labora en el Poder Judicial «es corrupto y/o profesionalmente mediocre, y que se encuentra resueltamente sometido al poder político de turno, así como a los intereses económicos dominantes».[200]

[200] Eguiguren Praeli, Francisco. «¿Qué hacer con el Sistema Judicial?». *Agenda: Perú*, 1999, p. 20. Consultar en: http://www.agendaperu.org.pe/publicaciones/

Sumado a ello, se produce una congestión de causas en los tribunales estatales y la ineficiencia que resulta de ello, debido a las complejidades de la vida comercial moderna que exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avezados para entender el meollo de la controversia. Todo esto ha producido una gran decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial como medio para proporcionar seguridad a la vida comercial.[201]

Por lo que la industria de la construcción ha decidido llevar los conflictos que surgen en la obra hacia otros mecanismos de solución de controversias, conocidos como los MARC. Éstos se clasifican de diversas formas por la intervención de terceros en el conflicto,[202] como métodos no adversariales o adversariales[203] o como métodos para la prevención o resolución del conflicto.

Para el presente acápite se partirá de una diferenciación entre los DB y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, clasificando en base a la forma de abordar el conflicto, ya sea previniéndolo o resolviéndolo.

5.1. Método prevención de conflictos

En la industria de la construcción se ha reconocido que la misma está llena de personalidades que son renuentes a la negociación, al ser una

---

que-hacer-con-el-sistema-judicial.html.

[201] De Trazegnies Granda, Fernando. «Los conceptos y las cosas, vicisitudes peruanas a la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral». En *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español*. Libro Homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz. Lima: Cultural Cuzco, 1989, p. 546.

[202] Dentro de los mismos, encontramos los métodos heterocompositvos, autocompositivos o de autotutela.

[203] Dentro de estos métodos, los métodos no adversariales se basan en el diálogo y los intereses, en contraposición a los métodos adversariales, los cuales responden a situaciones de enfrentamiento, disputa, búsqueda de un ganador, con la consecuencia de generar un perdedor.

actividad inherentemente riesgosa, existiendo condiciones inesperadas, diseños únicos, una logística complicada para organizar un gran número de contratistas, subcontratistas, proveedores, etc. [204] Los márgenes de ganancia de la mayoría de los constructores pueden llegar a ser inferiores a la propuesta presentada. Los propietarios quieren maximizar su retorno de la inversión y quieren una obra acabada en un período no acorde con el proceso de construcción.

No sólo ello, sino que la resolución de las posibles controversias tiene un efecto devastador en la industria de la construcción, ya que es identificada como una de las causas del aumento de los costos del proyecto, demoras en el mismo, reducción de los márgenes de ganancia y de la confianza entre las partes, así como causa de la baja calidad de la obra.[205]

Es en ese marco que surge la prevención de conflictos. Mediante esta forma de abordar el conflicto, las partes deciden minimizar las posibilidades de que los conflictos existan mediante la prevención de los mismos, basándose en la máxima de que es mejor prevenir que lamentar.

Al respecto, en reporte elaborado por el *Cooperative Research Centre for Construction Innovation*: «*Dispute Avoidance and Resolution, A Literature Review*», se señala que:

> La premisa fundamental respecto a la prevención de disputas, es que las mismas se reducirían significativamente si existe un ambiente proactivo, en que el cambio de manejo es una herramienta aceptada.[206]

---

[204] Tolson, Simon. *Dispute avoidance and resolution. Challenges, strategies and solutions to weather the economic storm*, p. 2. Consulta en: http://goo.gl/gZFxDZ.

[205] Cheung, S.O., H.C.H. Suen and T.I. Lam. *Fundamentals of Alternative Dispute Resolution Processes in Construction, Journal of Construction Engineering and Management American Society of Civil Engineers*, 2002, vol. 128, año 2002, p. 409.

[206] Traducción libre: «The fundamental premise with respect to dispute avoidance being that the likelihood of disputes occurring will be significantly reduced if a pro-active project environment can be created in which change management is

Es en ese sentido, que muchas veces se considera como una mejor solución que las partes del proyecto conjuntamente identifiquen los riesgos actuales y potenciales, para trabajar en una forma de evitar o paliar el impacto de los mismos. Para que esto suceda, los riesgos que pueden surgir en obra deben ser evaluados, para poder estar preparados para asumirlas. Para ello, es necesario que las partes puedan tener un sistema para poder identificar y manejar los riesgos actuales y potenciales para que puedan alcanzar sus objetivos comunes y mejorar las posibilidades de la conclusión de la obra de manera satisfactoria.

Es por ello que la industria de la construcción cada día prefiere un acercamiento proactivo respecto de la disputa frente a uno reactivo como los medios de solución de conflictos, dentro de los cuales, encontramos al *Partnering*.

5.1.1. Partnering

Ubiquémonos un momento en la posición de un ingeniero militar, especialista en su rama, quien se encuentra preocupado por el desenvolvimiento de su último proyecto encargado por el Estado. En ese contexto le escribe la siguiente carta al ministro que le encargó la obra:

> Monseñor:
> [...] Hay algunos trabajos en los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo eso, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que para atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquéllos que son capaces de conducir una empresa; yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y lo que un contratista que pierde hace, es lo mismo que un náufrago que

---

an accepted tool». En *Cooperative Research Centre for Construction Innovation*. *Dispute Avoidance and Resolution. A Literature Review*. Report n.° 1. [2007-006-EP]. Consulta en: http://bit.ly/1pIbSCa.

> se ahoga, agarrarse de todo lo que puede; y agarrarse de todo, en el oficio de contratista, es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello.
> De ahí bastante, Monseñor, para hacerle ver la imperfección de esa conducta; abandónela pues, y, en nombre de Dios, restablezca la buena fe; dé un estimado del trabajo a ser efectuado y no niegue un pago razonable al contratista que cumpla con su deber. Ésta será siempre la solución más barata que podrá encontrar.[207]

Esta carta, que puede servir para describir la situación de muchos contratos de construcción privados como públicos en la actualidad, fue escrita por el Marqués de Vauban, un especialista en la construcción de fortalezas en forma de estrella, al Ministro de Guerra de Luis xiv en 1683.

En ese sentido, podemos reconocer que dicha carta no ha perdido vigencia con el pasar del tiempo y, bajo la premisa de encontrar una solución más eficiente por una equivalencia justa (pago razonable por el trabajo ejecutado), surge el *partnering*.

El *partnering* surge en los años ochenta en los Estados Unidos de América, como respuesta ante la actitud adversarial de las partes de los contratos de construcción, a tal punto que se ponía en peligro la competitividad de las mismas.[208]

Por lo que, en 1987, el cii formó un grupo de trabajo[209] para estructurar un procedimiento para la entrega de una obra, basándose en la

---

[207] Transcripción de la carta de Sébastien Le Prestre, Marqués de Vauban (1633-1701) Ingeniero Militar Mariscal de Francia, dirigida a François Michel Le Tellier, marqués de Louvois (1641-1691) - Ministro de Guerra de Luis xiv (1638-1715). Citado por: Montalar, Enrique. La carta de Vauban, un clásico de 1683 contra los malos contratistas. Consulta en: bit.ly/1tQmBMY.

[208] Nova Group Inc. Partnering. Consulta en: http://www.novagrp.com/about/partnering/.

[209] In Search of Partnering Excellence. Elaborado por: Construction Industry Institute. Consulta en: http://bit.ly/XS0BqO.

confianza, metas grupales y canales abiertos de comunicación, es decir, el *partnering*.

La primera institución que utilizó el *partnering* como medio para abordar los conflictos fue el *Corps. of Engineers* a los finales de los ochenta en dos proyectos, el *Oliver Lock and Dam Replacement*, en 1988 y el *Bonneville Dam Navigation Lock,* en 1989. Al término de dichos proyectos, se pudo apreciar que el *partnering* tuvo una aprobación masiva y sus beneficios fueron sustanciales en ahorro de costos y tiempo.[210]

El *partnering* es definido como «[…] la búsqueda del esfuerzo de equipo, que permite a las partes establecer relaciones cooperativas de trabajo, a través de una estrategia formal de compromiso y comunicación mutuamente diseñada, ya sea para un proyecto en particular o para mantener relaciones duraderas entre ellas».[211]

Este procedimiento[212] se inicia con la elección del *partnering* como método de prevención de controversias en el contrato de construcción.

Una vez elegido el método, todas las partes involucradas con el proyecto (en adelante, los *stakeholders*) conformarán un equipo. El equipo debe encargarse de elegir a un tercero imparcial, al cual se le denomina «facilitador», quien se encargaría de ayudar al equipo a formar un vínculo, comunicarse eficientemente, llegar a acuerdos y prevenir

---

[210] Para más información sobre la historia del Partnering, consultar en: U.S. Army Corps of Engineers. Partnering: A Tool for Usace, Engineering, Constructions and Operations. Consulta en: http://1.usa.gov/1yP6YJE.

[211] PAREDES y GRAY. *Op. cit.*

[212] Para mayor detalle, ven en: CARR, Frank y el Subcomité de *Partnering* del Comité Consultivo de la Construcción del CPR. *Partnering. Aligning Interests, Collaboration, and Achieving Common Goals*, pp. 9 y ss. Consulta en: http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/ADR%20Tools/Tools/CPR%20Construction%20Partnering%20Briefing.pdf.

disputas.[213] Asimismo, el facilitador se encarga de elaborar la agenda y determina el tiempo que se tendrá por cada reunión, así como el de la primera. Esto tiene el nombre de *Kick-Off Workshop*.

En el *Kick-Off Workshop*, el facilitador tiene la labor de ayudar a los *stakeholders* en la comunicación de las metas, necesidades e intereses de las partes, identificar posibles controversias que puedan surgir en el desarrollo de la obra y los representantes, a quienes el facilitador se dirigiría en caso surgieran controversias y es el encargado de establecer el tiempo que se tendría para la dedicación sobre la controversia. En caso no se les pueda resolver, establecería cuál sería el método más idóneo para abordar las controversias. Asimismo, el facilitador debe establecer el tiempo de las reuniones periódicas.

En las reuniones periódicas[214] se abordan los temas que surgen al momento de ejecutar el contrato de construcción, se revisan los acuerdos establecidos en el *Kick-Off Workshop* y en las reuniones periódicas pasadas e, inclusive, se puede modificar la forma de abordar las controversias, incluyendo el método para resolver las mismas. Asimismo, se evalúan las metas trazadas en el *Kick-Off Workshop* y se miden las posibilidades de éxito de las mismas en el estado actual de la obra para poder realizar los ajustes necesarios para alcanzar el éxito.

Finalmente, al momento en que la obra concluya, se coordina una última reunión, donde se evalúa el desempeño de los *stakeholders*, se reconocen las contribuciones que cada *stakeholder* ha brindado en el proyecto, se elaboran las conclusiones de la obra y las posibles mejoras que se puedan llevar a cabo en futuros proyectos de *partnering*.

---

[213] *California Department of Transportation. Partnering Facilitator. Standards and Expectations*, 2012. Consulta en: http://www.dot.ca.gov/hq/construc/partnering/documents/Partnering_Facilitator_Standards_and_Expectations.pdf.

[214] Dichas reuniones se pueden llevar a cabo mensual, semanal o bimestralmente, dependiendo de las necesidades y el tipo de obra que se está construyendo.

En ese sentido, se puede señalar que el *partnering* funciona basándose en un análisis del problema y la colaboración eficaz de los *stakeholders*.

Una de las ventajas del *partnering* se encuentra en que:

> La solución al control de obra, subcontratistas y proveedores sería la comunicación, organización e interacción continua entre estos equipos. Para ello, se recomienda utilizar el *partnering* que se basa en la cooperación de todos los equipos, el cual lleva a la reducción de los riesgos inherentes en el proceso de la construcción. Fomenta el trabajo de grupo y se concentra en la solución de los problemas y en el desarrollo de actitudes y procesos que puedan incrementar la probabilidad de una relación exitosa.[215]

Además, mediante el *partnering,* se busca que el proyecto se entregue en el tiempo pactado y dentro del presupuesto, con lo cual se incrementa la satisfacción de los *stakeholders,* previniendo el surgimiento de conflictos entre los *stakeholder*s, disminuyendo el papeleo y los litigios. Es decir, se mejora la performance de los *stakeholders* en el desarrollo del contrato.

No sólo eso, sino que también existen beneficios intangibles, entre los cuales se encuentran:

- Mejoras en la relación de los *stakeholders in situ*.
- Se facilita la cooperación y el trabajo en equipo, creándose una atmósfera abierta y honesta para la comunicación.
- Se fortalece la confianza entre los *stakeholders*, eliminándose posibles sorpresas que puedan surgir en el desarrollo del contrato.

---

[215] Ríos, Claudia M. «Planeamiento integral de la construcción de un edificio de veintitrés pisos con cinco sótanos destinado a oficinas». Tesis para optar el título profesional de Ingeniero Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

- Se crean soluciones más innovadoras a los problemas que puedan surgir en el desarrollo del contrato y se mejora la reputación de las partes. [216]

Una de las desventajas del *parthering* radica en la dedicación que deben tener todos los *stakeholder*s involucrados. Por ejemplo, si dentro del equipo existe un *stakeholder* grande y uno chico, para la elaboración de un proyecto de menor escala, al *stakeholder* grande no le puede interesar estar tan involucrado con el proyecto como al chico, lo cual significaría que el *stakeholder* grande no le dedicaría el mismo tiempo y esfuerzo como lo haría el pequeño, lo cual puede generar problemas en el *partnering*.

No sólo ello, para que este sistema funcione adecuadamente, se requiere una confianza entre todos los *stakeholders,* que puede ser difícil de crear o generar cuando las partes no han llevado a cabo proyectos de forma conjunta con anterioridad.

Por último, para que funcione el *partnering* adecuadamente, se requiere un compromiso total del facilitador y las partes, pues, si no se puede identificar y abordar el problema a tiempo, en primer lugar, sería difícil determinar quién tuvo la responsabilidad de dicho hecho, lo que generaría discordia dentro del equipo y no se podría prevenir los conflictos que puedan surgir o llevar a cabo las reuniones de una forma alturada.

5.1.1.1. Diferencias con el Dispute Board

La finalidad del *partnering* se basa en la prevención de conflictos por medio de la cooperación de los *stakeholders*, lo que significa que los actores principales para llevar a cabo dicho fin son los *stakeholders*. En cambio, la finalidad del DB se basa en la prevención y resolución de conflictos, por medio de la asistencia y la labor de un panel de expertos, lo cual significa que los actores principales para llevar a cabo dicho fin, son los adjudicadores.

---

[216] US Army Corps of Engineers. *Op, cit*., p. 25.

Por otro lado, los roles de los terceros involucrados, es decir, del facilitador y del adjudicador, son diferentes frente a un conflicto.

La labor del facilitador, a diferencia de la labor del adjudicador, no brinda una opinión técnica sobre la controversia, adoptando una postura; es decir, si le da la razón o no a la persona que elaboró el reclamo. Sin embargo, ayuda a los *stakeholders* para que resuelvan la controversia internamente, sirviendo como un guía o un *coach*.

En ese sentido, se puede señalar que el facilitador tiene que estar involucrado directamente con las partes, situación que no se puede dar con los adjudicadores del DB, pues los mismos deben mantenerse neutrales frente a las partes, lo cual se derivaría en mantener una distancia con respecto a las mismas.

Como última diferencia, señalamos que en el *partnering,* los *stakeholder*s y el facilitador se involucran en las decisiones del día a día y en el *management* de la obra. En cambio, en el DB, los adjudicadores no se involucran en ese tipo de decisiones. Si bien el adjudicador puede emitir informes u opiniones a las partes, no está involucrado en la administración del contrato. En ese sentido, frente al conflicto, el grado de compromiso es distinto al del facilitador en una reunión, ya que éste al existir una disputa real, debe emitir una «determinación» formal, la cual es vinculante a las partes.

5.2. Método resolución de conflictos

Desde el inicio de los tiempos, los hombres han tenido problemas de convivencia con otros. Sin embargo, conforme fueron evolucionando y eligiendo vivir en sociedad, la forma de solucionar sus conflictos también ha mejorado.

La historia del surgimiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos es de larga data. Adicionalmente a los motivos señalados

anteriormente, las complejidades de la vida moderna que exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avanzados para entender una controversia. Es en ese sentido que De Trazegnies, señala que:

> […] han llevado a una decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial como medio de proporcionar seguridad para la vida comercial. Y es así como, reaccionando contra la unidad jurisdiccional precisamente en nombre de la seguridad jurídica que dicha unidad pretendía garantizar, una vez más la solución de controversias se abre a diferentes posibilidades […].[217]

Lo anterior se grafica mejor en el ámbito de la construcción, donde encontramos que las disputas y la forma que se abordan las mismas, requiere un grado mayor de especialidad, por la impredictibilidad de los proyectos y los problemas que surgen alrededor de ellos. Al respecto, pueden surgir una infinidad de problemas como, por ejemplo, el incremento del costo de los materiales, cambios en el diseño del proyecto, malas condiciones climáticas o del sitio de la obra, la decisión del propietario de cancelar la obra, entre otras.

Adicionalmente a ello, se tiene que sumar que las relaciones contractuales en el ámbito de la construcción cada día se vuelven más complejas y litigiosas, donde los propietarios redactan contratos donde focalizan toda responsabilidad al constructor, en un intento de una asignación de riesgos favorables a su interés. Mientras que el constructor reacciona mediante el establecimiento de excepciones y clasificaciones a los términos y condiciones del contrato.

En ese sentido, se puede señalar que la construcción nunca ha sido un negocio sencillo, siendo que, mientras más ha evolucionado, no basta recurrir a maniobras legales para intentar controlar los riesgos que

---

[217] De Trazegnies Granda, Fernando. «Prólogo». En Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, p. 12.

pueden surgir en la obra. Es por ello que la resolución eficiente de dichas disputas se traduce en la perdición o sobrevivencia del proyecto.

Por lo que, los contratos de construcción siempre contienen alguna forma de resolución de controversias, para eliminar la necesidad de acudir al Poder Judicial para la resolución de la misma. La forma más común es mediante arbitraje.

Sin embargo, si bien el arbitraje, tal como se señala en la presente investigación, es un método alternativo importante, el mismo no es una panacea, existiendo diferentes problemas a su alrededor. Por lo que, tanto los propietarios y constructores han intentado encontrar un método que se pueda ajustar a sus necesidades, contar un método eficiente y eficaz de resolución de controversias, el cual se traduce en los DB.

En ese sentido, procederemos a analizar, dentro de los métodos de resolución de conflictos, a la mediación, la conciliación y el arbitraje y sus diferencias con el DB.

5.2.1. Mediación y conciliación

La mediación es un procedimiento mediante el cual los participantes intentan solucionar una disputa por sí mismas, con la asistencia de una persona o personas neutrales. La labor del mediador consiste en aislar sistemáticamente los problemas en disputa, con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y facilitar a las partes para que arriben a un mutuo acuerdo que se ajuste a sus necesidades.[218]

Es en ese sentido que encontramos que, el mediador, como tercero neutral e imparcial, no propone una solución o fórmula ni puede decidir ni inducir cuál es la solución al conflicto, siendo las partes quienes deciden cuál es la solución a la controversia. Es decir, la labor del me-

[218] Folberg, Jay y Alison Taylor. *Mediación*. México, D.F.: Limusa. S.A. de C.V. y Grupo Noriega Editores, 1992, p. 27.

diador se «limita» a un servicio de información, orientación y asistencia frente al conflicto.

Por otra parte, la conciliación consiste en un procedimiento por el cual las partes acuden a un tercero, quien interviene entre los estados en conflicto y trata de conciliar sus diferencias sobre la base de concesiones recíprocas.[219]

Cabe señalar que, mediante la conciliación, se trata de «[…] llegar a un convenio de todo aquello que es susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario efectivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso, debe procurar por las *fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo*».[220] (Énfasis nuestro).

En ese sentido, para llegar a una fórmula justa de arreglo, se dice que las partes se otorgan concesiones recíprocas con el objeto de poner fin a sus diferencias.[221]

Por lo que, se puede señalar que, tanto la mediación como la conciliación son formas no jurisdiccionales, voluntarias e informales de resolución de controversias mediante las cuales las partes se acercan a un tercero, quien les ayudará a buscar una solución al conflicto.

En ese sentido, en el ámbito de la construcción, la mediación como en la conciliación son pactadas por las partes como mecanismos obligatorios de solución de conflictos en los contratos de construcción por un

---

[219] Montaigner, Gabriel. *La justicia en sus instituciones*. París: Dalloz, 1996, 1.ª edición, p. 33.

[220] Junco, José. *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 1994, 2.ª edición, p. 36. Citado por: Ledesma Narváez, Marianella. *La conciliación*. Lima: Legrima Editorial SRL, 1996, p. 43.

[221] Resolución del Tribunal Constitucional. Expediente n.° 00532-2012-PA/TC. Cusco: Simón Huamán Tito y otra. Lima-Arequipa, 3 de abril de 2012.

beneficio fundamental: el control de los costos y el riesgo.[222] Es decir, las partes en disputa mantienen el control de todo el procedimiento. Esto se debe a que, dejando de lado los costos asumidos por llevar a cabo una mediación o conciliación, si un acuerdo no es arribado, las partes pueden recurrir a otro método alternativo de solución de controversias. Adicionalmente, las partes tienen el control de los términos del acuerdo.

Sin embargo, la diferencia entre una y otra, se ve marcada por varios factores, uno de ellos es el grado de participación del tercero y de las partes.

En el caso de la mediación, el tercero, llamado mediador, sólo ayuda a las partes en el proceso de adoptarlas, actúa como catalizador entre ellas.[223] En cambio, en el caso de la conciliación, el tercero, llamado conciliador, si bien también ayuda a las partes a buscar la solución de la controversia, su labor no sólo se limita a ser un catalizador entre ellas, sino que también tiene la facultad de proponer soluciones a la controversia entre las partes.[224]

Se puede señalar que las partes tienen un mayor grado de participación en la mediación que en la conciliación, siendo que son las mismas partes que tienen que buscar solución a la controversia, al no recibir posibles sugerencias por parte del tercero.

Por último, es necesario precisar que, en el marco de una mediación, la decisión no tiene mérito ejecutivo, es una decisión privada adoptada por las partes, la cual no puede ser directamente ejecutada por un juzgado. En cambio, la decisión que se emite en una conciliación es un

---

[222] Kelsey, Kenneth P. *Mediation: the sensible means for resolving contract disputes*. Consulta en: http://bit.ly/1qRriYk.

[223] Curso de Medios Alternativos de Solución de Conflictos, p. 14. Consulta en: bit.ly/1q5dhT1.

[224] *Ibídem*.

Título Ejecutivo que se ejecuta mediante el Proceso Único de Ejecución previsto en el Código Procesal Civil.[225]

5.2.1.1. Diferencias con el Dispute Board

En primer lugar, en el caso de la mediación o conciliación, si bien las partes en el contrato de obra pactan la forma de solución de controversias, la misma se activa una vez surgida la controversia. Es decir, si bien existe un pacto para recurrir a esos medios, las partes no contratan a un mediador o conciliador desde el inicio de la obra, sino cuando surgen las disputas entre las partes durante la ejecución de una obra. Bajo esa línea, en una obra, pueden existir tantas mediaciones o conciliaciones como controversias nazcan durante el calendario de avance de obra.

Por lo que, el esquema de solución de controversias iniciaría independientemente al calendario de obra, con el nacimiento del conflicto, constitución de la mediación o conciliación y concluiría con el acuerdo entre las partes sobre la resolución o no del conflicto.

En cambio, bajo el esquema del DB para la resolución de controversias, sólo existe un Panel de Expertos para revisar todas las disputas existentes en la obra.[226] Es decir, el esquema de solución de controversias iniciaría en paralelo con el calendario de obra y sólo se encuentra constituido un solo DB para todas las controversias surgidas en el desarrollo de la misma.

Además, en el caso de la mediación y conciliación, el enfoque frente al conflicto es únicamente de solución de controversias. En cambio,

---

[225] «Artículo 688.- Títulos ejecutivos
Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:
[…]
3. Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley».

[226] Salvo en los casos del DBAH. Ya que sus funciones inician una vez surgida la controversia entre las partes.

en el DB el enfoque es más integral, al tener una doble función, la de prevención y resolución de controversias. Siendo que, además de emitir «determinaciones», el DB tiene que visitar la obra cada cierto tiempo, las partes pueden acudir al DB para que éste emita opiniones no vinculantes sobre posibles controversias, entre otras cosas.

Lo cual se traduce en que la función del DB es continua, regular y eficiente para solucionar reclamos durante la ejecución del proyecto.[227]

Sobre la solución de la disputa emitida por el DB o en el marco de la mediación o la conciliación, si bien la brindada por un DB a una disputa puede ser vinculante (claro está, dependiendo del contrato y las reglas aplicables), la «determinación», no puede ser directamente ejecutada por el panel de expertos. Sin embargo, en el caso de la conciliación, la solución adoptada sí tiene mérito ejecutivo.

5.2.2. Arbitraje

Definir el arbitraje es tarea ardua, porque se trata de una institución no sólo rica en principios, procedimientos y formas sino también en historia,[228] teniendo diversas aproximaciones a lo largo del tiempo;[229] sin embargo, todas las aproximaciones han presentado un nexo común, ser

---

[227] Paredes Carbajal, Gustavo. «Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de conflictos en construcción: Un acercamiento a los *Dispute Boards*. En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2009, n.° 8, p. 118.

[228] La institución del arbitraje era practicada en la época bíblica como lo demuestra el ejemplo de Jacob y Labán. Al respecto, Ogáyar precisa que «el pasaje del Libro Génesis (capítulo xxxi, números 35 a 37) en el que, refiriéndose a una disputa entre Jacob y Labán por imputar éste a aquél el hurto de unos ídolos de su propiedad, propuso Jacob, para justificar su inocencia, que «pusiera su equipaje a la vista de mis hermanos y de los tuyos, y sean ellos jueces entre nosotros dos». Visto en Ogáyar, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 38.

[229] Al respecto, Consultar en Castillo Freyre, Mario. «Los orígenes del arbitraje». En *Arbitraje y debido proceso* (autores diversos). *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 2 y Montoya Alber-

un medio para la solución de controversias, como una forma de poder mantener la convivencia armónica y pacífica, prescindiendo del uso de la violencia y de la fuerza.

En este caso, para poder celebrar un acuerdo de arbitraje, las partes tienen que manifestar su voluntad para llevar a cabo dicha forma de resolución de controversias. La manera por excelencia para exteriorizar dicho acuerdo de voluntades, es mediante el pacto de un convenio arbitral.

En el Perú,[230] el DLA[231] define el convenio arbitral como: «un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza».[232]

Al respecto, cabe precisar que las partes no resuelven el conflicto llegando a una solución de común acuerdo o por una solución propuesta por un tercero; sino que ellas convienen en que una controversia sea resuelta nombrando a un «tercero» para que la solucione.

Ese tercero es conocido como árbitro. En palabras de Caivano, los árbitros «son particulares que no revisten la calidad de jueces estatales».[233] Y teniendo la ventaja, frente al Poder Judicial, que «cuando las partes en un conflicto sometido al arbitraje eligen a sus árbitros, lo hacen buscando a especialistas o expertos en la materia que se va a arbitrar, los que además son de su plena confianza».[234]

---

ti, Ulises. «Historia del arbitraje». En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima: Asesor Andina Publicaciones, 2003, n.° 56.

230 Con relación a la historia del arbitraje en el Perú. Consultar en: *Ibidem*, p. 15.

231 Publicada el 28 de junio de 2008.

232 Numeral 1 del artículo 13 del LDA.

233 Caivano, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Editorial *Ad-Hoc*, 2003, 2.ª edición actualizada y ampliada, p. 47.

234 Aramburú, Manuel Diego. «Los árbitros, su designación y el proyecto de modificación del artículo 21 de la Ley General de Arbitraje». Consulta en: http: http://

Es en ese sentido que la elección de los árbitros es quizás el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje. Por más que intervenga una institución, el éxito o el fracaso del arbitraje dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia.[235]

Ello quiere decir que en el arbitraje actúan como «jueces», personas designadas voluntariamente por las partes, lo que permite prever que la decisión que se emita estará a cargo de especialistas en la materia controvertida.

Es oportuno señalar que dicha posibilidad no vulnera la garantía constitucional del juez natural, ya que si bien la Constitución organiza los tribunales estatales como el medio natural de administrar soluciones a los litigios que se susciten entre particulares, o entre particulares y el Estado, siendo el propio Estado quien admite que las partes pueden voluntariamente excluir la jurisdicción judicial respecto de ciertas materias.

Dicho profesional tiene varias peculiaridades, entre las cuales se encuentran que son los únicos competentes para decidir qué materias se hallan dentro de su competencia, siendo los únicos autorizados para definir cuestiones relativas a la validez, existencia y eficacia del convenio arbitral mediante la utilización de apropiados métodos de argumentación jurídica. Dicha peculiaridad se conoce como el principio *kompetenz-kompetenz*.[236] Al respecto, la doctrina más autorizada reconoce que este principio «busca garantizar que la afirmación que realice alguna

---

www.teleley.com/revistaperuana/4manuel-56.pdf.

[235] CAIVANO, Roque. *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Editorial *Ad-Hoc*, 1993, p. 162.

[236] Al respecto, ese principio se encuentra reconocido en el DLA, específicamente en el artículo 41 señalando que: «el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia

de las partes de la inexistencia o la nulidad del contrato de arbitraje no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral».[237]

Por otra parte, cabe señalar que el árbitro tiene límites en su actuación. Como señala Ledesma, dicho profesional sólo posee la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, mientras que los jueces ordinarios agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*.[238] Siendo que, el uso de la fuerza (*coertio*) está vedado para los árbitros, sólo los jueces, en el ejercicio de las facultades de *imperium*, pueden forzar la ejecución de, por ejemplo, el laudo o una medida cautelar.

Esto es debido a que: «[…] [t]anto por la naturaleza del arbitraje como por el alcance de la misión que las partes encomiendan a los árbitros, éstos no gozan ni del poder real ni del poder jurídico para imponer con carácter forzoso la ejecución de su decisión como sentencia. La misión de ellos termina al pronunciar y notificar el laudo, salvo las aclaraciones que las partes puedan pedirles».[239]

Si bien, el árbitro carece de la *coertio* o *ejecutio*, esto no quiere decir que su decisión final no sea relevante. Dicha decisión que emite el árbitro resolviendo la controversia se conoce como laudo.

Sin embargo, es importante señalar que ese acto tiene como límite de validez principal, el que sólo y únicamente deberá contener los puntos controvertidos que las partes acordaron someter a juicio de los árbitros y no otros (al igual que sucede con las controversias sometidas a los jueces naturales), lo cual acarrea en caso de excederse o tratar sobre

---

controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia».

237 Silva Romero, Eduardo. «Breves observaciones sobre el principio *kompetenz-kompetenz*». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis, 2008, p. 581.

238 Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.ª edición, p. 41.

239 Lohmann Luca de Tena, Guillermo. *Op. cit.*, p. 167.

otras cuestiones no sometidas, que cualquiera de las partes pueda solicitar su nulidad.

Por otro lado, la institución del arbitraje tiene como característica fundamental que es dispositivo y se funda en la libertad y en el principio de la autonomía de la voluntad, en el sentido de que las partes voluntariamente pueden acordar someter la solución de su conflicto a este mecanismo.[240] Y es que: «El espíritu predominante y la guía de las actuaciones arbitrales era la voluntad de las partes y aun en el procedimiento formulario esa voluntad era sustancial para lograr la decisión del árbitro».[241]

Al respecto, Montero Aroca reconoce que: «la institución arbitral encuentra su base, de entrada, en la libertad. Si los titulares de derechos subjetivos privados disponen realmente de ellos, si existe verdadera autonomía de la voluntad a la hora de establecer, modificar o extinguir relaciones jurídico-materiales privadas, si la constitución delimita el marco de la libertad jurídica, nada puede impedir que los titulares de esos derechos decidan resolver sus diferencias por medios distintos de los judiciales previstos por el Estado. El principio base es el de la libre disposición y ésta puede referirse tanto a su aspecto de derecho material como al de derecho jurisdiccional […]».[242]

---

[240] Si bien existe una discusión en doctrina sobre la diferenciación entre el arbitraje voluntario y el forzoso u obligatorio, como en el caso de la contratación con el Estado, concordamos con la opinión de Cantuarias cuando señala que dicho tipo de arbitraje no tiene nada de obligatorio, ya que el Estado al momento de ofrecer 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. Al respecto, consultar en: Cantuarias Salaverry, Fernando. «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales». En *Advocatus.* Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2002, n.º 7.

[241] Feldstein de Cárdenas, Sara y Hebe Leonardi de Herbón. *Op. cit.*, p. 39.

[242] Montero Aroca, citado por Hinojosa Segovia, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*. Madrid. España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1991, pp. 75-76.

Por lo que se puede concluir que la legitimación de la institución del arbitraje se encuentra en la decisión de las partes y que sus conflictos no serían decididos por las cortes estatales sino por un tercero, al que libremente se sometieron y atribuyeron potestades para estos efectos.

Sin embargo, aclaramos que no se propugna que la autonomía de la voluntad sea un principio absoluto, ya que ésta admite limitaciones, las mismas que se encuentran impuestas en la propia Constitución[243] y en la ley.

Para finalizar, nos parece pertinente reproducir la siguiente cita de Fernando Cantuarias y Manuel Diego Aramburú, donde resume la definición de la institución del arbitraje: «en simples palabras, el arbitraje es un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión».[244]

5.2.2.1. Diferencias con el Dispute Board

El arbitraje es un método de resolución de conflictos, mediante el cual las partes pactan la solución de derechos disponibles. Conforme hemos precisado, el arbitraje no ha sido ajeno a los problemas que se circunscriben a la ejecución de una obra; por lo que muchas veces es considerado como el mecanismo obligatorio de solución de conflictos en los contratos de construcción.

Al respecto, el arbitraje en construcción, absuelve las controversias que surgen entre las partes durante la ejecución de una obra; entre ellas

---

[243] Al respecto, el literal a. del numeral 24) del artículo 2 de la Constitución del Perú de 1993 establece que: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

[244] Cantuarias Salaverry, Fernando y Manuel Diego Aramburú Yzaga. *Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Cultural Cuzco, 1994, p. 39.

tenemos, las controversias relacionadas con el alcance del objeto del contrato, sobre el incumplimiento de los plazos contractuales, sobre la entrega y recepción de la obra y sobre el reclamo de daños y perjuicios. Bajo esa línea, en una obra, pueden existir tantos arbitrajes como controversias nazcan durante el calendario de avance de obra.

Sin embargo, existe una peculiaridad en el arbitraje de construcción, es que la solución de esta controversia se dan de forma posterior a los hechos ocurridos en la obra; es decir, el conocimiento de los hechos por parte de los árbitros es *ex post* conflicto, por lo que primero nace el conflicto, después se constituye el arbitraje y, por último, resuelvo el problema.[245]

Si bien, el DB y el arbitraje resuelven las mismas controversias que surgen en la obra, existen diferencian relevantes entre estos dos mecanismos de solución de conflictos, lo que no quiere decir que al final ambos métodos no se complementen para una mejor gestión de resolución de conflictos.

La primera diferencia, es que el DB es un método integral; es decir, no sólo se resuelven controversias, sino que el DB está facultado para prevenir las mismas; ello es debido a su misma funcionabilidad, pues los adjudicadores están en la obligación de visitar la obra (trimestrales o cuatrimestrales al año), así como recibir informes generalmente mensuales por parte del constructor y el propietario para analizar los avances de la obra y las posibles contingencias que se puede formar en el camino, pueden emitir opiniones informales sobre posibles controversias, entre otras cosas.

Ello quiere decir que, más que solucionar las controversias, el DB las prevé. Como bien señala Paredes, la inmediación de quienes resol-

---

[245] Britton, Eric, Hector Infante y Carlos Pérez. «El arbitraje en materia de construcción». Consulta en: http://ipal.com.pa/el-arbitraje-en-materia-de-construccion/.

verán un reclamo de obra se hace esencial para mejorar y/o elevar los niveles de certeza técnica y legal. Caso muy diferente, en los arbitrajes, donde si bien se pueden realizar diversas inspecciones a la obra, los árbitros se van a encontrar con una obra que posiblemente esté paralizada o ha cambiado debido a las circunstancias que rodearon la obra.[246] Mediante el arbitraje se van a querer reconstruir hechos técnicos y jurídicos que se realizaron con meses de anterioridad, lo que podría generar que la misma haya cambiado por circunstancias que rodearon la obra.

En las audiencias arbitrales, se hacen referencia a cartas, asientos del cuaderno de obra o sino a testigos de parte o de oficio, muchos de los cuales señalan que no recuerdan con claridad los hechos acontecidos, siendo una técnica muy usada para salvaguardar su posición en el arbitraje.

Por ello es que decimos que en el arbitraje, muchas veces va a ganar la parte que describa mejor los hechos; mientras que en el DB, ello es imposible, pues las ocurrencias o vicisitudes que suceden en la obra, se solucionan de manera inmediata, lo cual genera que desaparezcan los posibles conflictos entre las partes.

Como bien lo analizamos mediante el *Cost Influence Curve*, dentro del manejo de las disputas en los contratos de construcción, resulta siempre más eficiente evitar el conflicto o, por lo menos, resolverlo en etapas tempranas, que resolverlo a la conclusión o funcionamiento de la obra,[247] sumado a que en el DB, es un mismo panel de expertos el que resuelve todas las controversias durante la ejecución de la obra, razón por la cual llegan a tener un conocimiento excepcional, tanto del contrato de construcción como de los documentos referenciales que lo acompañan.

---

[246] Paredes Carbajal, Gustavo. «Dispute Boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan?». En *Revista Arbitraje PUCP* del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2013, n.° 2, p. 81.

[247] Explicado en el acápite correspondiente de la presente investigación.

Por otro lado, el arbitraje es indudable que tiene como característica principal su reconocimiento jurisdiccional mediante la Constitución, así como la ejecutabilidad de laudos internacionales bajo la suscripción de convenios internacionales, como la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá y la Convención de Montevideo. Sin embargo, paulatinamente, el DB está contando con regulación legislativa en el ámbito público en países de Latinoamérica: Chile,[248] Honduras[249]

[248] En este caso, se emitió la Ley n.° 20.410 - Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica, mediante la cual se establece, en su artículo 36, que: «Las *discrepancias de carácter técnico o económico* que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, *podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas*. El Panel Técnico, que no ejercerá jurisdicción, deberá emitir, de acuerdo con el procedimiento público establecido en el reglamento, una recomendación técnica, debidamente fundada, dentro del plazo de 30 días corridos, prorrogable por una vez, contado desde la presentación de la discrepancia. La recomendación será notificada a las partes y no tendrá carácter vinculante para ellas. La recomendación del Panel no obstará a la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos. En tal caso, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia». (Énfasis nuestro).

[249] En el caso hondureño, se emitió el Decreto n.° 266-2013 - Ley para optimizar la Administración Pública, mejorar los servicios a la ciudadanía y el fortalecimiento de la transparencia en el Gobierno, mediante el cual se modifica el Decreto Legislativo n.° 74-2001 - Ley de Contratación del Estado, en diversos extremos, dentro de los cuales se agrega a su texto original el artículo 3-A, el cual establece lo siguiente:
«Artículo 3-A.- Mesas de Resolución de Disputas.- En todos los *contratos que suscriba el Estado* superiores del monto establecido en el Reglamento de esta Ley, debe crearse *Mesas de Resolución de Disputas, con el propósito de las mismas ayudar a las partes a resolver sus desacuerdos y desavenencias*. Las Mesas de Resolución de Disputas deben incorporarse a los contratos haciendo uso de las cláusulas tipo y el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) relativo a las mismas. También pueden utilizarse contratos modelo creados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (Fidic). Las Mesas pueden emitir recomendaciones o resoluciones vinculantes». (Énfasis nuestro).

y Perú. [250] Cabe resaltar que más allá de ello, la naturaleza del DB es meramente contractual. Por lo que, una «determinación» no puede ser tratada de la misma manera que las sentencias judiciales o laudos arbitrales nacionales.

Por lo mismo, la «determinación» brindada por un DB a una disputa puede ser vinculante (claro está, dependiendo del Contrato y las reglas aplicables); sin embargo, la misma no puede ser directamente ejecutada por el DB. Además, a diferencia del laudo arbitral, no se trata de un título ejecutivo. Ya que, tal como explica Ariano, «el título ejecutivo es un documento al que la ley le reconoce la calidad de tal (artículo 688 CPC) en tanto contenga un derecho (de crédito) cierto y exigible (artículo 689 CPC)».[251]

Además, la «recomendación» o «decisión» puede ser revisada por una instancia arbitral o judicial, a solicitud de una de las partes, o ambas,[252] a diferencia del laudo arbitral, en el cual el fondo del asunto no puede ser revisado por otra instancia arbitral o judicial y sólo se puede

---

[250] Finalmente, en el Perú, se emitió la Ley n.° 30114 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, mediante el cual se modificó el Decreto Legislativo n.º 1012 - Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, estableciéndose en su Undécima Disposición Complementaria Modificatoria, que en el numeral 9.6 del Decreto Legislativo n.° 1012 cuente con lo siguiente: «9.6.- De igual modo en los nuevos contratos a suscribirse, *podrá considerarse en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional*, que *las partes puedan someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas*, a solicitud de cualquiera de ellas, la cual estará conformada por uno (1) o tres (3) expertos que serán designados por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La Junta de Resolución de Disputas emitirá una decisión vinculante para las partes, la cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje». (Énfasis nuestro).

[251] Ariano Deho, Eugenia. «El proceso de ejecución», p. 4. Consulta en: http://proiure.org.pe/articulos/ariano1.pdf.

[252] Paredes Carbajal, Gustavo. *Métodos adjudicativos. Op. cit.*, p. 116.

solicitar la anulación del laudo bajo los requisitos establecidos en el DLA.[253]

[253] Artículo 63.- Causales de anulación.
El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
Las causales previstas en los incisos a), b), c) y d) del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.
Tratándose de las causales previstas en los incisos d) y e) del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e) podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
La causal prevista en el inciso g) del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.
En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a) del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

Si bien hemos demostrado que existen diferencias relevantes entre estos dos mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos, ello no quiere decir que ambos métodos no se puedan complementar. Y es que, se debe dejar en claro que el DB no es un método que fue creado para el reemplazo del arbitraje, como bien lo precisamos en los antecedentes históricos del DB, este método se constituyó para mejorar la figura del *engineer*. Por lo mismo, no puede ser visto como una figura que pone en peligro el desarrollo del arbitraje. La naturaleza del DB es ser un procedimiento prearbitral, por lo mismo, es un mecanismo que complementa el arbitraje, generando un filtro de las reclamaciones infundadas que pueden aparecer en la obra. Como bien, señala Paredes, por su parte, el arbitraje ayuda a fortalecer al DB cautelando la ejecutabilidad de las decisiones finales y vinculantes, pero también fortalece su presencia preventiva, exigiendo su condición de presupuesto de arbitrabilidad previa.[254]

Por ello, si bien existen diferencias y semejanzas entre el arbitraje y el DB, ambos son parte integral de mecanismos de gestión de solución de conflictos de la obra, por lo mismo debemos rescatar lo mejor de ambos y fusionarlos mediante una correcta cláusula de solución de conflictos dentro del contrato de construcción.

En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f) podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el Título VIII.

[254] Paredes Carbajal, Gustavo. «*Dispute Boards* y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan?». En *Revista Arbitraje PUCP* del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2013, n.° 2, p. 85.

Segundo Capítulo:
¿Cómo funciona un *Dispute Board*?

Tras el análisis teórico del primer capítulo, examinaremos a detalle el funcionamiento del DB.

La mayoría de los DB utilizados en los contratos de construcción se activan paralelamente o inmediatamente después de la firma del contrato, en el momento que todavía no se ha dado inicio a la ejecución de la obra, lo cual trae como ventaja que los adjudicadores se mantengan informados sobre el proyecto y su desarrollo, siendo el papel inicial de los DB la prevención de conflicto, conjuntamente con la asesoría directa a las partes para resolver sus consultas mediante un soporte informal.

En el caso que surja una disputa, el DB ya va a encontrarse operativo, por lo que sin mayor dificultad, procederá a resolver la disputa sin perder tiempo en una futura designación y en conocer los hechos de la disputa *per se*.

Sin embargo, el DB también se puede constituir cuando el contrato de construcción ya se ha iniciado; sin perjuicio de ello, su operatividad es más complicada, ya que, de acuerdo a Panetta, los adjudicadores realizan dos labores al mismo tiempo: «por un lado, recuperar el tiempo perdido tratando de resolver las disputas donde las partes son generalmente rígidas y donde el DB no ha podido ofrecer su asistencia en el momento oportuno, y en segundo lugar, los adjudicadores tienen que involucrarse y seguir con las nuevas controversias que pueden estar vinculadas directa o indirectamente a los antiguos conflictos».[255]

---

[255] Panetta, Roberto. *Curso Prearbitral en Controversias de Construcción: el Consejo de Disputas*, p. 19.

En la práctica, los DB se encuentran reconocidos en los documentos de la licitación o en la oferta del contrato, con el fin de garantizar que las partes actúen rápida y eficazmente para la constitución del mismo. Después de la firma del contrato, se procederá a la selección, nombramiento y aceptación de los adjudicadores como miembros del DB. Y, entre las obligaciones de los adjudicadores, se les faculta para actuar como un mecanismo de prevención de controversias o un mecanismo de resolución de conflicto. Para finiquitar esta segunda obligación debe emitir una «determinación», sin perjuicio de que cualquiera de las partes acuda posteriormente a un Arbitraje o al Poder Judicial.

Antes de explicar los procedimientos que utilizan el DB en la ejecución de la obra, es necesario conocer y entender a los actores involucrados en el mismo, sus obligaciones principales dentro del DB, cuáles son los procedimientos para el nombramiento de los adjudicadores, la forma de pago a los mismos, finalizando con la terminación de sus obligaciones.

1. ACTORES EN EL *DISPUTE BOARD*

Como hemos señalado, el DB es una figura circunscrita al contrato de construcción. Sin este contrato, no procede el actuar del DB.

Al respecto debemos indicar que los mismos actores que suscriben el Acuerdo Trilateral, son quienes participan activamente en el desarrollo del DB.

1.1. Propietario y constructor en el Dispute Board

En principio, se puede decir que las obligaciones contractuales tanto del propietario como del constructor se van a desarrollar de manera paralela a las obligaciones que se desprenden por la constitución de un DB.

Sin perjuicio de ello, antes de proceder a explicar las obligaciones comunes que existen entre ambas partes respecto al DB, procedemos a discernir cuáles son las obligaciones principales, tanto del propietario como del constructor respecto a la ejecución de la obra. Si bien existen obligaciones diferentes al momento de ejecutar y cumplir un contrato de construcción, éstas no son un obstáculo y mucho menos un impedimento para que se pueda desarrollar de manera eficiente un DB.

1.1.1. Obligaciones principales del propietario

En primer lugar, procederemos a explicar la función principal del propietario en un contrato de construcción.

Existen diversas denominaciones para la figura del propietario, como el de locador o locatario de obra. Cabe señalar que, según Podetti,[256] son figuras anacrónicas para denominar al dueño de la obra. Sin embargo, el citado autor utiliza la denominación de comitente, al igual que el Código Civil peruano en su artículo 1771.[257] Si bien no es errada la utilización del concepto, consideramos que resulta demasiado genérico debido a que en nuestra legislación dicha denominación es empleada al referirnos bajo un contrato de servicios y bienes. Por ello, nosotros nos adherimos a la denominación de «propietario», que es utilizada por distintos autores del derecho de la construcción.[258]

---

[256] Podetti, Humberto. *Op. cit.*, p. 77.

[257] Al respecto, dicho artículo señala que: «Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución». En ese sentido, podemos encontrar que la palabra comitente viene del sufijo «cometer», la cual, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, significa: «Ceder sus funciones a otra, poniendo a su cargo y cuidado algún negocio». Consulta en: http://lema.rae.es/drae/?val=comitente.

[258] Del Arco Torres, Miguel Ángel y Manuel Pons Gonzales. *Derecho de la Construcción*. Granada: Editorial Comares, 1997, 3.ª edición, p. 15. Por otra parte, tenemos a: Werz, Jean-Claude. *Delay in Construction Contracts*. Friburgo: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994, p. 14.

El propietario es la persona natural o jurídica que encarga y desembolsa una cantidad económica para la construcción de la obra; y es que, tratándose de un contrato de construcción tradicional, la obligación principal del propietario es remunerar al constructor de la obra, entendiéndose que es por una obra determinada.

La cantidad que debe pagar se determina periódicamente por los términos expresos del contrato de construcción. Dicho pago es por un precio cierto, ya sea un precio unitario fijo por unidad, efectivamente, realizada o a suma alzada.

Como hemos mencionado, aparte de las obligaciones circunscritas en el marco del contrato de construcción, existen comportamientos que desarrollan las partes —entre ellas el propietario—, en los que se resalta las funciones de cooperación.

Si bien en el contrato se expresa la asignación de las obligaciones del propietario, es necesario y se requiere un mínimo de cooperación por parte del propietario, a fin de que el constructor pueda ejecutar la obra de acuerdo con el contrato. Afirma Lesser que: «[…] todo propietario debe tener cuidado de toda y cualquier intervención activa o inacción que perjudique al constructor durante la ejecución de la obra».[259]

Lo que nos dice el citado autor, es que no necesariamente la cooperación está arraigada a un tema de actividad, pues bien se puede reformular en un deber de no impedimento; es decir, el propietario tiene el deber de no interferir o impedir actividades que el constructor desea realizar, salvo que se esté vulnerando el contrato de construcción. Tenemos que rescatar que el constructor debe ser tomado en cuenta como un socio independiente y no subalterno del propietario. Según Werz,

[259] Lesser, Steven B. *The Twelve Deadly Sins: An Owner's Guide To Avoiding Liability For Implied Obligations During the Construction of a Project.* En *The Construction Lawyer*, 2008, pp. 29-30.

el deber de no impedimento consiste, principalmente, en desistir de las acciones perturbadoras.[260]

Sin embargo, debemos establecer que esta obligación de cooperación se manifiesta en las siguientes actividades básicas realizadas por el propietario. Entre ellas tenemos el otorgar facilidades suficientes para el acceso al terreno, siendo éste un derecho básico pero no siempre cumplido, además de la obtención de permisos y autorización para proceder con la ejecución de la obra, teniendo que realizar un trabajo preparatorio.

A ello, se suma lo estipulado en el artículo 1771 del Código Civil peruano,[261] que establece como obligación del propietario el suministro de materiales, salvo pacto en contrario.

Asimismo, cuando se impone al propietario el nombramiento de subcontratistas, su falta de designación o la tardanza en la designación, es un incumplimiento del deber de cooperación. Concluimos la idea del deber de cooperación, con lo expresado por Werz: «El fracaso de un propietario de cumplir con ese deber puede tener un impacto en la capacidad del constructor para llevar a cabo el trabajo en el plazo establecido, y es que el constructor puede excusar el retraso o incluso delegar responsabilidad en el propietario por retrasar la ejecución de la obra».[262]

A modo de cierre, queda establecido que las obligaciones principales del propietario dentro de un contrato de construcción tradicional son: la contraprestación consistente en el pago por la construcción de

---

[260] Werz, Jean-Claude. *Op. cit.*, p. 17.

[261] Artículo 1773.- Los materiales necesarios para la ejecución de la obra deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto distinto.

[262] Traducción libre: «*An owner´s failure to comply with such a duty may well have an impact on the contractor´s capability to carry out the work during the prescribed time, and may excuse the contractor´s delay or even result in the owner´s liability for delaying the work*». Werz, Jean-Claude. *Op. cit.*, p. 18.

la obra, sumada al deber de cooperación con el constructor en toda la ejecución de la misma.

1.1.2. Obligaciones principales del constructor

La denominación de constructor es amparada por la doctrina nacional, siendo la persona jurídica o natural quien se obliga a realizar una obra determinada a favor del propietario a cambio de un pago y sin que exista una relación de subordinación entre ambos, constituyéndose así en el deudor de la obra y el acreedor de la retribución.[263]

En opinión de Werz, es el constructor de la obra quien se compromete a llevar a cabo los trabajos de construcción especificados en el pliego de condiciones establecido en el contrato de construcción,[264] teniendo como obligación principal la de construir la obra pactada, distinguiéndola de otros acuerdos contractuales como cambios físicos al sitio, pago de la remuneración a sus trabajadores, entre otros. Cabe resaltar que no sólo se llega a cumplir con esta obligación con el hecho de permanecer activo en la obra, sino que debe lograr el resultado pactado. En última instancia, se puede señalar que la obligación principal del constructor tiene una naturaleza dual de esfuerzo y resultado.[265]

Precisándose que, debido a una manifestación de la moderna especialización técnica que actualmente rige la industria de la construcción, un constructor no necesariamente cuenta con sus propios recursos para cumplir íntegramente con el contrato suscrito, muchas veces se ve obligado a contratar, a su vez, con otra empresa especialista en la ejecución de un segmento de la obra.

---

[263] Castillo Freyre, Mario y Laura Castro Zapata. «El contrato de obra». En *Libro Homenaje al Dr. Felipe Osterling Parodi*. Lima: Editorial Palestra, 2008, p. 929.

[264] Werz, Jean-Claude. *Op. cit.*, p. 14.

[265] *Ibidem.*

Finalizamos señalando que la obra debe ser ejecutada de acuerdo a lo especificado en el contrato de construcción, tomando las medidas diligentes para la obtención de una obra sin defectos, cumpliendo con la obligación de construir la obra dentro del plazo de ejecución contractual, manteniendo velocidad constante y suficiente para el progreso de la obra, precisando que la labor del constructor también debe estar enmarcada dentro de un deber de cooperación.

1.1.3. Obligaciones del propietario y constructor frente al Dispute Board

¿Cuándo comienzan las obligaciones de las partes frente a un DB?

Como lo hemos descrito en el primer capítulo, las partes inician el mecanismo de los DB al momento en que suscriben el contrato de construcción.

La primera obligación de las partes frente al DB es el nombramiento del adjudicador, la cual surge paralela o inmediatamente después de firmado el contrato de construcción. Dicho nombramiento debe hacerse cumpliendo las reglas estipuladas por las mismas partes en el contrato de construcción o acatando lo señalado en un Reglamento Institucional que regula los DB.

Posteriormente, una vez que se haya nombrado al adjudicador, se procede a suscribir el Acuerdo Trilateral entre los adjudicadores nombrados, el propietario y el constructor.

Ahora bien, las obligaciones de las partes en el marco de actuación del DB deben de ir conjuntamente con sus obligaciones contractuales en el marco de la ejecución de la obra. Las obligaciones principales de las partes frente al DB serían las siguientes:[266]

---

[266] Bunni, Naël. The Fidic Form of Contract, *The Fourth Edition of the Red Book*. Oxford: Blackwell Science, 2004, 2nd edition, p. 400.

a) Los pagos por el propietario y el constructor a los miembros del DB se dividen en partes iguales. La falta de pago de cualquiera de las partes constituye un incumplimiento contractual. En el caso de que el propietario o el constructor no realicen el pago de conformidad con los términos de la designación, la otra parte podrá pagar cualquier cantidad que puede ser necesaria para mantener el funcionamiento del DB.

b) En las visitas a la obra y audiencias, los adjudicadores deben ser atendidos por el personal autorizado de las partes. Asimismo, las partes deben facilitar al DB su asistencia, incluyendo traslado y alojamiento de los adjudicadores, la provisión de instalaciones de conferencias para las audiencias, habilitando un lugar para copias e impresiones.

c) El propietario o el constructor tienen la obligación de pactar que el DB en ningún caso será responsable por cualquier acción u omisión en el ejercicio de sus funciones, a no ser que la acción u omisión del DB haya sido por dolo o culpa inexcusable. En caso no se llegue a probar lo anterior, las partes deberán indemnizar al DB por tales afirmaciones.

d) Las partes deberán entregar a cada miembro del DB una copia de todos los documentos que el DB podría solicitar, incluidos los documentos contractuales, informes de progreso, órdenes de variación, entre otros documentos relacionados con el cumplimiento del contrato.

Como se puede observar, entre las obligaciones más importantes, las partes deben proveer a los adjudicadores toda la documentación técnica del proyecto, entre las cuales se encuentran: las bases, los planos, el expediente técnico, las especificaciones técnicas, el contrato mismo y demás documentación contractual, para que estén involucrados con la base documental de la obra.

Además, las partes deben mantener informados a los adjudicadores con el avance de la obra, elaborando y presentando informes de progreso, lo cual va a ayudar a que el DB esté enterado del avance de la obra, así como del movimiento de los recursos.

Por otro lado, ambas partes tienen que brindar las facilidades para que el DB pueda efectuar las visitas programadas contractualmente o pactadas en las diferentes etapas o etapas claves del proyecto. Así, se logra un acercamiento real con el proyecto, teniéndose como finalidad la prevención de futuras disputas.

El otro momento en el cual se puede vislumbrar las obligaciones frente al DB, es cuando los adjudicadores son *per se*, el mecanismo para resolver las disputas que se hayan previsto en la ejecución de la obra.

Cuando se presente una disputa entre las partes durante la ejecución de la obra, es obligación de la parte reclamante solicitar al DB su intervención para que brinde una solución a la misma. Para ello debe de presentar un pedido formal al DB, precisando la actual divergencia que existe con la otra parte y solicitando que emita una «determinación»; sin perjuicio de ello, consideramos que existe la posibilidad de que la parte afectada pueda notificar primero a la parte demandada mediante una carta notarial, precisándole su decisión de acudir al DB.[267]

Por otro lado, es evidente que la parte demandada, tiene el derecho de defenderse frente al DB en relación a las acusaciones que se le imputan. Asimismo, ambas partes deben acatar el procedimiento que esté pactado para la solución de controversias mediante el DB. Ello se verá más adelante en el presente capítulo.

[267] Chern, Cyril. *Op cit.,* p. 144.

1.2. Adjudicadores

No cabe duda de que la figura de los adjudicadores representa el papel central y fundamental para el funcionamiento de los DB. Debemos tener en cuenta que son ellos quienes van a conducir todo el procedimiento de prevención y resolución de controversias durante la ejecución de la obra.

¿Cuál es el origen de la denominación del adjudicador? Es una figura anglosajona para la resolución de controversias que se basa en la designación por las partes de un técnico neutral experto en materia de construcción.[268]

Asimismo, dicha denominación es adoptada en la subcláusula 20.2 del Libro Rojo Fidic y en el artículo 4 del Reglamento de la PUCP, donde el experto que resuelve la controversia es denominado «adjudicador». Si bien el Reglamento ICC, no utiliza ninguna denominación en particular, consideramos pertinente en esta investigación usar dicha denominación, por la facilidad que existe en el reconocimiento práctico y mediático para el uso de los DB.

Haciendo un símil con el arbitraje, el desempeño del DB va a ser el reflejo de la elección de los adjudicadores; su eficacia va a recaer sobre su buen criterio, integridad moral y confianza. Lo importante es que los adjudicadores busquen promover un tratamiento de igualdad entre las partes al momento que son consultados para emitir su opinión o resolver una disputa.

Cabe resaltar que todo contrato de construcción está envuelto en gran cantidad de documentación. Para ello, los adjudicadores deben ser grandes lectores y analistas de cada situación en particular.

---

[268] Reig, Isabel. *Op. cit.*, p. 529.

Como señalamos anteriormente, al momento o inmediatamente después de firmado el contrato de construcción, las partes eligen a los adjudicadores, ya sea como adjudicador único o un tribunal conformado por dos adjudicadores o más. Se entiende que la elección se basa sobre personas calificadas con experiencia técnica.

Mediante este primer acto, nace la primera obligación de los adjudicadores, el cual se refleja mediante su deber de declaración, también llamado deber de revelación, el cual va a ser analizado de manera más detallada en el presente capítulo.

Las partes otorgan a los adjudicadores un poder decisorio al momento de resolver las disputas que se presenten en la ejecución de la obra. Ello, en base a que una de las características fundamentales es que van a estar suficientemente informados sobre las características del proyecto.

1.2.1. Obligaciones de los adjudicadores en el Dispute Board

Como hemos visto, existe una clasificación en torno al método de actuación de los adjudicadores, en el cual los DB pueden ser DBI o DBAH.

En primer lugar, procederemos a explicar las obligaciones principales de un DBI. Su obligación comienza conjunta o inmediatamente después de la suscripción del contrato de construcción y del Acuerdo Trilateral, la cual se traduce en el seguimiento de la ejecución del proyecto. Adicionalmente, los miembros del DBI deberán cumplir las siguientes obligaciones:

a) El trabajo de los adjudicadores, es una obligación personal, por lo que se encuentra impedido para ceder, delegar o subcontratar las prestaciones a su cargo.

b) Estar disponible para la actuación de visitas, audiencias y reuniones del DB. Visitando el sitio en intervalos regulares de tiempo. La fecha y el orden del día de las visitas serán acordados entre las partes y el DB, pero a falta de acuerdo serán fijados por el DB. Al término de cada visita, preparar un informe sobre las actividades durante la visita, analizando de primera mano si se está cumpliendo con el calendario de ejecución de la obra.

c) Estar y mantenerse al corriente del contrato de construcción, el progreso y avance del proyecto.

d) Observar y hacer cumplir las disposiciones pactadas por las partes, ya sea contractuales o procedimentales.

e) Todas las actividades y audiencias del DB, serán por acuerdo de las partes, privadas y confidenciales. No se publicarán ni revelarán los mismos sin el consentimiento previo y por escrito de las partes.

f) No deberán, mientras actúen como adjudicadores, negociar o llegar a acuerdos con las partes con relación a ser contratados, por cualquiera de ellas, ya sea como asesores o en otro cargo.

g) Deberá estar disponible para aconsejar y opinar sobre cualquier cuestión relevante del contrato, de acuerdo a los términos contractuales.

h) Por último, los adjudicadores tienen la obligación de resolver las disputas que surjan en la ejecución de la obra.

Los miembros del DB tienen como obligación principal estar informados y conocer el proyecto y sus avances. Para ello, se debe organizar reuniones y visitas *in situ*, para prevenir cualquier conflicto en la obra, siendo ésta la ventaja sobre cualquier otro mecanismo alternativo

de conflicto. Asimismo, los adjudicadores pueden ayudar a las partes a resolver los desacuerdos que son susceptibles de surgir durante la ejecución del contrato y que pueden darse durante cualquier reunión o visita al sitio de manera informal.[269] Esta actividad informal es muy importante para la eficacia del DB, siendo la base de la prevención.

Es importante subrayar que los adjudicadores tienen un carácter inquisitivo, lo que significa que pueden pedir cualquier información necesaria, tanto a las partes como a expertos independientes, para emitir una «determinación».[270]

Por otra parte, cuando una de las partes inicia el procedimiento para la obtención de una «determinación», se están sometiendo de pleno a los poderes que tienen los adjudicadores. Para ello, Bunni[271] nos presenta las obligaciones principales de parte de los adjudicadores frente a las partes, bajo un procedimiento de resolución de conflicto:

a) Establecer el procedimiento, en caso no esté previamente determinado por las partes, que se aplicará para resolver una controversia.

b) Tomar la iniciativa para la aclaración de los hechos y las cuestiones necesarias para una «determinación».

c) Hacer uso de sus conocimientos especializados.

Al respecto, cuando una de las partes solicita que sea el DB quien resuelva una disputa surgida en obra, dicho aviso no va a sorprender a

---

[269] Jiménez Figueres, Dyalá y Roque J. Caivano. «Funcionamiento de los "*Dispute Boards*" de la CCI y su encuadre en el derecho argentino». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Legis, 2007, n.° 6, p. 7.

[270] Wöss, Herfried. «Panel de Adjudicación de Desavenencias "una retrospectiva"». En *ICC Pauta*. Medios de Solución de Controversias, 2006, n.° 50, p. 17.

[271] Bunni, Naël. *Op. cit.*, p. 395.

los adjudicadores. Ello se debe a la familiarización del DB, con lo que ocurre en el lugar de la obra, enfrentando el problema rápidamente y recomendando una solución antes de que el problema pueda complicarse con mayor notoriedad.

La dinámica del DB es garantizar que los adjudicadores puedan estar al corriente con todos los eventos que se suscitan al momento de la ejecución de la obra.

Por otro lado, en cuanto a las obligaciones de los adjudicadores en un DBAH, las mismas no se inician con la firma del contrato de construcción y ni del Acuerdo Trilateral. Las labores del DBAH y su nombramiento se inician una vez que ha surgido una disputa en la ejecución de la obra, como en el caso del arbitraje, donde un tribunal arbitral se constituye y resuelve la disputa una vez surgida la controversia. Cabe señalar que esta figura se encuentra establecida en los Libros Amarillo y Plata de la Fidic.

Por lo que, una vez que surja una disputa, se comienza con el nombramiento de cada adjudicador. Y cuando ya estuviese constituido el DB, se le otorgaría un tiempo prudencial para familiarizarse con el proyecto. Después de ello, los adjudicadores tienen las mismas obligaciones establecidas por el DBI en la etapa de resolución de conflicto.

Adicionalmente, consideramos que las obligaciones más importantes que deben cumplir los adjudicadores son: la confidencialidad y la revelación, las mismas que desarrollaremos a continuación.

1.2.1.1. Confidencialidad

Uno de los principios que envuelve el DB es el «Principio de Confidencialidad», el cual abiertamente ha sido reconocido en la práctica de la industria de la construcción. Dicho acuerdo de confidencialidad recae sobre los adjudicadores.

¿Por qué es importante que los adjudicadores cumplan con el Principio de Confidencialidad?

Los adjudicadores son quienes tienen el conocimiento del proyecto de la obra, es decir, las alegaciones, las afirmaciones, acusaciones y demás actos que se han emitido entre las partes. Cabe precisar que el DB, es lo más parecido a una justicia privada por voluntad de las partes. Ello implica una cesión a los particulares para que administren esta justicia fuera de los tribunales ordinarios.

Según Chávez, esto ha sido así justamente porque el fundamento de este principio se encuentra en la misma naturaleza de los métodos alternativos de solución de conflictos. Ya que, históricamente, la mayoría de esas soluciones extrajudiciales han aflorado en el seno de una concepción nítidamente privatista, donde la privacidad ha ocupado un lugar central,[272] teniendo que guardar la imagen de cada parte frente al mercado.

Para muchos, la confidencialidad es uno de los pilares de la eficacia de los DB, además de ser un elemento para su fomento. Sin embargo, debe admitirse que en la práctica la confidencialidad tiene sus propios límites. Por ejemplo, es viable utilizar una «determinación» emitida por el DB para ofrecerla como prueba en un arbitraje posterior, poniendo en conocimiento la controversia, así como las alegaciones formuladas por las partes. Esto está reconocido en la práctica internacional.

De una revisión de las disposiciones del Libro Rojo Fidic, encontramos que en la subcláusula 20.6 se permite que la decisión del DB sea admisible como prueba en cualquier arbitraje. En consecuencia, la «protección» otorgada por la confidencialidad sobre cualquier «deter-

---

[272] Chávez Bardales, Enrique Miguel. «Privacidad y Confidencialidad en el arbitraje comercial internacional». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje*. Consulta en: http://bit.ly/1yVoYlt.

minación» emitida por el DB puede ser negada en un futuro, ya sea en arbitraje o litigio judicial.

Ello trae como conclusión que el arbitraje posterior al DB no está diseñado para ser un tribunal de apelación, y es que, si una de las partes ha emitido una notificación de desacuerdo, el tribunal arbitral tendrá que revisar y resolver la disputa que dio origen a la «determinación».

Por ende, la parte en desacuerdo con la «determinación» sería quien requiera un nuevo examen de la disputa; pero mientras tanto, debe cumplir con la decisión del DB, según lo explicaremos de manera más detallada en los acápites correspondientes del presente capítulo.

Otro motivo en el cual se alienta la confidencialidad del procedimiento del DB, es que excluye las intervenciones e influencias de terceros, como en el caso de la prensa, de lo contrario, se podría alterar el adecuado curso del DB.

Por ejemplo, los numerales 2 y 3 del artículo 9 del Reglamento ICC, señalan expresamente como obligación del adjudicador, la de tener en cuenta la confidencialidad del DB:

> Artículo 9.- Funcionamiento del DB y confidencialidad.- […]
> Salvo acuerdo en contrario de las partes o por exigencias impuestas por la legislación aplicable, cualquier información obtenida por un miembro del DB en el ámbito de sus actividades dentro del DB será utilizada por ese miembro del DB exclusivamente en las actividades del DB y será tratada como confidencial por dicho miembro del DB.
> Salvo acuerdo en contrario de las partes, un miembro del DB no puede participar en ningún procedimiento judicial, de arbitraje o similar relativo a una desavenencia sometida a DB, ya sea en calidad de juez, árbitro, experto, representante o consejero de una parte.

El Reglamento ICC, deniega toda posibilidad de publicación o revelación por parte de los adjudicadores sobre la información obtenida en el ámbito de sus actividades. Ello demuestra la firmeza del resguardo de información en el DB.

Finalmente, existe una expresa restricción para los adjudicadores, y es que el Reglamento ICC limita a los miembros del DB, de participar en futuros arbitrajes, ya sea como árbitro o testigo relacionado con la disputa que anteriormente se ha pronunciado en el marco del DB, salvo que ambas partes permitan su participación. Situando dicha situación en el Perú, el artículo 28 del DLA,[273] exige que el árbitro actúe con imparcialidad. En caso el adjudicador sea designado como árbitro, se estaría violando dicha imparcialidad, sobre todo si ya ha decidido el asunto de una manera particular en virtud de otro procedimiento.

1.2.1.2. Deber de revelación

En primer lugar, el deber de revelación, es un deber ético de informar cualquier hecho o circunstancia que puede provocar duda justificada

[273] «Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación.-
1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento».

sobre la independencia e imparcialidad del adjudicador en relación con las partes; es decir, dudas fundadas sobre la idoneidad del adjudicador para el cargo.

Éste deber nace de aquella conducta que tiene que realizar el adjudicador al momento de aceptar el cargo e incluso debe persistir durante el proceso de la ejecución de la obra; y ello es para resguardar el derecho de las partes a mantenerse informadas en caso surja algún hecho posterior que merezca ser puesto en conocimiento de las mismas.

Ello se ve reflejado en el artículo 8 del Reglamento ICC;[274] asimismo, en la regla 3 de las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic, el cual establece que el adjudicador deberá comunicar de inmediato a cada una de las partes, y a los otros miembros (en caso esté conformado por tres o más adjudicadores), cualquier hecho o circunstancia que pudiera parecer contradictorio con su garantía y acuerdo de imparcialidad e independencia.[275]

¿Cuánta y qué información debe ser revelada por los adjudicadores?

De lo que hemos podido leer respecto a normas sobre DB, ninguna señala la fórmula o el método de cómo revelar información, por lo que

---

[274] «Artículo 8 Independencia.-
[…]
2. Cualquier candidato para ser elegido Miembro del DB debe firmar una declaración de independencia y comunicar por escrito a las Partes, a los demás Miembros del DB y al Centro, cuando éste debe nombrar a tal Miembro del DB, cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las Partes, de poner en duda su independencia como Miembro del DB.
3. Un Miembro del DB debe de inmediato comunicar por escrito a las Partes y a los demás Miembros del DB cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar que puedan sobrevenir durante el ejercicio de sus funciones como Miembro del DB.
[…]».

[275] Punto 3. Garantía de las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic.

son los mismos adjudicadores quienes tienen que analizar los hechos, que de una u otra manera, pueden ser considerados relevantes para las partes.

Existe un alto grado de subjetividad en este campo. No es fácil tener la facultad de solucionar problemas cuando la confianza no es perenne en su desarrollo como adjudicador.

Finalmente, lo que se busca con este deber, es la transparencia de información de los adjudicadores para las partes; y es que en algunos casos, puede haberse celebrado un contrato entre alguna de las partes y un adjudicador antes de su designación como miembro del DB, y si no es mencionado a la contraparte, podría generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

1.2.2. Cualidades básicas de los miembros del **Dispute Board**

Debemos reconocer que una de las ventajas del DB es elegir a la persona mejor calificada para colaborar, asesorar y dirimir una disputa dentro de una obra. Así, es necesario interrogarse por las cualidades básicas, profesionales y morales que se debe tener en cuenta al momento de la selección. Las cualidades de cualquier miembro del DB deben ser necesariamente relacionadas con una conducta que tiene que ser analizada en el contexto de las buenas habilidades.

Las personas con buenas habilidades, en general, son buenos comunicadores. Justamente lo que se necesita como adjudicador al momento de trasladar las ideas hacia las partes[276] o para escuchar, efectivamente, lo que dice cada una de ellas, manteniendo más que todo, una naturaleza amable y receptiva frente a las mismas.

---

[276] Motiwala, Khozaima. «*How Good Are Your People Skills?*». En *Smart Cubes Journal*, 2004.

Por lo que, consideramos pertinente que el adjudicador cuente con las habilidades denominadas *Drain Skills*,[277] las cuales comprenden el aprendizaje de habilidades en redacción, investigación, defensa, entrevistas y negociación, cuyo valor es indiscutible en el ejercicio profesional y más debido a que existe el trato directo con las partes. Las personas que se consideran superiores, tienen una actitud autoritaria sobre las partes o cuentan con pésimas habilidades de trato, generarían un desincentivo de cooperación en la ejecución de la obra, no siendo ideales para ser adjudicadores.

Además de las cualidades señaladas anteriormente, procederemos a explicar otras cualidades adicionales, de acuerdo a la doctrina internacional, que deben reunir los futuros adjudicadores.

1.2.2.1. Imparcialidad

La imparcialidad es una de las más importantes cualidades que debe tener un adjudicador.

La doctrina, tanto al evaluar la imparcialidad de los árbitros como de los adjudicadores que componen los DB, arriba a similares conclusiones, señalando que esta cualidad es una característica subjetiva y más abstracta que la independencia, ya que, principalmente, se refiere a una predisposición mental, que pretende describir la ausencia de preferencia, o de riesgo de preferencia, de una de las partes en el DB o una pos-

[277] Al respecto, Zusman, señala que: «Se conoce como *Drain Skills* el desarrollo de las siguientes destrezas: Redacción (*Drafting*); Investigación (*Research*); Defensa (*Advocacy*); Entrevistas (*Interviewing*) y Negociación (*Negotiation*)». ZUSMAN, Shoschana. *Aprendiendo a Aprender.* En *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 239.

tura en el asunto,[278] tratándose de un estado mental propio e individual de cada persona.[279]

Por lo que, el adjudicador debe demostrar, mediante su actuación, que está evaluando el conflicto basado puramente en los hechos y el derecho, sin ideas preconcebidas sin prejuicios; y es que, de acuerdo a Tupman, se puede ser parcial si tiene alguna relación con la materia objeto de la controversia, teniendo una predisposición reconocida respecto a las cuestiones jurídicas que se decidan; es decir, la parcialidad está referida a un interés del árbitro o adjudicador en la controversia.[280]

Consideramos que la imparcialidad consiste en que el adjudicador no haya emitido un prejuzgamiento, que la opinión a la que arribe sea como consecuencia de la lucha intelectual de las partes en base a la fuerza de sus argumentos.

El deber de imparcialidad es absoluto, a tal grado que Eisemann manifestaba que la imparcialidad se podía presentar como un deber ético.[281] Si bien podemos llegar a tener prejuzgamientos, al querer demostrar la imparcialidad o falta de parcialidad de un adjudicador, se tiene que apelar a su comportamiento, y es que es sumamente difícil verificar la ausencia de preferencia hacia una de las partes y más aún inducir sobre el estado mental de un adjudicador.

---

[278] González de Cossío, Francisco. *El árbitro*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2008, p. 17.

[279] Donahey, M. Scott. «*The Independence and Neutrality of Arbitrators*». En *Journal of International Arbitration*, vol. 9, n.° 4, 1992, pp. 31-32.

[280] Tupman, W. Michael. «Challenge and Disqualification of Arbitrators in *International* Commercial Arbitration». En *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989, p. 29.

[281] Eisemann, Frederic. «*Deontology de L'Arbitre Commercial International*». En *Revue de L'Árbitraje*. París: 1969, p. 217. Citado por: Gonzales de Cossio. *Ibid*, p. 16.

Al respecto, Brodsky[282] comenta una singular anécdota, al mencionar que una de las partes levantó su voz de protesta en plena audiencia al enterarse que un adjudicador había tomado el carro que le ofreció la contraparte para acudir a la obra. Ello demuestra que siempre van a existir celos en relación a la información que se puede divulgar, por lo que, la mayoría siempre se pone a la defensiva. Justamente se debe evitar estos hechos que generen dudas y preconcepciones de una parte.

Por lo mismo, el adjudicador debe ser transparente y sumamente cauteloso, al momento de emitir una comunicación o una reunión, siempre ambas partes deben estar informadas y siempre tiene que reunirse con ambas partes.

En conclusión, los adjudicadores deben ser imparciales, y no sólo serlo, sino más que todo parecerlo. Ya que el DB también se basa en la confianza que existe de las partes para los adjudicadores.

1.2.2.2. Independencia

Si bien explicamos que la imparcialidad viene a ser un carácter subjetivo del adjudicador, en el caso de la independencia, ésta se mide bajo un criterio objetivo a los adjudicadores. Es una clara tendencia la de considerar que ambos elementos constituyen dos caras de una misma moneda.[283]

Generalmente, se considera que la independencia se refiere, exclusivamente, a cuestiones surgidas de la relación entre el adjudicador y una de las partes, sea de índole financiero, profesional o de cualquier

---

[282] BRODSKY, Jerry. (EE.UU.) Socio de Peckar & Abramson. Conferencia Internacional: Solución de Controversias en el Sector de la Construcción. Lima: Fondo Pontifica Universidad Católica del Perú, mayo 2013.

[283] REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, 2006, 4.ª edición, p. 305.

otra naturaleza. Por eso se entiende que la prueba está relacionada bajo un criterio objetivo, dado que no guarda ningún tipo de relación con la forma en que está mentalizado el adjudicador (o posible adjudicador).[284] A mayor cercanía en la relación, el grado de independencia será menor.[285]

Y es que, de acuerdo a Owen y Totterdill, la independencia significa que los miembros del DB deben haber garantizado a las partes que no tienen ninguna relación, financiera, comercial, de empleo o de otro tipo, con cualquiera de las partes. Cabe precisar que un miembro puede haber sido nombrado por una parte, lo que de ninguna manera quiere significar que se va a convertir en un representante de la misma.[286]

El miembro no debe tener ninguna conexión con cualquiera de las partes. Si hay alguna relación, presente o pasada, que puede dar la apariencia de influencia o sesgo potencial, entonces ésta debe ser declarada y, si cualquiera de las partes se opone, el miembro debe rechazar el nombramiento.

Además, durante su desempeño como adjudicador, el miembro debe seguir informando a las partes de cualquier nueva situación que podría entrar en conflicto con estos principios. En caso surja una nueva relación entre las partes, la misma debe ser declarada y si cualquiera de las partes se opone, el adjudicador debe renunciar al cargo.

Por lo que, podemos afirmar que la independencia es un concepto vivo.[287] Ello quiere decir que está en movimiento y en evolución, dado que no se sabe si en un futuro una de las partes pueda entablar una re-

---

284 *Ibid.*

285 Tupman, W. Michael. *Op. cit.*, p. 29.

286 Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 6.

287 De Trazegnies Granda, Fernando. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de intereses en el arbitraje». En *Lima Arbitration*, 2006, n.° 1, p. 184. Consulta en: http://bit.ly/1jjKw1l.

lación con uno de los posibles adjudicadores. Es por ello que, como en el arbitraje, es necesario realizar una evaluación casuística.

En la práctica, el principio de independencia se ve reflejado en el numeral 2 del artículo 8 del Reglamento ICC:

> Cualquier candidato para ser elegido Miembro del DB debe firmar una declaración de independencia y comunicar por escrito a las Partes, a los demás Miembros del DB y al Centro, cuando éste debe nombrar a tal Miembro del DB, cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las Partes, de poner en duda su independencia como Miembro del DB.

Además, se requiere la revelación escrita respecto de la independencia en cualquier momento. Asimismo, el numeral 3 del citado artículo establece que se requiere inmediata divulgación escrita del adjudicador no sólo para las partes, sino también a los demás miembros del DB, de cualquier hecho o circunstancia relacionado con su independencia.

Asimismo, en el literal b) de la regla 4 del Apéndice de las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic, se establece que el adjudicador: «no deberá haber sido empleado anteriormente como asesor ni en ningún otro cargo por el cliente, el contratista o el ingeniero, excepto en aquellas circunstancias comunicadas por escrito al cliente y al contratista antes de firmar el Acuerdo de Resolución de Conflictos».

Por otro lado, el adjudicador no puede ser despedido si no le da razón a una de las partes. Esto es un tema cultural importante, pues esta persona no está defendiendo a ninguna de las partes; no es el defensor de la causa; hay una situación de independencia necesaria que debe cumplir el DB. Las partes deben de acatar las «determinaciones» emitidas por el adjudicador, y no pretender juzgarlo por la motivación de la misma, ya que por eso se le prestó la confianza.

En conclusión, es natural que las partes no conozcan todos los supuestos y situaciones que evidenciarían un conflicto de intereses que el adjudicador pueda tener. Las partes difícilmente llegarán a identificar todas las situaciones o vivencias del adjudicador. Para ello, las partes con sus asesores deben realizar un examen exhaustivo de la trayectoria y vinculación del adjudicador.

1.2.2.3. Proactividad

En el arbitraje o en el Poder Judicial, las actuaciones de las personas que resuelven las controversias se limitan a sentarse, escuchar a las partes y emitir una decisión, en comparación con los miembros del DB, los cuales viven la construcción de la obra, tanto es así que deben sentirse parte de su ejecución y orgullosos de que no se den conflictos durante su ejecución, dado que uno de los objetivos de los DB es el de prever los conflictos en la obra.

Por ello, los adjudicadores deben aspirar a ser proactivos, teniendo el poder de tomar la iniciativa para determinar la información que sea necesaria para llegar a las conclusiones correctas. Y es que si uno no se adelanta a los hechos o no tiene el interés o la capacidad de averiguar el estado de la obra, será bien difícil que logre sus objetivos como adjudicador.

1.2.2.4. Conocimiento del tipo de contrato de construcción

Es necesario que los adjudicadores tengan experiencia anticipada sobre el tipo de obra en donde van a trabajar, pues como se conocen, existen diversidad de obras en las cuales puede desarrollarse un DB, como son los puertos, carreteras, edificios, puentes; si el adjudicador va a ser la primera vez que se desempeña en este tipo de construcción, esa condición debe ser debidamente evaluada por las partes.

Asimismo, los adjudicadores van a contar con planos y especificaciones técnicas, estando provistos de informes periódicos sobre la marcha durante el curso del proyecto, llegando a tener un conocimiento alto de la información al día del contrato de construcción y sus alcances.

Las partes involucradas en el proyecto complejo emplean un gran número de personas, muchas de las cuales no son conscientes de las responsabilidades de desarrollo y asignación de riesgos entre las partes. Justamente la tarea de los adjudicadores de convivir, conocer y manejar esta información de una manera idónea y eficiente para la ejecución del contrato, haciendo observaciones significativas con respecto a la asignación de los riesgos y las responsabilidades de las partes, colaborando con el libre flujo de información; entre ellas, sin interferir con cualquier postura contractual que establezca ventaja para alguna de las partes.

1.2.2.5. Experiencia en resolver conflictos en construcción

Las técnicas de resolución de disputas utilizadas por el DB deberían ser consideradas como herramientas del contrato disponibles para las partes. Sumado a los demás aspectos del proyecto, el uso exitoso de esta capacidad del adjudicador se puede basar en la experiencia y práctica que ha podido ganar gracias a sus acercamientos como árbitro dentro de un arbitraje de construcción. Nos reafirmamos al señalar que este *know-how,* es un gran beneficio para las partes al momento en que los adjudicadores se encuentren obligados a resolver una disputa.

La experiencia en resolver conflictos en contratos de construcción, está dirigida a otorgar confianza a las partes en el momento de la designación del adjudicador, teniendo en mente que posibles o futuros desacuerdos, o disputas que pueden surgir en el desarrollo del contrato, no van a causar sorpresa en los adjudicadores, debido la similitud de los problemas técnicos de la obra.

Además al tener dicha cualidad, las partes deben estar confiadas que todos los argumentos y las pruebas que presenten, van a ser valoradas de manera diligente por los adjudicadores, no existiendo dudas respecto a su capacidad al momento de emitir una «determinación».

1.2.2.6. Conocimiento del procedimiento de un Dispute Board

El DB es un procedimiento consensuado entre las partes y, como tal, los adjudicadores deben otorgar la suficiente confianza a las partes para que ellas se sientan tranquilas con el manejo del procedimiento.

Sin embargo, el DB no debe permitir un enfoque rígido al momento de ponerse en práctica, y más aún cuando surge una situación de disputa entre las partes.

Para ello, es obligación del DB, asegurarse de que el procedimiento sea el adecuado, brindando a las partes oportunidades equitativas para preparar su caso, así como responder el caso de la contraparte. Owen y Totterdill, nos dicen que las partes deben tener confianza en que su inversión en el DB se vea reflejada en un procedimiento idóneo.[288]

La Fidic, en sus contratos estándar, y el Reglamento ICC especifican un procedimiento básico para el desarrollo de los DB, lo cual genera una garantía de seguridad para las partes y los adjudicadores, siendo conscientes de los pasos y medidas que deben adoptarse en el día a día del desarrollo del DB.

Por todo lo señalado, consideramos pertinente que los adjudicadores nombrados por las partes deben ser experimentados y conocedores de qué procedimientos están disponibles y cuál mejor se ajusta al contrato en específico. Lo mismo sucede con el arbitraje, cuando las partes deben elegir a qué reglas se someten al momento de elaborar la cláusula arbitral.

---

[288] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 30.

Si bien todos los proyectos son únicos, el alcance de la similitud de las cuestiones relacionadas dentro de los problemas, puede ser similar a los encontrados en otros lugares, generando de igual manera, diferentes opiniones. Por lo tanto, es importante que los adjudicadores estén familiarizados con las diversas formas de técnicas y procedimientos de resolución de problemas.

Gray señala que las cualidades y calidades de los adjudicadores deben estar recogidas en el Acuerdo Trilateral, donde se deberá colocar ciertos principios y condiciones que reflejan de manera directa algunas de las cualidades citadas. Asimismo es recomendable que se estipule altas penalidades al adjudicador en caso no cumplan con las mismas.[289]

1.2.2.7. Disponibilidad de tiempo a la obra

Uno de los componentes que debe ir acompañado del adjudicador es el tiempo que éste debe dedicarle a la obra. Si es una persona que reúne todas las características, pero no tiene tiempo para dedicarle a cada uno de sus proyectos, ese adjudicador no podrá cumplir con la misión importante que se le proporciona.

Ello tiene una relación con el tema de costos, y es que los adjudicadores reciben una contraprestación, para lo cual se están comprometiendo y obligando a dedicarle todo el tiempo necesario para mantenerse informado con los antecedentes y ocurrencias de la obra. Si ello no se cumple, los costos están siendo malgastados, lo que sería una pérdida para las partes, encareciendo el sistema de sistema de solución de controversia.

---

[289] GRAY, Jaime. Presidente de la Sociedad Peruana del Derecho de la Construcción. Conferencia Internacional: «Solución de Controversias en el Sector de la Construcción». Lima: Pontifica Universidad Católica del Perú, mayo, 2013.

Por lo mismo, si el adjudicador no tiene tiempo, lo mejor es que no acepte el encargo, pues su trabajo va a ser un reflejo del tiempo y la disponibilidad del adjudicador en la obra.

1.2.2.8. ¿Un abogado como miembro del Dispute Board*?*

La pregunta que debemos hacernos es: ¿qué profesión deben tener los adjudicadores?

Para responder esta pregunta es necesario recalcar que, a diferencia del arbitraje, en el DB, no existe un tipo de DB de derecho o equidad. Además, se debe tener consideración que el método de nombramiento de los adjudicadores es libre; por lo que las partes pueden pactar libremente el procedimiento de nombramiento que consideren apropiado, siempre que no se vulnere el principio de igualdad entre ellas.[290] Es por ello que los adjudicadores pueden ejercer diversas profesiones, sin importar los modelos o tipos de DB.

Asimismo, cabe precisar que, en el Reglamento ICC o en el Libro Rojo Fidic, no existe restricción alguna sobre la profesión que debe ejercer un adjudicador.

Es por ello que Allione señala que:

> Los Miembros de un *Dispute Board* deben tener experiencia en el tipo de trabajos a realizar según el Contrato. Los Miembros también deben tener conocimiento y experiencia en la aplicación de las Condiciones del Contrato. Por supuesto, también

[290] En general, puede decirse que el método de nombramiento de los adjudicadores no puede generar una situación de privilegio de una parte frente a la otra; por ejemplo, resultaría nulo el pacto por el cual una parte nombra a un adjudicador y la otra nombra a dos. En este sentido, es un pacto habitual que las partes nombren a los adjudicadores, si existiera un tribunal de tres adjudicadores.

> deben conocer y cumplir con los requisitos relacionados con la independencia y la ética de los Adjudicadores.[291]

Cuando nos encontramos en un contrato de construcción, las disputas o divergencias son variadas pudiendo ser técnicas, legales o financieras. Por lo que, creemos que las partes, al momento de elegir a los adjudicadores, deben considerar, tanto a un ingeniero como a un abogado como miembros de un DB.

Por lo general, cuando uno elige a un ingeniero, consideramos que su especialidad debe ser Civil, al tener que desempeñarse con un manejo especializado en la administración de contratos de construcción, pues su formación técnica va a ayudar en el apoyo como consultor y al momento de resolver una disputa específica.

Sin perjuicio de ello, uno de los inconvenientes que no estaríamos atendiendo al elegir a un ingeniero frente a un abogado, es el supuesto en que un ingeniero emita decisiones que no estén dentro del marco de la legalidad, vulnerando tajantemente lo establecido en el contrato de construcción. Por ello, Laorden señala que los ingenieros deben contar con una formación jurídico-contractual.[292]

Asimismo, Owen, al discutir sobre la formación que necesita un ingeniero al entrar al mundo del DB señala:

> Para aportar valor a la resolución de disputas cualquier aspirante necesita un **sólido conocimiento del derecho de los contratos, y de cómo se gestionan los proyectos de construcción**. También es necesario **conocer los aspectos procesales y las técnicas de la resolución de conflictos**. Un ingeniero que se plantee iniciarse en el mundo de la resolución de disputas, debe entender

---

[291] Entrevista a Owen, Gwyn P. y D. Romano Allione. *Op. cit.*, p. 51.

[292] Laorden, Pablo. «Las *Dispute Boards* como medio de Resolución de Controversias». En *Tecniveria. Revista de la Ingeniería Española*, enero-febrero, 2011, n.º 29, p. 40.

> que la resolución de los conflictos requiere emitir **decisiones en relación con los derechos y distribución de riesgos de individuos concretos**. Estas decisiones fijan la posición legal de las partes y pueden ser impugnadas en los tribunales en procesos de apelación. Por tanto, yo recomiendo que cualquier ingeniero que quiera entrar en el mundo de la resolución de disputas debe tener formación jurídica.[293] (Énfasis nuestro).

Esto implica que, necesariamente, un ingeniero debe contar con una base jurídica, debe conocer el contrato, los principios generales del derecho de la construcción, conocer por ende también el tema de normas privadas y públicas. Sin embargo, consideramos que ello no es suficiente para contrarrestar los problemas que podemos encontrar en una ejecución de obra o en las reglas procedimentales que no vulneren los derechos de las partes.

La inclusión de los abogados como miembros de un DB es cuestionada por los tradicionalistas, debido a que los miembros del DB están obligados a tener conocimientos y experiencia en las obras, por lo cual los ingenieros deberían ser la opción habitual.[294]

Además, la inclusión de abogados no es bien vista, debido a que se cree que dichos profesionales tienen una adicción a lo adversarial y van a querer legalizar los procedimientos del DB, en detrimento de la filosofía del DB, basada en la búsqueda de una solución armoniosa que preserve la relación entre las partes.[295]

Los abogados que se designaran como adjudicador, deben tener un conocimiento particular sobre la teoría técnica de las obras en construcción, como por ejemplo, saber leer planos, conocer de programación de obra, tener en claro lo que es una ruta crítica, así como los métodos

---

[293] Owen, Gwyn y D. Romano Allione. *Loc. cit.*

[294] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 32.

[295] Ong, Brennan y Paula Gerber. «*Dispute Boards: is there a role for lawyers?*». En *Construction Law International*, 2010, vol. 5, Issue n.° 4, p. 10.

de cálculo para establecer los mayores gastos generales. Sin embargo, muy aparte de sus conocimientos en derecho de la construcción, deben mostrar un gran interés en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en el cual se reconoce que los abogados pueden desempeñar un papel positivo si sus talentos son canalizados adecuadamente para ayudar al DB en su trabajo,[296] no generando hostilidad entre las partes, ya que eso es incompatible con la naturaleza del DB.

Si las partes al momento de presentar sus dudas, consultas o reclamos utilizan argumentos jurídico-técnicos, un ingeniero adjudicador puede ayudar a entender las implicancias de lo que se va descubriendo en base a los hechos que se están encontrando en el proyecto o la obra objeto de disputa.

Sin embargo, para abordar una disputa es necesario interpretar la información que es proporcionada por las partes. Ello es mejor con un abogado como adjudicador, que tiene un conocimiento en manejo de disputas y que pueda establecer los parámetros de legalidad bajo los cuales está permitido responder las consultas o resolver las disputas.

Como bien señala Chern:

> […] abogado se va a centrar en las cuestiones procedimentales y va a proporcionar, en particular, el asesoramiento en materia de interpretación en los puntos legales […] un *Dispute Board* es un proceso legal y más frecuentemente contradictorio, lo que conduce a una decisión de enlaces que se imponen a las partes.[297]

Coincidimos con el citado autor, y es que las partes deben estar satisfechas de que se van a respetar sus derechos y sus obligaciones legales en cualquier DB; pues muchas veces tales partes serán representadas le-

---

[296] DETTMAN, Kurt. «*What Role Should Lawyers Play In The Dispute Review Board Process?*». En *Foundation Forum*, p. 3. Consulta en: http://bit.ly/1iO3L89.

[297] CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 112.

galmente y ello significa que en todo momento se tendrá que garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

Un beneficio adicional de tener a un abogado como miembro de un DB se deriva del hecho de que él puede encargarse de escribir las «determinaciones», aterrizando la solución técnica bajo un parámetro de legalidad tomando en consideración las cláusulas contractuales y los principios jurídicos que rigen el contrato; siendo las conclusiones y recomendaciones claramente articuladas.

Por otro lado, sumado a lo dicho anteriormente, consideramos que no es adecuado que un ingeniero sea elegido presidente de un DB, puesto que en la práctica es el presidente quien propone los actos procedimentales que realicen las partes y los adjudicadores a lo largo del DB.

Los abogados están entrenados en la forma de gestionar y presentar litigios complejos, permitiendo a todas las partes que cuenten con la oportunidad suficiente para presentar sus alegaciones y defensas. Por lo que las partes deben considerar que un abogado en el DB puede ayudar a establecer y brindar mayor credibilidad y legitimidad en la actuación del mismo.[298]

Lo anterior es recogido en la práctica. Por ejemplo, en Sídney, en el proyecto «*Desalination Plant Project*», se utilizó un DRB, donde explícitamente se establecía que el presidente del DRB tenía que ser un abogado principal del «*Victoria Bar Association*», quien debía contar con experiencia en derecho de la construcción y resolución de disputas. Otro ejemplo es, precisamente lo que ocurrió en el caso del Túnel del Canal de la Mancha, donde se establecía que el presidente del DB sea también abogado.[299]

---

[298] Dettman, Kurt. *Op. cit.*, p. 2.
[299] Reig, Isabel. *Op. cit.*, p. 539.

En caso el DB sea adjudicador único, consideramos que debe ser un profesional del derecho, debido a que éste puede contar con una pericia técnica, adecuándola en la «determinación», sin perjuicio de seguir los parámetros de legalidad. En cambio, si el adjudicador es un ingeniero, difícilmente puede contar con un perito en derecho y que este perito abogado supervise al ingeniero si está cumpliendo con los parámetros de legalidad de una «determinación».

Que un DB cuente con un staff de ingenieros y abogados permitiría resolver los problemas técnicos, así como los de interpretación contractual. Ello, gracias a las habilidades en negociación y resolución de conflictos, no permitiendo que los conflictos escalen. En efecto, haciendo equipo con un abogado, otros especialistas van a conseguir un conjunto de habilidades que les permitirían hacer frente a la prevención de los conflictos.

Efectivamente, la doctrina reconoce la importancia de la participación de abogados en un DB, reconociéndose que el éxito de cualquier DB depende de una combinación adecuada de sus miembros. Los cuales, además de tener el conocimiento y experiencia del tipo de construcción que están analizando, deben estar capacitados para entender la aplicación del contrato de construcción y su interpretación.[300]

En conclusión, un abogado puede asegurar que la «recomendación» o «decisión» se base profundamente en el contrato y la ley para que las partes puedan estar seguras de que las conclusiones del DB son un anticipo del posible resultado de un arbitraje o litigio, lo que aumenta la probabilidad de que el informe del DB sea aceptado.

Los abogados son reconocidos por sus habilidades de persuasión, y pueden desempeñar un papel útil en asegurar que el DB exprese sus opiniones de una manera que no sólo aumenta la probabilidad de que

[300] Ong, Brennan y Paula Gerber. *Op. cit.*, p. 11.

ambas partes acepten los resultados, sino que también facilite las relaciones armoniosas en curso entre las partes.[301]

1.2.3. Número de adjudicadores en el Dispute Board

¿Cómo se configura un DB? La configuración del DB es flexible, adaptándose a los requerimientos de la obra, no existiendo una restricción para la designación de adjudicadores. Las partes tienen total libertad para nombrar un número determinado de adjudicadores, los cuales pueden ser combinables de acuerdo a su función. Esto se diferencia de los otros métodos alternativos de solución de controversias.

Al respecto, el Reglamento ICC no establece un límite de adjudicadores a ser nombrados en el DB, pero en caso las partes no pacten el número de adjudicadores en el DB, el Reglamento ICC (numeral 2 del artículo 7) entiende que los miembros del DB serán tres personas. Caso no tan diferente sucede en el Libro Rojo Fidic, el que si bien de acuerdo a la subcláusula 20.2 establece un límite entre uno y tres adjudicadores, en caso las partes no acordaran el número de éstos en el DB, la Fidic entiende que deberá nombrarse tres adjudicadores.

Una configuración clásica, es la designación de un solo adjudicador, para los proyectos de menor duración y costo, lo cual puede ser ventajoso para las partes, en tanto se trata de la opción más económica.

Owen y Toterdill[302] consideran que, en los casos en que el valor de la obra sea modesto, por ejemplo, menor a US$25'000,000.00 (veinticinco millones con 00/100 dólares americanos), basta que se designe a un solo adjudicador. Por otro lado, las guías del Banco Mundial establecen que se designe un adjudicador sólo para los proyectos de cuantías menores a US$50'000,000.00 (cincuenta millones con 00/100 dólares americanos). En cambio, autores como Glover y Hughes, re-

---

[301] *Idem*, p. 12.

[302] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 23.

comiendan a las partes que, en los proyectos con un valor superior a US$10'000,000.00 (diez millones con 00/100 dólares americanos), se nombre tres adjudicadores.[303]

Sin embargo, puede haber situaciones en las cuales se requieran más adjudicadores expertos en la materia, al ser el contrato de construcción uno complejo o al existir un proyecto que tenga diversos contratos y al ser el DB flexible, las partes pueden ser creativas con la configuración del DB.

Por ejemplo, Chern[304] describe una situación en la cual puede designarse un panel de DB consistente en sólo dos miembros, los cuales tienen que ser profesionales de dos disciplinas diferentes; por ejemplo, un ingeniero y un abogado, en vista de que las controversias técnicas serán materia de pronunciamiento por parte del ingeniero, y las legales, sólo por el abogado.

Dicha posibilidad no es ajena a la práctica. En el proyecto «*Channel Tunnel Rail Link*», se constituyeron dos paneles; uno emitía decisiones respecto a disputas técnicas relacionadas con la construcción, y el otro emitía decisiones respecto a temas financieros.[305]

Además, pueden existir situaciones en las cuales no sea necesaria la composición de tres adjudicadores. Basta que exista un adjudicador y que el mismo sea apoyado por miembros *ad-hoc*, los cuales, a requerimiento del adjudicador, emitirán opinión referida a una disputa.

Por ejemplo, Chapman[306] describe un proyecto relativo a la construcción de un hospital bajo la modalidad de una APP, al norte de Ingla-

---

303 Glover, Jeremy y Simon Hughes. «Understanding the Fidic Red Book: A Clause by Clause Commentary». Londres: Thomson-Sweet & Maxwell, 2006, p. 382.

304 Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 65.

305 Chapman, Peter. *Op. cit.*, p. 9.

306 *Ibidem.*

terra, en el que un DB estuvo compuesto por un presidente y miembros *ad-hoc*, los cuales apoyaban al presidente dependiendo de las materias en discusión, las cuales podían estar relacionadas con la infraestructura, el financiamiento o la performance clínica del hospital requerido.

Asimismo, las partes pueden designar un panel de varios adjudicadores. Sin embargo, quien emitiría la «recomendación», «decisión» u opinión sobre una materia, dependería de los aspectos de la disputa.

En el caso del Aeropuerto de Hong Kong, se había designado a seis adjudicadores y un coordinador para que cubran todos los contratos celebrados para llevar a cabo dicha obra. Sin embargo, de esos miembros del DB, se elegía a uno o tres miembros, dependiendo de la naturaleza o complejidad de la disputa para que emita una decisión.[307]

Por ello, en este caso, no podemos sugerir una cantidad determinada para la designación de adjudicadores, siendo que la misma no sólo dependerá del tipo de contrato, complejidad y naturaleza, sino también de los intereses de las partes.

1.2.4. Elección del presidente del Dispute Board

Ahora bien, respecto a la elección del presidente del DB, ella tiene que cumplir lo estipulado por las partes. La costumbre internacional establece que las partes elijen a los tres adjudicadores del DB.

La doctrina especializada considera que la elección del presidente es bien delicada, debido a que es la persona responsable de la administración del DB, a tal extremo que, de acuerdo a lo señalado por Owen y Totterdill,[308] tiene a su cargo las siguientes obligaciones:

---

[307] Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 66.

[308] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 33.

1. Coordinar la preparación, acuerdo y ejecución del acuerdo tripartito.

2. Elaborar y preparar la definición y establecimiento de los procedimientos administrativos internos del DB.

3. Encargarse de las comunicaciones entre las partes y el tribunal del DB.

4. Elaborar actas e informes de reuniones; asegurar la asistencia de los otros miembros del Consejo en las reuniones y visitas de campo; coordinar la prestación de los arreglos de alojamiento para los miembros durante las visitas con las partes.

5. La principal función procesal del Presidente es presidir las reuniones y visitas de campo.

Además, Owen y Totterdill señalan que el presidente del DB debe administrar y gestionar un DB. Considerando que dicha labor la lleva a cabo el presidente del DB, como consecuencia de la remuneración adicional que recibe para llevar a cabo sus obligaciones administrativas.

Dadas las obligaciones del Presidente del DB, es necesario que éste cuente con una experiencia amplia en DB, lo cual podría ser un problema en el Perú, dado que la experiencia en el DB es casi nula.

Sin embargo, las partes o los adjudicadores tienen libertad para acudir a adjudicadores internacionales. Cabe resaltar que esta costumbre de importar adjudicadores es muy usada en América Latina; por ejemplo, en Honduras, en los casos de los proyectos llevados bajo la Cuenta del Milenio, se nombran y convocan adjudicadores mexicanos, estadounidenses y peruanos. Asimismo, en el Perú, en su Ley de APP, establece

que los adjudicadores pueden ser de nacionalidad diferente a las partes del contrato de construcción.[309]

Por último, la doctrina enfatiza que el papel principal del presidente es la elaboración de decisiones y garantizar que se tendrán en cuenta los puntos de vista de los demás miembros; es decir, se debe cumplir con los requisitos de legalidad.[310] De esta manera, dicha obligación se suma a nuestra posición en el sentido que el presidente de un tribunal debe ser abogado.

1.2.5. Constitución de un **Dispute Board** *utilizando el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional*

En virtud del Reglamento ICC, lo primero que debemos resaltar es que en su artículo 3, se señala claramente que, salvo convenio en contrario, las partes deben constituir el DB en el momento en que celebran el Contrato, precisando si el DB es un DRB, un DAB o un CDB, respectivamente.

Las partes pueden nombrar a uno como a varios adjudicadores. Ello, conforme lo establece el numeral 2 del artículo 7 del Reglamento ICC, que a la letra dice:

> Artículo 7.-
> Designación de los Miembros del DB
> […]
> 2. Cuando las Partes hayan convenido la constitución de un DB conforme al presente Reglamento, pero no hayan convenido el número de Miembros del DB, éste estará compuesto por tres miembros.

---

[309] El análisis de los adjudicadores extranjeros en el ámbito nacional va a ser analizado en el Capitulo 3.

[310] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 34.

Una vez que se haya constituido el DB y se haya comenzado con la ejecución de la obra, las obligaciones frente al DB podrán surgir en dos momentos distintos.

El primero es cuando el DB desempeña la labor de prevención de controversias; aquí las partes utilizan a los adjudicadores como unos consultores para la proyección de informes. El otro momento surge cuando las partes tienen la obligación de reunirse y recibir visitas periódicas de los adjudicadores para que observen los trabajos que se vienen realizando y si se ajustan al Diagrama de Gantt.[311]

Tratándose del nombramiento de los adjudicadores, la práctica establece que, cuando las Partes hayan convenido que el DB se componga por un único miembro, éstas lo nombrarán de común acuerdo.[312] En caso las partes hayan decidido que el DB esté compuesto por tres miembros, las partes nombrarán de común acuerdo los tres miembros del DB.[313]

En ambos casos, si las partes no han nombrado a alguno de los adjudicadores o a ninguno de los dos, en un plazo de treinta (30) días si-

---

[311] Hinojosa señala: «Los cronogramas de barras o "gráficos de Gantt" fueron concebidos por el ingeniero norteamericano Henry L. Gantt, uno de los precursores de la ingeniería industrial contemporánea de Taylor. Gantt procuró resolver el problema de la programación de actividades; es decir, su distribución conforme a un calendario, de manera tal que se pudiese visualizar el período de duración de cada actividad, sus fechas de iniciación y terminación e igualmente el tiempo total requerido para la ejecución de un trabajo. El instrumento que desarrolló permite también que se siga el curso de cada actividad, al proporcionar información del porcentaje ejecutado de cada una de ellas, así como el grado de adelanto o atraso con respecto al plazo previsto […] El diagrama de Gantt consiste en una representación gráfica sobre dos ejes; en el vertical se disponen las tareas del proyecto y en el horizontal se representa el tiempo». HINOJOSA, María Alejandra. «Diagrama de Gantt». En *Contenido Pert, Gantt y CPM*. Material Recopilado por la Licenciada Romelia Rodríguez. Consulta en: http://bit.ly/1lqnPx0.

[312] Numeral 3 del artículo 7 del Reglamento ICC.

[313] Numeral 4 del artículo 7 del Reglamento ICC.

guientes a la firma del contrato o dentro de los treinta (30) días siguientes al inicio de cualquier ejecución prevista en el Contrato, acogiéndose a lo que ocurra primero, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las Partes, el Centro[314] nombrará al adjudicador faltante, a petición de cualquiera de las Partes. Esto último es conforme a los numerales 3 y 4 del artículo 7 del Reglamento.

Respecto a este punto, queremos hacer énfasis en que el nombramiento del Adjudicador en el DB rompe esquemas, comparándolo con el arbitraje. Al respecto, se tiene que considerar que, al momento de la designación de árbitros, nos encontramos en un contexto donde el conflicto existe, por lo que no siempre es viable que las partes puedan nombrar a los árbitros en conjunto, dado que las partes buscan en el arbitraje defender sus intereses, siendo poco probable que puedan conciliar sobre algo tan importante como el árbitro que puede entender su punto de vista de mejor manera. Todo lo contrario, en el caso del DB, el nombramiento de los adjudicadores se lleva a cabo antes de que exista una disputa, cuando las partes están en una etapa de «Luna de miel», lo cual facilitaría que las partes designen a los miembros del DB, de una forma rápida y sin trabas.

Siguiendo con la forma de designación bajo el Reglamento ICC, el mismo establece que el tercer miembro del DB será propuesto a las partes por los dos (2) miembros del DB en un plazo de treinta (30) días contados a partir del nombramiento del segundo miembro del DB. Si las partes no nombran al tercer miembro del DB propuesto dentro de los quince (15) días siguientes contados a partir de la recepción de la propuesta, o si los dos adjudicadores del DB no proponen al tercer ad-

[314] Tratándose específicamente del sistema de nombramiento del Reglamento, primero que todo debemos de acotar que existe una institución denominada ICC DB Centre, cuya más importante función es intervenir en el nombramiento de los miembros del panel como también al existir objeciones o inhabilidades de éstos.

judicador del DB, el tercer adjudicador del DB será nombrado por el *ICC DB Centre,* a petición de cualquiera de las partes.

El tercer adjudicador del DB ejercerá las funciones de presidente del DB, salvo que se acuerde con el consentimiento de las partes, que sea otro el presidente.[315]

Respecto a esto último, se debe resaltar que en este reglamento existe una notoria flexibilidad para el nombramiento del presidente del DB. Lo que puede ser tomado como un incentivo para fomentar la cooperación entre las partes en la toma de decisiones.

Por otro lado, muchas veces las partes no saben a quién pueden nombrar como adjudicador, bien porque no conocen a un profesional que pueda desempeñarse en ese cargo o porque sus posibles candidatos ya se encuentran con la agenda totalmente ocupada.

Para ello, mediante el numeral 7. del artículo 7 del Reglamento ICC, ofrece a las partes algo parecido a un comodín; pues prevé que a petición de cualquiera de las partes, el *ICC DB Centre* nombrará a cualquiera de los adjudicadores del DB si estima que existe un motivo suficiente para proceder a este nombramiento. Ésta puede ser una herramienta útil en situaciones en donde las partes o los adjudicadores no se ponen de acuerdo para el nombramiento de los otros miembros.

Por otro lado, cuando un adjudicador del DB deba ser sustituido por causa de fallecimiento, renuncia o terminación de su mandato, el nuevo adjudicador del DB será nombrado de la misma forma en que lo fue el adjudicador del DB al que sustituye, salvo acuerdo en contrario entre las Partes,[316] no siendo necesariamente nombrado de manera residual por el *ICC DB Centre*.

---

[315] Numeral 5 del artículo 7 del Reglamento ICC.
[316] Numeral 6 del artículo 7 del Reglamento ICC.

Asimismo, cabe señalar que las decisiones tomadas por el DB anteriores a la sustitución del adjudicador permanecerán válidas. Mientras no haya sido sustituido un miembro del DB, los otros dos miembros del DB se abstendrán de realizar audiencias o de emitir «determinaciones» sin acuerdo de todas las Partes.[317]

Finalmente, creemos que la medida de resguardar las decisiones del adjudicador sustituido, confirma que el primer objetivo del DB es llegar a una «determinación» rápida y segura, no repitiendo pasos y mucho menos creando trabas que no logren «determinaciones» rápidas de las desavenencias surgidas entre las partes.

1.2.6. Constitución de un **Dispute Board** *utilizando el Libro Rojo Fidic*

Bajo el Libro Rojo de la Fidic, las partes pueden pactar que el DB sea un DAB, siendo regulado por su subcláusula 20.2. El DAB tiene que ser nombrado en el contrato de construcción o en la fecha de inicio definida en los documentos contractuales.

Por otro lado, respecto al nombramiento de los adjudicadores, lo primero que podemos destacar es que si las partes no han especificado expresamente el número de adjudicadores, se dispone que el mismo sea de tres adjudicadores.[318]

En el tercer párrafo de la subcláusula 20.2, establece que si el DAB está constituido por tres personas, cada parte deberá nombrar a uno de los miembros para su aprobación por la otra parte. Las partes deberán consultar a ambos miembros y deberán llegar a un acuerdo respecto del tercero, que actuará como presidente.

---

[317] *Ibid*.

[318] Apartado 2 de la Cláusula 20.2 de las Condiciones Generales del Libro Rojo Fidic.

Conforme al numeral 3. de las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos, al momento de designar al adjudicador, las partes consideran que el adjudicador debe ser:

a) Ser experto en el tipo de obras que el contratista va a realizar para el cumplimiento del contrato,

b) Ser experto en interpretación de documentación contractual, y

c) Hablar correctamente el idioma definido en los documentos contractuales.

Por otro lado, es importante recordar lo señalado en la subcláusula 20.3, que expresamente se ocupa de los problemas con el establecimiento de la DAB. A la letra dice:

> 20.3. Falta de Acuerdo en el Nombramiento de la MRC
> Si se presenta alguna de las siguientes circunstancias:
> (a) [l]as Partes no consiguen alcanzar un acuerdo en el nombramiento del único miembro de la MRC antes de la fecha especificada en el primer párrafo de la Subcláusula 20.2,
> (b) cualquiera de las Partes no consigue nombrar a un miembro (para la aprobación por la otra Parte) de una MRC formada por tres personas antes de dicha fecha,
> (c) las Partes no alcanzan un acuerdo con respecto al nombramiento del tercer miembro (para actuar como presidente) de la MRC antes de dicha fecha, o
> (d) las Partes no consiguen alcanzar un acuerdo en el nombramiento de un sustituto en un plazo de 42 días a partir de la fecha en que el único miembro, o uno de los tres miembros, decline o sea incapaz de actuar como consecuencia de muerte, enfermedad, dimisión o cese del nombramiento,

> La entidad o la persona designada en las Condiciones Particulares encargada de hacer el nombramiento deberá, a requerimiento de cualquiera o de ambas Partes, y después de la debida consulta con ambas Partes, nombrar a este miembro de la MRC. Este nombramiento será definitivo e inapelable. Cada Parte deberá ser responsable de pagar la mitad de la remuneración de la entidad o persona responsable del nombramiento.

Fidic se pone en el supuesto de que existan inconvenientes al momento de la designación de los adjudicadores. Para todos los supuestos de falta de acuerdo, las partes deben nombrar en el contrato a una entidad o un funcionario independiente para que, previa la petición de una o ambas de las partes, proceda a nombrar residualmente al miembro no designado en la DAB. Cabe precisar que este nombramiento será definitivo y concluyente.

Por último, consideramos que la Fidic no hace mayor problema para actuar respecto al nombramiento de los adjudicadores. Las partes deben entender que la idea no es buscar un defensor en la obra, sino más bien un colaborador con experiencia, que sepa hacerse respetar, donde las partes no sientan que están frente a juez, sino que están frente a un socio que pueda resolver y ayudar a las partes bajo los principios de cooperación.

1.2.7. Remuneración de los miembros del **Dispute Board**

Los adjudicadores son contratados por las partes. Por lo general, su labor comienza desde el inicio del proyecto hasta su conclusión, la cual se puede extender hasta el final de cualquier período de garantía y, en algunos casos, mucho más. Por ello, es importante determinar la forma de pago de los honorarios de los adjudicadores.

Reiterando lo expuesto en el Primer Capítulo, debemos precisar que el honorario de los adjudicadores no tiene ninguna relación con el número de controversias que suscitan en la obra; más que todo se

relaciona al tiempo y esfuerzo invertido del adjudicador en la obra. Si las partes han suscrito un DB sin la administración de algún Centro de DB, no existiendo una tabla de honorarios, la mejor práctica es nombrar a los miembros del DB y hacerles conocer la obra, con anterioridad a la firma del contrato, o por lo menos antes de que el constructor se le da posesión del sitio, así ellos pueden conocer la obra y sacar el cálculo de su trabajo, minimizándose los problemas con respecto a honorarios.

Existen similitudes en los reglamentos o guías del Banco Mundial, Fidic, DBF e ICC, donde las partes comparten por igual todos los gastos. La consigna es que a los adjudicadores se les cancele una tarifa diaria sumada a una tarifa mensual, así como los gastos que incluyen, por ejemplo, los viajes de avión, hospedaje, etc. Por ello, lo recomendable es que los adjudicadores acuerden con antelación el método de pago y sus tarifas.

Asimismo, estamos de acuerdo con la estipulación establecida en el numeral 5 del artículo 31 del Reglamento ICC, cuando obliga a las partes la remisión de un modelo de factura, al momento de la firma del Acuerdo Trilateral, que deberá ser utilizado por los adjudicadores en el cobro de sus honorarios y gastos, indicando la dirección para el envío de la facturación, el número necesario de ejemplares a remitir y, en caso sea necesario, los impuestos legales a cobrarse.

De acuerdo a Chern, muchas veces esto se reitera en la carta de aceptación por el Adjudicador.[319] Owen y Totterdill señalan que en el Acuerdo Trilateral entre las partes y los adjudicadores se debe precisar el método de pago a cada miembro,[320] teniendo en consideración que ello es elección de las partes o bien de los reglamentos o modelos contractuales que dichas partes están sometiendo o pactando. Sin embargo, en el Acuerdo Trilateral es donde se debe definir el ámbito de aplicación de dichos pagos.

---

[319] Chern, Cyril. *Op. cit.,* p. 126.

[320] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 42.

El pago de los adjudicadores está compuesto de cinco elementos que se explicarán a continuación.

1.2.7.1. Honorarios mensuales

El pago de los honorarios mensuales es un tipo de pago efectuado por las partes a los adjudicadores por sus servicios prestados durante el período del funcionamiento del DB, lo cual debe estar estipulado de manera expresa en el Acuerdo Trilateral.

Conforme al numeral 1 del artículo 27 del Reglamento ICC, los honorarios mensuales que recibirá cada adjudicador se encuentran establecidos en el Acuerdo Trilateral, lo cuales deberán cubrir los siguientes rubros:

- Disponibilidad para asistir a todas las reuniones del DB con las Partes y a todas las visitas al sitio;
- Disponibilidad para asistir a las reuniones internas del DB;
- Familiarización con el Contrato y seguimiento de su ejecución;
- Estudio de los informes de seguimiento y de la correspondencia aportada por las Partes en el marco de la actividad del DB; y
- Gastos generales ocasionados por el Miembro del DB en su lugar de residencia.

Asimismo, el numeral 2 del citado artículo señala que:

> Salvo estipulación en contrario en el o en los contratos de Miembro del DB, los honorarios mensuales equivaldrán a tres veces los honorarios diarios fijados en el o en los contratos de Miembro del DB; los honorarios mensuales son pagaderos desde la fecha de la firma del o de los contratos de Miembro de DB y hasta la terminación del o de los contratos.

Si bien el Reglamento establece que la regla general puede ser que el honorario mensual sea tres veces el honorario diario, se le otorga la

facultad a las partes para que establezcan libremente el monto a pagar a los adjudicadores. Por otro lado, se establece que la forma de pago de los honorarios mensuales sea de manera anticipada al comienzo del plazo de ejecución de la obra, y es que, a veces los miembros del DB incurren en gastos adicionales para garantizar un adecuado servicio antes de aplicar las disposiciones del Acuerdo Trilateral.

Owen y Totterdill señalan que, en el caso del presidente del DB, el pago puede ser de un valor mayor al de otros miembros, debido a su función administrativa.[321] Cabe precisar que lo señalado se contradice con lo establecido en el numeral 2 del artículo 26 del Reglamento ICC, el cual señala: «Salvo acuerdo en contrario de las Partes, cuando son tres los Miembros del DB, éstos recibirán en partes iguales los mismos honorarios mensuales, así como los mismos honorarios diarios por su trabajo como Miembros del DB».

De acuerdo a Chern, dándonos un ejemplo de la experiencia en obras internacionales y con moneda extranjera, manifiesta que el pago mensual para cada adjudicador dentro de una obra medianamente grande puede variar entre US$2,500.00 (dos mil quinientos con 00/100 dólares americanos) y US$3,000.00 (tres mil con 00/100 dólares americanos). En caso nos encontremos en un mega proyecto donde la complejidad es grande y la cantidad de trabajo es mucho más dedicada para estar al día, el rango de pago variaría entre US$4,000.00 (cuatro mil con 00/100 dólares americanos) y US$5,500.00 (cinco mil con 00/100 dólares americanos) por mes.[322]

Lo que se va a pagar debe ser calculado por las partes en función de la cantidad real de trabajos previstos para ser llevada a cabo por el miembro de DB durante todo el proyecto, la cual debe ser calculada en base a un porcentaje de la cuantía del contrato de construcción.

---

321 *Ibidem*.

322 CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 127.

En la regla 6 de las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic[323] establece que el concepto del honorario mensual de los adjudicadores se circunscribe a lo siguiente:

(i) Disponibilidad, previo aviso 28 días antes, para hacer visitas y exámenes de testimonios y/o pruebas;
(ii) Estar familiarizado con los desarrollos del proyecto y mantener al día los correspondientes archivos;
(iii) Todos los gastos generales y de oficina, incluidos servicios de secretariado, copias y consumibles, relacionados con sus obligaciones, en los que haya incurrido; y
(iv) Todos los servicios desempeñados, excepto los mencionados en las letras (b) y (c) de la presente cláusula.

Bajo el Libro Rojo Fidic, estos honorarios se harán efectivos a partir del último día del mes natural en el que el Acuerdo Trilateral entre en vigor, y hasta el último día del mes natural en el que se expida el Certificado de Recepción de la obra. Una vez emitido el Certificado de Recepción, los honorarios del DB serán reducidos en un tercio. Este honorario reducido será pagado hasta el primer día del mes natural en que el adjudicador renuncie o hasta la conclusión del Acuerdo Trilateral.

Finalizamos, señalando que, en el caso del Reglamento ICC, no existe motivo alguno por el cual se reduzca los honorarios a los adjudicadores.

1.2.7.2. Honorarios diarios

Muy aparte del pago mensual a cada adjudicador, éstos reciben un pago diario. Dicho pago se calcula como un porcentaje del pago mensual, el cual representa el tiempo dedicado a las siguientes actividades de acuerdo a lo estipulado en el artículo 28 del Reglamento ICC:

---

[323] Numeral 6 de Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic.

- Reuniones y visitas al sitio;
- Audiencias;
- Tiempo de desplazamiento;
- Reuniones internas del DB;
- Estudio de los documentos entregados por las partes durante los procedimientos ante el DB;
- Preparación de una determinación del DB;
- Actividades de coordinación y de organización del funcionamiento del DB.

Por su lado, la regla 6 de las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic,[324] se establece que el concepto del honorario diario de los adjudicadores se circunscribe a lo siguiente:

(i) Cada día, o parte de un día, hasta un máximo de dos, por viaje entre el domicilio del Miembro y el emplazamiento u otro lugar de reunión con los otros Miembros (en su caso), o viceversa;
(ii) Cada día trabajado en visitas al emplazamiento, examinando pruebas y/o testimonios o preparando decisiones; y
(iii) Cada día empleado en leer alegaciones para preparar un examen de pruebas y/o testimonios."

Al respecto, la doctrina señala que tanto los honorarios mensuales como los honorarios diarios se mantendrán fijos durante los dos primeros años de cualquier proyecto. Pasado dicho tiempo, los montos de los honorarios deben ser reajustados por la inflación de precios. Cabe resaltar que cualquier modificación de los honorarios debe ser elaborada por acuerdo de las partes y el DB.[325]

Un elemento importante en este tipo de pago es la velocidad por el tiempo invertido en la lectura de las comunicaciones en los preparativos

[324] Numeral 6 de las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic.
[325] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 43.

de la audiencia, en las deliberaciones y en la preparación de las «determinaciones». Si se prevé que el adjudicador incurra en costos o cargos adicionales relacionados con cualquier otra actividad, entonces el adjudicador debe obtener la aprobación de ambas partes antes de incurrir en alguna responsabilidad.[326]

Chern expone el siguiente ejemplo respecto al monto del pago diario a los adjudicadores. Si el honorario mensual del Adjudicador es de US$5,000.00 (cinco mil con 00/100 dólares americanos), la tarifa diaria puede estar en el rango de US$1,500.00 (mil quinientos con 00/100 dólares americanos) a US$2,500.00 (dos mil quinientos con 00/100 dólares americanos). En otras circunstancias, la tasa diaria se compone de un múltiplo de una tarifa por hora sobre la base de un día de ocho a diez horas a ritmo normal de facturación. [327]

1.2.7.3. Gastos reembolsables al adjudicador

Estos gastos incluyen el reembolso de los gastos incurridos por el adjudicador durante el desarrollo de sus funciones, como transporte, alojamiento, etc. Normalmente se necesitan pruebas (facturas) de cualquier gasto que se facilitarán para realizar cualquier reclamación a las partes por los costos de tales gastos.[328]

1.2.7.4. Calendario de pagos

El Reglamento ICC, establece en su artículo 31, que cada miembro del DB presentará sus facturas a cada parte para el cobro, de la siguiente manera:

- Los honorarios mensuales se facturarán y se pagarán trimestralmente por anticipado;

---

[326] *Ibidem*.
[327] Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 127.
[328] *Ibidem.*

- Los honorarios diarios y los gastos de desplazamiento se facturarán y se pagarán después de cada reunión, visita al sitio, audiencia o Determinación.

Las facturas de los Miembros del DB se pagarán dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Por su parte, la subcláusula 20.2 del Libro Rojo Fidic, cada parte es responsable de pagar la mitad del honorario de un adjudicador. Sin embargo, consideramos que, en los términos del Acuerdo Trilateral, ambas partes se deben de comprometer a pagar al adjudicador en la proporción que le corresponde, estableciendo un calendario de pago.

Reiteramos que, el Reglamento ICC establece que, al momento de la firma del Acuerdo Trilateral, las partes entreguen a los adjudicadores un modelo del llenado de los recibos por honorarios, que deberá ser utilizado en el cobro de sus honorarios y gastos. Ello es importante, porque se indicará la dirección para el envío de la facturación, el número necesario de ejemplares a remitir, y, en caso necesario, el porcentaje que va al impuesto a la renta.[329]

1.2.7.5. Falta de pago

Según Owen y Totterdill, refiriéndose al Libro Rojo Fidic, cuando existe algún incumplimiento por las partes respecto al pago a los adjudicadores en relación a sus honorarios o gastos después de un período de setenta (70) días a partir de la presentación de la factura, el adjudicador tiene el derecho de suspender sus servicios sin previo aviso hasta que reciba el pago o renunciar a su cargo dando previo aviso.[330]

Mientras tanto en el Reglamento ICC, cuando existe una falta de pago por una de las partes en el plazo de los treinta (30) días siguientes

[329] Numeral 5 del artículo 31 del Reglamento ICC.
[330] OWEN, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 44.

a la recepción de la factura de un adjudicador, dicho profesional podrá suspender sus servicios por quince (15) días después del envío de una notificación de suspensión a las partes y a los demás adjudicadores. Dicha suspensión permanecerá en vigor hasta la recepción del pago íntegro de todos los importes pendientes, más el interés simple.[331]

En el caso que sólo una parte incumpla, la otra parte puede, sin renunciar a sus derechos de cobro, liquidar el importe pendiente de pago. La parte que realiza este pago tiene el derecho, sin perjuicio de otros que le asistan, de exigir a la parte deudora el reembolso de todos los importes pagados, más el interés simple.[332]

Finalmente, cabe precisar que una o ambas partes incumplen el pago de los honorarios de los adjudicadores, el Adjudicador está habilitado a iniciar un arbitraje contra las partes solicitando el cumplimiento del mismo, al ser el incumplimiento una violación al Acuerdo Trilateral.

1.2.8. Terminación de las obligaciones de los adjudicadores en un **Dispute Board**

El objetivo de un DB siempre va a ser la continuidad de los adjudicadores durante toda la ejecución de la obra.

Sin embargo, siempre se pueden dar eventualidades (de fallecimiento, renuncia o terminación de su mandato), para lo cual es necesario que se lleve a cabo un procedimiento de finalización del contrato de un adjudicador.

La pregunta que debemos responder en este acápite es: ¿cuándo y cómo puede ser resuelto un contrato con un adjudicador?

---

[331] Artículo 31 del Reglamento ICC.

[332] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Loc. cit.*

En el caso de la ICC, el artículo 14 del Reglamento señala que el DB pondrá fin a sus actividades al recibir una notificación de las partes mediante la cual comunican su decisión conjunta de disolver el DB. Cabe resaltar que toda desavenencia surgida después de la disolución del DB será resuelta definitivamente por arbitraje, cuando las partes lo hayan acordado, o a falta de acuerdo, por cualquier tribunal competente.

A diferencia de lo que ocurre en el Libro Rojo Fidic. De acuerdo a la subcláusula 20.2, un contrato con un adjudicador sólo puede ser resuelto por acuerdo de ambas partes. Sin embargo, conforme a la regla 7 de las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo, el propietario y el constructor podrán resolver el DAB de mutuo acuerdo, dando un previo aviso de cuarenta y dos (42) días.[333]

Ello quiere decir que el propietario o el constructor no pueden actuar de manera independiente para disolver el DAB. Además, en un caso particular, las condiciones de resolución están definidas en el Acuerdo Trilateral. Cuando el adjudicador o las partes no cumplen con el Acuerdo Trilateral, los afectados pueden denunciar el incumplimiento del mismo, mediante un arbitraje, lo recomendable es que debe ser resuelto por un árbitro único.[334]

Podemos observar que ambas normas enfatizan el mismo supuesto de hecho para finalizar el contrato con los adjudicadores.

Finalmente, cuando se desea reemplazar un adjudicador por incapacidad; se debe circunscribirse a las definiciones de incapacidad, donde la carga de la prueba pesa sobre las partes, por lo que deben demostrar que la discapacidad impide a un adjudicador emprender el ámbito completo de su papel en el DB.

---

[333] Regla 7 de las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic.

[334] Regla 9 de las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic.

2. Los procedimientos

Como hemos visto en el Primer Capítulo, la construcción es una actividad con alto índice de conflictuabilidad, por lo que las partes recurren a los DB para la solución rápida y eficaz de disputas en tiempo real.

Se puede decir que los conflictos surgidos en obra se abordan de dos maneras. Una, evitando que surjan posibles conflictos, mediante la identificación, investigación y discusión de los problemas en una etapa temprana, con el ánimo de no encarecer la solución de un conflicto; o, cuando no pueden ser prevenidos, resolviendo dicha controversia. Para abordar el correcto funcionamiento de una obra, el DB tiene cuatro funciones principales:[335]

a) Estar familiarizado con los detalles del proyecto y visitar periódicamente la obra.
b) Estar al día con las actividades, progreso, desarrollo y problemas de la obra.
c) Fomentar que las partes resuelvan sus problemas antes de que escalen a disputas.
d) Cuando una disputa sea referida al DB, llevar a cabo una audiencia para escuchar a las partes, de ser necesario, llevar a cabo las deliberaciones y preparar una decisión en forma profesional y a tiempo.

Debemos tener en cuenta que la naturaleza jurídica del DB es contractual, al ser una institución del derecho privado, regida por la voluntad de las partes. Ello no quiere decir que sus actuaciones sean libres, sino más bien que estas se van a guiar por un reglamento institucional o Acuerdo Trilateral.

En esta parte del capítulo, se van a abordar los procedimientos que existen en los DB, que son la prevención y solución de controversias,

[335] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 46.

donde se presentarán los cimientos de cada procedimiento que las partes deben seguir.

2.1. Prevención de controversias

La prevención de controversias tiene un impacto directo en la obra, estando relacionado al ahorro en costos directos y ahorro de tiempo, previniendo que un posible problema escale a una disputa entre las partes.

La forma mediante la cual el DB logra esa finalidad se encuentra en la prevención de las controversias, la cual se basa en: el monitoreo de la obra, las visitas *in situ,* la asistencia informal frente a un desacuerdo y la emisión de consejos u opiniones.

Tal como se ha querido explicar en la presente investigación, el DB aborda de manera íntegra una controversia, siendo que no sólo está disponible en el caso de que surja una disputa formal en el desarrollo de una obra, sino también tiene un rol activo en el desenvolvimiento de la misma, tratando de que las partes puedan resolver las controversias de una forma eficiente en el tiempo más breve, con la finalidad de que las mismas encuentren la mejor solución para combatir los problemas que surjan en la obra.

Un ejemplo del rol activo de los adjudicadores, de acuerdo a Hunt, es que la primera reunión del DB debe llevarse a cabo poco después del comienzo de la ejecución del proyecto. En dicha reunión, el DB debe estar plenamente informado sobre las expectativas del propietario para el proyecto, los planes del constructor, sus expectativas y preocupaciones.[336]

Allí también se debe presentar a las partes los procedimientos a seguir, adaptando si fuera conveniente algún cambio que las partes deseen

[336] HUNT, Robert. *Dispute Resolution Boards*, p. 3. Consulta en: http://www.roberthuntbarrister.com/Dispute.pdf.

conveniente. Y lo más importante, que las partes presenten al representante que va a ser el nexo con los adjudicadores.

A continuación, procederemos a explicar el procedimiento en donde se produce una asistencia informal hacia las partes.

2.1.1. Monitoreo de la obra

Uno de los intereses que tienen ambas partes es que la obra debe ser terminada dentro del plazo pactado, con lo cual el constructor maximiza la rentabilidad de su contrato y el propietario obtiene la obra en el plazo que quiere.

Para cautelar la entrega de la obra a tiempo y poder prevenir el surgimiento de los conflictos mediante la identificación de problemas potenciales entre las partes, el DB debe estar al día con el progreso de la obra. Hunt, afirma que la dinámica del proceso de DB, garantiza que los adjudicadores estén al corriente de todas las evoluciones del proyecto.[337]

Una de las formas que se puede lograr lo señalado es a través del monitoreo de la obra, lo cual es reconocido por Gould, Lockwood y King:

> La **característica clave** que diferencia al DB de otros procedimientos es que, al iniciar sus actividades al comenzar el proyecto, **permite a los miembros del DB monitorear el progreso del proyecto** y estar disponibles tan pronto como las semillas de la disputa estén sembradas.[338] (Énfasis nuestro)

---

[337] Hunt, Robert. *Op. cit.*, p. 4.

[338] Traducción libre de: «*The key characteristic that sets DBs apart from other non-court dispute procedures is that its establishment at the start of a project enables the board members to monitor the project's progress and be available as soon as the seeds of a dispute are sown*». En Gould, Nicholas, Christina Lockwood y Claire King. *Dispute*

El monitoreo de la obra se logra mediante auditorías periódicas, precisándose que no es necesario que el DB inspeccione físicamente o supervise la ejecución de la misma, sino que el DB cuente con toda la información necesaria para que pueda efectuar sus propias observaciones y conclusiones respecto al avance de la obra.[339]

Para llevar a cabo las auditorías, el DB está facultado para pedir la documentación a efectos de llevar a cabo dicha función, lo cual está reconocido en el numeral 1. del artículo 11 del Reglamento ICC, en el cual se establece que «Las Partes deben cooperar plenamente con el DB y facilitarle la información en tiempo oportuno».

Así como en la regla 4 del Anexo Reglas Procedimentales del Libro Rojo Fidic, en la cual se señala que «[e]l Cliente y el Contratista proporcionarán a la MRC una copia de todos los documentos que ésta pueda requerir, incluyendo los Documentos Contractuales, informes de avance, órdenes de modificación, certificaciones y otros documentos relacionados con el cumplimiento del contrato».

Por lo que, si bien el DB está habilitado para requerir la documentación en cualquier momento, sugeriríamos que las partes y el DB establezcan fechas, períodos y plazos en los cuales las partes deben presentar la documentación necesaria y requerida para el DB.

Asimismo, consideramos que las partes, en adición a la documentación que el DB pueda solicitar, pueden presentar informes periódicos donde no sólo se detalle lo que se ha planeado, sino también lo que se deberá cumplir en el lapso de tiempo en que deberá entregarse el próximo informe.[340]

Board Rules. Consultation, 14 October 2013. Consulta en: http://www.fenwickelliott.com/files/dispute_board_rules_-_consultation_14_oct_2013_2_.pdf.

339 Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 56.

340 *Idem*, p. 58.

Finalmente, es necesario reiterar que, como consecuencia de esta obligación de los adjudicadores, el DB será capaz de abordar las diferencias que surjan entre las partes y prevenir que estas diferencias se conviertan en futuros conflictos. Ello deviene del acercamiento mismo que produce el estar monitoreando la obra.

2.1.2. Las visitas in situ

En el Acuerdo Trilateral se deben pactar visitas a la obra de parte del adjudicador, dichas visitas son el reflejo de la obligación del monitoreo de la obra. Siendo ello una ventaja y un plus en comparación con otros métodos de solución de controversias.

¿Cuál es la ventaja de las visitas respecto a las disputas de la obra? Las disputas en el marco del contrato de construcción surgen en una situación específica y en un momento determinado. Si a estas disputas las tratamos mediante los métodos de solución de controversias tradicionales, la estrategia estaría direccionada a convencer al juez o al árbitro respecto a la posición de alguna de las partes frente a la controversia. Lo cual trae como consecuencia que la parte que presente mejor los hechos y la controversia, tenga la ventaja en el arbitraje o juicio, no siendo necesariamente la parte que, fáctica o jurídicamente, tenga la razón.

No sólo ello, sino que, si bien el árbitro o juez tiene la posibilidad de llevar a cabo una inspección ocular a la obra, revisar los documentos relativos a la disputa o visualizando fotografías o escuchando las versiones de las partes, es difícil o imposible visualizar las circunstancias fácticas que debieron existir al momento de surgimiento de la disputa.

En ese sentido, a comparación de lo anterior, el DB, al tener la obligación de acudir a la obra, si puede visualizar de una forma más cercana y familiar las circunstancias que debieron existir al momento de surgimiento de la disputa, estando al tanto del progreso fáctico de la obras. A esto se le suma que, al haber formado parte y visualizado las

condiciones técnicas y físicas de la obra al momento, las dificultades, los costos y tiempo para la reconstrucción de eventos históricos pueden ser prevenidos.

De acuerdo algunos contratos, la visita de campo es la primera oportunidad que hay contacto directo del adjudicador con las partes; por lo tanto, el rol y la función del adjudicador es asentar un buen ambiente entre todos las partes.

Al respecto, en el numeral 1 del artículo 12 del Reglamento ICC se establece que «[l]as reuniones y visitas al sitio deben ser lo suficientemente frecuentes con el fin de que el DB se mantenga informado de la ejecución del Contrato y de cualquier desacuerdo».

Por su parte, en la regla 2 del Anexo «Reglas Procedimentales» del Libro Rojo Fidic, la parte pertinente señala que «[l]a finalidad de dichas visitas es posibilitar que la MRC esté al corriente del desarrollo de las Obras y de cualquier problema o reclamación real o previsible».

Sobre el intervalo de tiempo en el que las vistas deben ser realizadas, de acuerdo al Reglamento ICC y al Libro Rojo Fidic, se establece que estas visitas sean llevadas al menos tres (3) veces por año (numeral 1 del artículo 12 del Reglamento ICC) o en un intervalo de tiempo no mayor a ciento cuarenta (140) días (Regla 1 del Anexo «Reglas Procedimentales del Libro Rojo Fidic).

Sin embargo, consideramos que la frecuencia con la que se llevan a cabo las visitas *in situ* dependerá de la naturaleza de la obra, las actividades que se están llevando a cabo y el número de problemas, cuestiones y/o disputas que existan en la misma. Además, se debe tener en consideración si los miembros del DB son locales o están ubicados en diferentes países.

Siendo que, por ejemplo, en los proyectos a menor escala, se pueden ampliar los intervalos de tiempo para llevar a cabo las visitas, ya que el costo por el traslado y alojamiento de los miembros del DB puede llegar a ser alta o medianamente oneroso para las partes.[341]

No obstante ello, consideramos que las partes no deben prescindir de las visitas *in situ,* debido a que deben tener interés en que se lleven a cabo. Puesto que, muchos desacuerdos pueden ser prevenidos por una intervención informal del DB durante las visitas *in situ*.[342]

Respecto a los participantes de las visitas, el Reglamento ICC permite que se lleve a cabo una visita en ausencia de una de las partes (numeral 1 del artículo 12).

Al respecto, consideramos que el Reglamento ICC permite la ausencia de una de las partes, al favorecer a la celeridad de las actuaciones del DB y ahorro de costos por parte de las partes y del DB, puesto que, en caso se exija la asistencia de ambas partes y una no asista, se estaría dilatando las visitas realizadas por el DB, al tener que dejar constancia de la inasistencia de una de las partes y reprogramar nuevamente la visita, incurriéndose en gastos como la compra de pasajes para el transporte del DB y su alojamiento, como otros gastos.

Sin embargo, bajo las reglas del Libro Rojo Fidic, todas las partes tienen que estar presentes durante las visitas (regla 3 del Anexo «Reglas Procedimentales del Libro Rojo Fidic»).

Sobre ello, creemos que el Libro Rojo Fidic estaría favoreciendo una supuesta equidad en el trato.[343] Siendo que, en caso se lleve a cabo

---

[341] Ong, Brennan y Paula Gerber. *Op. cit.*, p. 9.

[342] Corbett, Edward. «*Moment of decision? The future of dispute boards under the fidic forms and beyond*»..En *Construction Law International*, 2009, vol. 4, n.° 3, p. 20.

[343] La regla 5 del Anexo «Reglas Procedimentales» establece que el DB debe: «[…] actuar justa e imparcialmente entre el Cliente y el Contratista, dando una opor-

la asistencia con una sola parte, su contraparte no tendría la oportunidad de replicar lo dicho por la otra parte.

Sin embargo, nosotros consideramos que, como en el Reglamento ICC, se debe dar preferencia a la celeridad y ahorro de costos, al ser esas características, las que las partes buscan al momento de pactar el DB como método de prevención y solución de controversias. Además, consideramos que la inasistencia injustificada de una de las partes se debería a una actitud dilatoria, en tanto, para llevar a cabo las visitas *in situ*, las partes y el DB pactan la misma con la debida anticipación.

Por lo que recomendamos que las partes pacten que se puedan llevar a cabo las visitas *in situ*, con la inasistencia de una de las partes.

Finalmente, cabe precisar que la regla más importante que debe ser seguida por las partes y que debe hacerse cumplir por el DB es que la discusión respecto de los argumentos de las partes referidos a la defensa de sus posiciones no deben ser presentadas al DB, durante la visita.[344]

Esto se debe a que, en las visitas *in situ,* el DB revisa el progreso fáctico de la obra y las partes exponen los avances realizados en obra.

Por lo que, un panel de adjudicadores que permanentemente está yendo a la obra, tiene alta información de la misma. Cada vez que se reúne con las partes, se les asiste haciendo preguntas sobre el estado de la obra o sobre las posibles contingencias que van a afrontar y de las acciones inmediatas posteriores o previas para evitar que los problemas se presenten. Dicho momento, es el idóneo para que las partes expongan sus argumentos referidos a los problemas, cuestiones o disputas que existen o pueden existir entre ellas, mas no discutir sobre los mismos.

---

tunidad razonable a cada uno de ellos para argumentar su caso y replicar al de la otra Parte».

[344] CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 166.

No es raro que el adjudicador deje tarea a las partes para que éstos la trabajen a modo de mejorar la eficiencia en la ejecución de la obra.

Bajo la misma línea, se recomienda que los miembros DB no emitan opiniones sobre la obra, ya que, puede suceder que se estaría emitiendo un juicio de valor sobre un hecho como una posible contingencia, por lo que es mejor ser precavidos y pecar más bien por exceso de seguridad, no haciendo comentarios durante la visita.[345]

2.1.2.1. Tipos de visitas

Existen diversos tipos de visitas, las cuales son reconocidas tanto en la práctica como en el Reglamento ICC y el Libro Rojo Fidic.

De acuerdo al artículo 12 del Reglamento ICC, existen dos tipos de visitas, las visitas programadas y las visitas urgentes.

Las visitas programadas son las visitas que se fijan de acuerdo a un calendario, normalmente expuestas en el Acuerdo Trilateral. Cabe precisar que las visitas periódicas al sitio se producen independientemente de sí o no se han presentado disputas entre las partes.

Por otro lado, las visitas programadas, salvo acuerdo en contrario, tendrán lugar al menos tres (3) veces por año (numeral 1 del artículo 12 del Reglamento ICC). Por ejemplo, en una cláusula contractual o un pacto posterior, las partes y el DB pueden pactar que el DB tiene la obligación de efectuar las visitas *in situ* cada ciento veinte (120) días calendarios posteriores a la firma del contrato, para verificar el avance de obra.

En cambio, las visitas urgentes son aquéllas solicitadas por cualquiera de las partes, adicionales a las visitas al sitio programadas (numeral 4 del artículo 12 del Reglamento ICC). Las visitas urgentes son las

[345] *Idem*, p. 167.

visitas no programadas que pueden ser solicitadas a pedido de parte o de oficio para la constatación de un hecho nuevo o no previsto que, por ejemplo, pueda estar afectando el desarrollo del contrato.

Por otra parte, conforme a la regla 1 del Anexo «Reglas Procedimentales» del Libro Rojo Fidic, sólo existe un tipo de visitas, las visitas programadas, las cuales se fijarían, en principio, en intervalos de tiempo no superiores a ciento cuarenta (140) días o, salvo que el contratista, el propietario y el DB lo acuerden de otro modo, el período entre visitas consecutivas no será inferior a 70 días.

Sin embargo, en la práctica,[346] dentro de las visitas *in situ* programadas, se diferencia la primera visita de las visitas posteriores de rutina.

Esto se debe a que, en la primera visita, además de servir para la familiarización de la obra y verificar el progreso fáctico de la misma por parte del DB, el principal objetivo está dirigido a una introducción, tanto para el DB como para las partes.

Es una introducción para el DB, debido a que, en esta visita, por primera vez entra en contacto físico con la obra, lo cual puede servir como una introducción al proyecto y a las partes en obra. Y para las partes, ya que, con la primera visita se puedan familiarizar con la naturaleza de los procedimientos y actividades del DB.

En cambio, en las visitas posteriores de rutina, ya no sería necesaria una introducción, por lo que el principal objetivo sí está dirigido a la familiarización de la obra y a la verificación del progreso fáctico de la obra por parte del DB.

[346] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, pp. 68 y ss.

2.1.2.2. Preparación para las visitas

Antes de llevar a cabo una visita *in situ*, es necesario establecer una agenda de trabajo, en la cual se establecerían las actividades que se van a llevar a cabo dentro de la visita, así como su programación en el tiempo.

Al respecto, el Reglamento ICC no establece quién debe elaborar la agenda de trabajo.

Sin embargo, en la regla 2 del Anexo «Reglas Procedimentales» del Libro Rojo Fidic se establece que la «[…] agenda de cada visita al emplazamiento se acordará conjuntamente por la MRC, el Cliente y el Contratista o, a falta de acuerdo, la decidirá la MRC».

La doctrina no es uniforme respecto a la persona que debe elaborar la agenda. Chern señala que la parte que normalmente elabora la agenda es el constructor, quien la preparará y remitirá una copia al DB y al propietario para sus comentarios, adiciones o correcciones, de ser necesarias.[347]

Por su parte Gould, manifiesta que, en la práctica, el DB elabora la agenda y el presidente pone en conocimiento la misma a las partes y, en caso no reciban objeción alguna respecto a la agenda elaborada, el DB procede con la visita *in situ* bajo los parámetros establecidos en la misma.[348]

Entendemos que la lógica detrás de que el constructor elabore la agenda, se debe a que es la parte que tiene el control fáctico de la obra y quien está efectuando las labores a ser revisadas por parte del DB en obra.

---

[347] Chern, Cyril. *Op. cit.*, pp. 162 y ss.

[348] Gould, Nicholas. *Establishing Dispute Boards - Selecting, Nominating And Appointing Board Members*. A paper given at the Society of Construction Law. International Conference in Singapore, 2006. Consulta en: http://www.scl.org.uk, p. 31.

Sin embargo, consideramos que quien debe elaborar la agenda debe ser el DB, con asistencia de las partes; debido a que, es el DB quien debe saber qué labores son las que tienen que ser vistas en obra, para poder cumplir con sus funciones, estando al día con las actividades, progreso, desarrollo y problemas de la obra. Y la labor de las partes estaría limitada a la proposición de temas para ser vistos en la visita y que no hayan sido planteados por el DB.

Asimismo, se deben hacer las coordinaciones necesarias para que se lleve a cabo dicha visita. Para lo cual cabe preguntar, ¿quién debe ser el responsable de llevar a cabo dichas coordinaciones?

El artículo 16 del Reglamento ICC no establece quien debería coordinar las visitas. El citado artículo únicamente establece el lugar donde se pueden llevar las reuniones. A la letra dice:

> Las visitas al sitio se realizan en el lugar o lugares de ejecución del Contrato. Las reuniones pueden celebrarse en cualquier lugar pactado por las Partes y el DB. En caso de desacuerdo sobre el lugar de la reunión, ésta se llevará a cabo en el lugar fijado por el DB previa consulta de las Partes.

Todo lo contrario sucede cuando nos remitimos al Libro Rojo Fidic. Ya que, de acuerdo a la regla 3 del Anexo «Reglas Procedimentales», las visitas serían coordinadas por el propietario con la ayuda del Constructor. El propietario deberá asegurar la disponibilidad de salas de reuniones y servicios de secretariado y copias, demostrando que sus tareas son bien puntuales.

Al respecto, compartimos el criterio de Owen y Totterdill, quienes señalan que la forma Fidic no es la mejor manera de organizar una visita.[349] Ya que, como en el caso de la elaboración de la agenda, consideramos que el DB debe ser el actor principal en las coordinaciones, el cual

[349] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 65.

centraliza las comunicaciones que se hagan entre las partes y canaliza los requerimientos necesarios para efectuar la visita.

Sin embargo, el DB debe contar con la asistencia de ambas partes, debido a que el constructor tiene el control real del sitio, por lo que puede habilitar instalaciones para llevar a cabo la reunión para las visitas en los lugares más remotos; y el propietario puede tener control de la logística, como llevar a cabo los arreglos hacia y desde la obra. Recordemos que el DB no es una figura externa de la obra, y tampoco son defensores o representantes de las partes, sino participan como miembros independientes e imparciales, siendo su obligación principal la de facilitar la armonía y brindar una asesoría integral para que el cumplimiento de la misma no genere problema alguno.

Por lo mismo, el adjudicador no puede ir a las visitas sin antes prepararse, para ello debe ir leyendo toda la documentación presentada por las partes, además de saber de qué se trata el problema o de lo que busca con la visita de campo.

Por último, si bien el adjudicador maneja la agenda de la visita de campo, ello no quiere decir que va a ser autoritario respecto a lo que quiere ir a visitar. El adjudicador tiene que dejar que las partes le muestren lo que quieren mostrar; y es que, es importante que las partes se sientan que tienen la atención y el respeto de parte del adjudicador, eso fomenta la confianza en el proceso.

2.1.2.3. El informe de la visita in situ

Una vez llevada a cabo la visita *in situ*, el DB está en la obligación de presentar un informe. Así lo establecen el numeral 5. del artículo 12 del Reglamento ICC y la regla 3. del Anexo «Reglas Procedimentales» del Libro Rojo Fidic. Dicho informe, como base, debe contar con el siguiente contenido: [350]

[350] Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 168.

- Documentación de las actividades que se han llevado a cabo en la vista.
- Verificación del estatus de la obra; es decir, qué labores se han llevado a cabo después de la última visita o qué labores están al día y cuáles están atrasadas.
- Cuestiones o problemas formulados por alguna de las partes al DB, dentro de las cuales, puedan afectar el desarrollo de la obra.
- Las observaciones efectuadas por el DB respecto al avance de la obra y sobre las partes.
- Sección «otros», la cual sirve como cajón de sastre para documentar cualquier tema no previsto en los puntos anteriores.
- Detalles de la siguiente visita, cuándo se va a llevar a cabo y el lugar de la misma.

Es importante recalcar que mediante el presente informe, el adjudicador no formule opiniones o decisiones de la visita de campo, es muy importante que la visita de campo sea puramente exploratoria. Por lo mismo, el presente informe tiene finalidad explicativa, mediante la cual se cautela que se esté avanzando la obra de manera apropiada y que las metas que las partes tienen se estén llevando a cabo. Para lo cual, en el informe se señala y grafica la verificación y monitoreo fáctico de la obra llevada a cabo por el DB, exponiéndose sus avances.

De la misma forma, sirve para que el DB y/o las partes tomen algunas decisiones de acuerdo a cómo van trabajando en la obra o si se necesita ajustar el avance de la obra como, por ejemplo, adoptar un calendario acelerado.

Además, consideramos que el informe emitido puede servir como guía, referencia y medio probatorio a nivel del procedimiento de resolución llevado a cabo por el DB, tanto para las partes como para el DB para fundamentar varios hechos, como el atraso en el cumplimiento de prestaciones por una de las partes, comportamiento o actuación de

una de las partes en la obra, al momento de plantear la asistencia, la emisión de un consejo, opinión o *determinación* y que el DB deba tener en cuenta.

2.1.3. Asistencia informal frente a un desacuerdo

En el marco del desarrollo de la obra, las partes pueden tener desacuerdos sobre, por ejemplo, la interpretación de una cláusula contractual o del calendario de obra, un derecho u obligación de una de las partes, los cuales pueden escalar a una disputa.

Cabe señalar que, en esta etapa, las partes deberían estar más tranquilas y abiertas a la discusión de temas, a diferencia de la etapa de solución de controversias, en la cual la relación entre el constructor y propietario es tensa y cualquier detonante puede agravar la relación que tienen en obra.

Antes de que esos desacuerdos escalen a una disputa, las partes pueden requerir al DB su apoyo para afrontar un desacuerdo de manera pacífica e informal, de dos formas, una a través del fomento del diálogo entre las partes y la otra, a través de la emisión de consejos u opiniones.

Aquél es el momento de buscar soluciones, ir alertando tomando las medidas que deben de tomar para evitar que el evento que se presente o se puede presentar afecte a las partes o a la obra. No podemos perder esta función y sólo quedarnos con la función decisoria. Ya que perdemos mucho de la eficacia de los DB.

2.1.3.1. Diálogo entre las partes

Cuando estamos en la etapa de asistencia informal mediante el fomento del diálogo entre las partes, consideramos que la labor del DB es actuar como un tercero neutral que acompaña y guía a las partes para que ellas mismas encuentren la solución más beneficiosa, identificando

los puntos del desacuerdo y explorando las posibles vías de solución, asegurándose de que las partes arriben a una solución propia dentro del marco legal contractual.

Esta asistencia está prevista en el numeral 1 del artículo 16 del Reglamento ICC, en el cual se establece que:

> Por iniciativa propia o a petición de una de las Partes y siempre con el acuerdo de todas las Partes, el DB puede, de manera informal, ayudar a las Partes a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del Contrato [...].

Sin embargo, cabe precisar que, en el Libro Rojo Fidic, no está prevista la asistencia informal como tal. Únicamente las partes pueden solicitar al DB que emita opiniones sobre un desacuerdo.

De acuerdo a lo anterior, bajo el Reglamento ICC, el único requisito para solicitar la asistencia informal del DB es que la parte solicitante cuente con la aceptación de la otra parte para su formulación.

De lo contrario, llevar a cabo reuniones con una de las partes sin el conocimiento de la otra, puede ser visto como una falta al deber de imparcialidad que tiene el DB, al verse como si el DB estuviese predispuesto a lo que diga una parte o que la está favoreciendo al escuchar la postura de sólo una de ellas.

Cabe precisar que, en caso la solicitud de asistencia informal sea propuesta por una de las partes, de acuerdo al Reglamento ICC, debe ser comunicada, tanto al DB como a la otra parte, lo más pronto posible, lo cual es recogido en el numeral 1 del artículo 16 de dicho reglamento, en el cual se señala que:

> [...] La Parte que proponga la asistencia informal del DB debe esforzarse en informar al DB y a la otra Parte con la mayor pron-

> titud antes de la fecha de la reunión o de la visita al sitio durante la cual la asistencia informal deba de ser prestada.

Sobre el lugar y tiempo en el que se brinda la asistencia informal, cabe señalar que ella puede brindarse en cualquier locación y momento, siendo que en el numeral 1 del artículo 16 del Reglamento ICC se establece que:

> Esta asistencia informal puede prestarse durante cualquier reunión o visita al sitio.

La asistencia informal por parte del DB puede ser tanto verbal como escrita, en una conversación entre el DB y las partes o en reuniones separadas (con el acuerdo de la contraparte). Inclusive, se tiene que considerar que, con el avance tecnológico, la economía procedimental y la agilidad buscada al momento de pactar el DB para la prevención y solución de disputas, la asistencia informal se puede brindar de una forma no presencial, es decir, de manera virtual, ya sea por una videoconferencias.

Atendiendo a lo anterior, podemos observar que la asistencia informal es elástica e ilimitada, ya que no existe una forma o momento predeterminado en que el DB pueda asistir a las partes para buscar una solución en sus desacuerdos.

Finalmente, atendiendo a que el Reglamento ICC sólo prevé la posibilidad de la asistencia informal ante un desacuerdo (artículo 16), mas no un procedimiento en sí y que el Fidic no lo establece, sugerimos que las partes pacten la posibilidad de que el DB pueda brindar asistencia informal, cuando es solicitada a pedido de parte o en conjunto, así como el procedimiento a seguir.

En conclusión, en el marco de la asistencia informal, el DB serviría como un puente entre las partes para que las mismas puedan discutir

sobre el desacuerdo y que ellas arriben a un acuerdo sin que dicho problema llegue a transformarse en una disputa.

2.1.3.2. Emisión de consejo u opinión sobre las cuestiones pertinentes

En el marco de la asistencia informal, las partes pueden formular al DB consultas u opiniones sobre materias vinculadas al contrato, como son: la interpretación de una cláusula contractual o una obligación de las partes, entre otras.

Las opiniones informales son una perspectiva rápida de evaluación de parte del DB, es decir se debe utilizar cuando las partes discrepan sobre asuntos muy puntuales, dado que este procedimiento es rápido, pues no prejuzga la oportunidad de audiencias para una actuación profunda de medios probatorios.

Por lo que, ya sea a pedido de parte, siempre con la aprobación de la contraparte, o en conjunto, soliciten que el DB se pronuncie sobre alguna cuestión pertinente, en forma de consejo u opinión.

El consejo u opinión que puede emitir el DB debe ser dirigido a resolver un desacuerdo entre las partes que todavía no es visto como una disputa, y la misma debe servir para que las partes puedan llegar a un acuerdo o resolver cualquier diferencia existente entre ellas.[351] Es decir, las opiniones consultivas se utilizan normalmente poco después de que las partes encuentran que tienen un conflicto potencial y han considerado cuidadosamente solicitar al DB que emita una opinión no vinculante. Pues las partes, prefieren ejercer en una oportunidad temprana dicha facultad, en vez de gastar recursos adicionales en un procedimiento de resolución de conflictos.

De esta forma, consideramos que ello es una muestra clara de la función preventiva que tienen los adjudicadores, ya que, al evitarse que

[351] OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 59.

dicha cuestión o desacuerdo sea remitido al DB como una disputa formal y al no activarse el procedimiento de solución de controversias, se está logrando esquivar los costos directos adicionales, un ahorro de tiempo y recursos, tanto para las partes como para el DB.

El DB debe emitir un pronunciamiento respecto al desacuerdo o cuestión planteada por las partes; sin embargo, la finalidad es que se propicie únicamente el acercamiento de las partes para que lleguen a un acuerdo.

Cabe señalar que esta facultad de emitir consejos u opiniones está permitida por el numeral 2 del artículo 16 del Reglamento ICC, el cual establece que:

> La asistencia informal del DB puede llevarse a cabo a través de una conversación entre el DB y las Partes, reuniones separadas entre el DB y una de las Partes previo consentimiento de la otra Parte, **opiniones informales expresadas por el DB a las Partes**, una nota escrita del DB dirigida a las Partes, o de cualquier otra forma de asistencia que pueda ayudar a las Partes a resolver el desacuerdo. (Énfasis nuestro).

Asimismo, también está prevista en la subcláusula 20.2 del Libro Rojo Fidic:

> Si en cualquier momento **las Partes así lo acuerdan, podrán someter un asunto conjuntamente a la MRC para que ésta dé su opinión**. Ninguna de las Partes consultará a la MRC sobre un asunto sin el acuerdo de la otra Parte. (Énfasis nuestro).

Así como en el literal k) de la regla 4 del Apéndice Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic.

> El miembro:
> […]

> (k) deberá estar **disponible para aconsejar y opinar sobre cualquier cuestión relevante del Contrato**, cuando fuera así requerido conjuntamente por el Cliente y el Contratista, y previa aceptación de los Otros Miembros (en su caso). (Énfasis nuestro).

De lo anterior, podemos observar que, de acuerdo al Reglamento ICC, la emisión de opiniones informales está incluida dentro de la asistencia informal.

Y, bajo el Libro Rojo Fidic, para que el DB emita un consejo u opinión sobre un desacuerdo existente entre las partes, dicha posibilidad debe estar acordada de antemano y su solicitud debe ser formulada en conjunto, lo cual consideramos que se debe con el fin de reducir costos y tiempo, siendo que en dicha solicitud las partes pueden señalar de manera precisa los puntos en controversia, existiendo una necesidad de poner en conocimiento la solicitud de consejo u opinión a la contraparte.

Además, al estar en una etapa de prevención de conflictos, y no en una etapa de resolución de controversias, la presentación del desacuerdo deberá ser breve y, en caso las partes deseen presentar documentación, la misma debe ser restringida y limitada a la materia puesta a consideración del DB, señalando extractos de la documentación a ser adjuntada.[352]

Cabe resaltar que las partes deben reconocer que si los problemas llevados a la asistencia informal son complejos y no pueden ser tratados por el carácter informal del proceso, el DB puede negarse a dar una opinión o consejo. El DB debe tener en cuenta la complejidad de los problemas, dado que si se va a necesitar un tiempo holgado para evaluar las pruebas o argumentos presentados por las partes, es mejor que se niegue a comenzar un proceso informal.

---

[352] *Ibidem.*

Por todo lo anteriormente señalado, consideramos que para la emisión de consejos u opiniones, las partes deben discutir con el DB cual va a ser el procedimiento a seguir en el preciso instante a la solicitud; sin perjuicio de ello, en el Acuerdo Trilateral se puede estipular de manera general las etapas obligatorias que se tienen que dar para la emisión de una opinión o consejo.

Sugerimos que se debe utilizar el procedimiento expuesto en el Libro Rojo Fidic; es decir, que ambas partes definan primero el problema al momento de presentar la solicitud de opinión informal, preparando un breve resumen de sus posiciones.

Una vez que el DB tenga en su poder ambas posiciones de las partes, este puede citar a las partes para que expongan sus argumentos en una reunión.

En la misma audiencia o en el plazo estipulado por el DB, se emitirá el consejo u opinión. Dicho consejo u opinión, puede ser presentado de forma variada; es decir, de forma oral o escrita, la misma que será breve, pero incluyendo la fundamentación por la cual se llegó a la conclusión plasmada en el consejo u opinión.[353]

Cabe señalar que, una vez emitida la opinión por parte del DB, el mismo no queda vinculado con lo señalado en dicha opinión, por lo cual puede adoptar una postura diferente en caso la cuestión escale a una disputa, lo cual está reconocido en el numeral 3 del artículo 16 del Reglamento ICC, el mismo que a la letra señala que:

> Cuando se solicita al DB que emita una Determinación acerca de un desacuerdo sobre el cual ha prestado asistencia informal, el DB no queda vinculado por las opiniones, ya sean verbales

[353] Grout, Nigel. A paper on obtaining informal advice and opinions from the Dispute Board. 2nd Regional Conference DRBF en Bucharest, 2010. Consulta en: http://bit.ly/1jWx3wh.

> o escritas, que haya expresado mientras prestaba esta asistencia informal.

Sin embargo, si bien el consejo u opinión no es vinculante, el mismo puede servir para que las partes puedan llegar a un acuerdo antes de someter la cuestión al mecanismo de solución de disputad del DB.

Ya que, en caso no lleguen a un acuerdo sobre la cuestión puesta a conocimiento del DB, las partes estarían perdiendo la oportunidad de tomar una decisión en común, dejando que un tercero decida sobre dicha cuestión, es decir, el DB emitiría una «determinación» al respecto.

Debemos enfatizar que los costos y el tiempo implicados en la resolución de disputas sobre proyectos de construcción son sustanciales. Cuando las partes inician el procedimiento de resolución de disputas, naturalmente las predisposición en el contrato de construcción puede comenzar a transformarse, y ello generaría la desaparición de la confianza entre ellas, siendo este elemento un ingrediente muy importante para el desarrollo de la obra y su entrega, al perderlo su desventaja puede ser significativa para el desarrollo de la misma.

2.2. Solución de controversias

Como mencionamos en el Capítulo anterior, dentro del contrato de construcción se podrán encontrar diversas disputas durante su ejecución y, si un desacuerdo no se soluciona convenientemente para las partes en los términos que subyacen en el contrato, cualquiera de ellas podrá someter la controversia por escrito al DB.

Las preguntas que debemos responder son: ¿cuándo nos encontramos en un desacuerdo? y ¿cuándo nos vemos envueltos en una disputa?

Para ello, nos referimos al artículo 2 del Reglamento ICC, donde define la palabra «disputa» como «todo desacuerdo derivado del Contrato o relacionado con el mismo, que se someta a un *Dispute Board*

para una Determinación según los términos del Contrato y de acuerdo con el Reglamento». *Contrario sensu*, se trataría sólo de un desacuerdo, si ninguna de las partes cuestiona un problema frente al DB, conforme lo establece el artículo 17 del Reglamento ICC.

De acuerdo a Chern, la distinción es importante por dos razones; la primera es que si una controversia no se ha elevado al nivel de disputa, por cumplimiento de la cláusula del DB en el contrato de construcción, no puede ser sometida directamente a arbitraje. La segunda razón es que el DB puede asistir informalmente a las partes para que puedan resolver un desacuerdo (a diferencia de una disputa).[354]

Al respecto, Owen y Toterdill señalan que la mayor diferencia entre una «determinación» y una opinión es el procedimiento de «determinación» utilizado en sí. Una opinión es considerada como una breve exposición de la consideración de sus autores sobre la base de una solicitud conjunta y limitada, mientras que una «determinación» es más profunda, hecha sobre una derivación efectuada en la consideración de las presentaciones y representaciones de las partes.[355]

Una vez hecha la precisión sobre la disputa, corresponde analizar el procedimiento de solución de controversias.

Según Chern, antes de que la parte afectada acuda al DB, es una práctica común que la parte demandante notifique primero a la parte demandada mediante una carta notarial precisándole la actual divergencia que existe y la intención de acudir al DB para que emita una «determinación», la cual, puede realizarse de diversas formas, por ejemplo, mediante una simple carta que establezca la naturaleza y el alcance de la controversia.[356]

---

[354] Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 14.
[355] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 120.
[356] Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 144.

En caso no existiese una respuesta satisfactoria, la parte acusadora es libre de remitir sus reclamaciones al DB, el cual procederá a elaborar un escrito en el que notifica la controversia, y éste es debidamente remitido a los adjudicadores y a las partes del contrato de construcción.

Y es que la parte que ha presentado el escrito con la controversia debe preparar una justificación indicando de manera exacta el motivo, la naturaleza y los fundamentos de hecho, contractuales y legales de la misma. Asimismo, es realmente importante que el escrito esté acompañado por los documentos que se utilizará como medios probatorios, afirmando su posición en la presente disputa.[357]

Cabe precisar que, a lo largo de la presente investigación, nos referimos a los desacuerdos formales entre las partes derivados del contrato o relacionados con el mismo que se sometan a un DB para una decisión según los términos del contrato y de acuerdo con el Reglamento como disputas. Sin embargo, cabe precisar que en el Reglamento ICC, se utiliza la palabra «desavenencia».

En el presente acápite, procederemos a explicar de manera detallada la segunda obligación principal que tiene el DB, que es la de resolver las disputas que surgen entre las partes durante la ejecución de la obra.

En algunas situaciones, lo considerado por las partes como una controversia, puede ser un simple malentendido entre ellas, el cual puede ser solucionado a través de las herramientas con las que el DB cuenta para prevenir las controversias.

Sin embargo, puede existir la posibilidad de que las partes, aun con la asistencia del DB, no puedan llegar a solucionar sus problemas, cuestiones o desacuerdos y las mismas hayan escalado al nivel de disputa.

---

[357] *Idem*, p. 140.

Por ello, es derecho de las partes que el DB, mediante un procedimiento de solución de controversias, brinde una salida a la disputa surgida entre las partes y es obligación del DB formular una resolución final al respecto dentro de los plazos establecidos para ello. La resolución final que pone fin a la controversia surgida entre las partes se le conoce como una «determinación».

Este procedimiento puede ser parte de los términos de referencia del contrato de construcción, dentro del Acuerdo Trilateral o haber sido celebrado por un pacto posterior.

El objetivo del procedimiento es establecer un cronograma donde se explique de manera detallada las condiciones, los procedimientos, las citas a reunión y audiencias para la emisión de una «determinación».

De acuerdo a lo señalado por Owen y Totterdill,[358] posiblemente es necesario incluir lo siguiente en el procedimiento:

1. La notificación de disputa se remite al DB con la solicitud de «determinación»:

    - La solicitud debe indicar las partes en litigio y esbozar los antecedentes y las cuestiones que llevaron a la cuestión de diferencias.
    - La solicitud también debe indicar el desagravio solicitado.
    - Una vez recibida la solicitud, el DB confirmará a las partes la fecha de referencia, que pasa a ser el día uno (1) de las actuaciones.

2. Posteriormente, el DB emitirá instrucciones de procedimiento a las partes, a fin de que se les proporcione un horario y un calendario de las obligaciones, como cuando están por presentar sus respuestas o la defensa con las cuestiones mencionadas.

[358] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 121.

3. El DB también decidirá si se requiere una audiencia o una reunión de las partes y, en caso afirmativo, se coordinará los arreglos para celebrar dicha reunión. Si se requiere una audiencia o reunión, entonces el DB emitirá pautas procesales a las partes para su celebración de dicha audiencia.

4. Si el DB necesita información adicional, entonces ella puede ser solicitada a las partes.

5. Por último, el procedimiento incluirá un calendario y la fecha de expedición de la «determinación» del DB.

Una presentación para el procedimiento de solución de controversias puede ser la siguiente:

Programa de solución de Controversias referido a la Disputa «[Insertar referencia sobre la disputa referida al DB, por ejemplo, el cobro de Mayores Gastos Generales 1]»

Día 0:	El DB recibe la notificación de sometimiento de disputa al DB.
Día 1:	El DB confirma la recepción del sometimiento de disputa y el plazo que tiene para emitir la determinación.
Día 3:	El DB corre traslado a la contraparte el sometimiento de disputa para que manifieste lo conveniente a su derecho, de ser el caso.
Día 13:	La contraparte no se pronuncia sobre el sometimiento o manifiesta lo conveniente a su derecho, oponiéndose a los argumentos y pretensiones planteadas por la parte, se allana a la misma.
Día 16:	El DB pone en conocimiento de la parte lo manifestado por la contraparte.
Día 21:	La parte que sometió la disputa al DB se pronuncia sobre lo manifestado por la contraparte.
Día 26:	El DB cita a las partes a Audiencia y remite a las partes la agenda a llevarse a cabo en la Audiencia.
Día 31:	Se lleva a cabo la Audiencia y se suspende la misma para continuarse en otro día.
Día 34:	Se continúa y finaliza la Audiencia, solicitándose a las partes que presenten documentación adicional que consideren pertinente.

[Continúa en la siguiente página]	
Día 44:	Las partes presentan la documentación adicional y el DB se reúne para discutir sobre la disputa.
Día 70:	El DB se reúne por última vez, ultimando los detalles de la determinación.
Día xx:[359]	El DB se reúne por última vez, ultimando los detalles de la determinación.

Cabe precisar que en el procedimiento descrito anteriormente, no se ha establecido un día particular para las visitas en la obra; puesto que no existe una obligación de realizar una visita en el marco de solución de controversias; siendo que, en caso se decida realizar esa visita, las partes sólo irían con la consigna de ver el problema técnico, en particular, sobre la obra; todo ello, bajo las reglas de un tipo de visita urgente, la cual se describe en el presente Capítulo.

Una de las ventajas del procedimiento de resolución de conflictos del DB, es que su procedimiento se rige por la autonomía de la voluntad de las partes, teniendo la posibilidad de aplicar el procedimiento que más convenga. Justamente por ello, una de las consignas es que las partes deben hacer hasta lo imposible para cumplir con el calendario procesal pactado, siendo que el propio DB está bajo una restricción de tiempo en virtud del contrato en el que debe emitir su «determinación».

Por ello, se recomienda que las partes, al momento de presentar sus acusaciones o defensa formales, aporten los debidos medios probatorios que sustenten sus posiciones, argumentando el motivo, la vulneración contractual o técnica de su reclamación.

Las partes deben tener mucho cuidado con toda la documentación que presentan, pues cabe precisar que a veces se tiene en el subconscien-

[359] El día dependerá del plazo establecido que tiene el DB para emitir la determinación.

te que nos encontramos dentro de un arbitraje, y deben saber discernir entre los documentos que tienen poco o ningún valor probatorio en el caso concreto. Por ejemplo, no es necesario presentar todo el cuaderno de obra; basta con los asientos pertinentes, ya que el DB debería contar siempre con una copia actualizada de dicho documento.

Por otra parte, tal como se ha señalado, el DB debe actuar de forma igualitaria para ambas partes; no importa en qué etapa del procedimiento nos encontremos, ello es importante porque si bien el DB no es jurisdicción, se trata de un órgano que tiene el deber de buscar una equidad procesal a ambas partes; y es que justamente bajo estas razones y más aún cuando los derechos patrimoniales de las partes están en controversia. Por ello, resulta necesario que todo el procedimiento sea garantizado por un abogado en la labor de adjudicador; por otra parte, el DB es libre de considerar las pruebas sin estar sujeta a ninguna norma en particular bajo el sistema jurídico específico del contrato.

Sin embargo, debe tener cuidado de asignar la debida importancia a cada una de las pruebas presentadas, de conformidad con lo creíble de cada una de ellas y si esa evidencia fue apoyada por los hechos, declaraciones o materiales adicionales.[360]

Habiendo hecho una explicación del procedimiento de solución de controversias, a continuación se abordará los procedimientos a seguir para la solución de controversias surgidas en el marco de un contrato de obra bajo el Reglamento ICC y el Libro Rojo Fidic.

2.2.1. Tipos de procedimiento

Existen diversos tipos de procedimientos para la solución de controversias, para lo cual, a modo de ejemplo, explicaremos los procedimientos regulados conforme el Reglamento ICC y el Libro Rojo Fidic.

---

[360] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 122.

2.2.1.1. El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional

El procedimiento de resolución de controversias está previsto entre los artículos 17 al 20 del Reglamento ICC, el cual está estructurado de la siguiente manera:

2.2.1.1.1. Sumisión formal de la disputa

El artículo 17 establece el contenido del pedido formal para el inicio de una disputa frente al DB. A la letra dice:

> Artículo 17
> Sumisión formal de las Desavenencias a una Determinación; exposición de la Desavenencia
> 1
> Para someter una Desavenencia al DB, una de las Partes debe presentar a la otra y al DB una exposición escrita de la Desavenencia. La exposición debe incluir:
> - Una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la Desavenencia;
> - Una lista de cuestiones que serán sometidas al DB para una Determinación y una presentación de la posición de la Parte que formula estas cuestiones;
> - Cualquier justificante que fundamente la posición de la Parte solicitante como documentos, dibujos, programas y correspondencia;
> - Una exposición del objeto de la Determinación requerida al DB por la Parte solicitante; y
> - En el caso de un CDB, si la Parte solicitante desea que el CDB emita una Decisión, la solicitud de una Decisión y la indicación de las razones que motivan a esta Parte a considerar que el CDB debe emitir una Decisión, en lugar de una Recomendación.
>
> 2
> Para todos los efectos, la fecha de recepción de la Exposición de la Desavenencia por el Miembro único del DB o por el presi-

> dente del DB, según el caso, será considerada como la fecha de inicio de la sumisión (la «Fecha de Inicio»).
> 3
> Las Partes son libres de llegar a un acuerdo sobre la Desavenencia en cualquier momento mediante la negociación, con o sin ayuda del DB.

Como primera conclusión del precitado artículo, podemos observar que este procedimiento es diferente del arbitral en tanto la sumisión formal da pie para el inicio de la solución de controversias. En cambio, en el arbitral, el inicio está marcado por la solicitud arbitral para someter una controversia a arbitraje.

Además, podemos observar que lo establecido en el numeral 1, es lo que en la práctica procesal se conoce como petitorio y *causa petendi*. El petitorio es uno de los elementos objetivos de la pretensión procesal. En el que se expresa de manera muy precisa la voluntad del pretensor, es decir, de la parte que va a presentar la sumisión formal de la disputa, con relación a lo que busca directamente con la exposición que se hace frente al DB. La *causa petendi* puede ser entendida como los hechos que sustentan la petición o los hechos que configuran el supuesto de hecho contenido en la norma jurídica cuya aplicación se pide.

En el numeral 2 se establece el plazo que tiene el DB para emitir su «recomendación» o «decisión», el cual se cuenta a partir del día en que se presenta la solicitud formal ante el DB, generándose la «Fecha de Inicio».

Dicha fecha es realmente importante, pues el DB, en el caso del Reglamento ICC debería emitir su dictamen dentro de los noventa (90) días siguientes a la «Fecha de Inicio».

No obstante, el citado Reglamento, otorga a las partes la facultad de poder prorrogar una vez dicho plazo, tomando en consideración la

naturaleza y la complejidad de la controversia, así como otras circunstancias pertinentes.

Por último, en el numeral 3 se deja abierta la posibilidad de que las partes puedan entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del procedimiento, recalcando la flexibilidad del mismo que se lleva a cabo en un DB.

Por otra parte, cabe señalar que el escrito que se presente frente al DB y contra la parte afectada, debe ser elaborado de una forma más particular y puntual respecto a los daños que se han causado y a las futuras consecuencias que esto puede generar. Chern[361] nos presenta los siguientes consejos que se deben tener en cuenta al momento de presentar el reclamo formal ante el DB:

- Todas las reclamaciones hechas bajo los términos del contrato de construcción deben ser identificadas en cada caso bajo los términos invocados, señalando la naturaleza y la cuantía del reclamo.
- Mostrar con precisión cómo se sustenta el cálculo por las sumas adicionales reclamadas por las variaciones, la prolongación o interrupción que se produzcan durante la ejecución del contrato de construcción.
- Las sumas reclamadas se deben identificar por separado.
- El escrito de demanda debe contener un resumen de la controversia.
- El escrito de demanda incluirá una lista de los documentos utilizados para fundamentar su posición y se adjuntarán documentos que el DB ni la contraparte los tuviese, como informes de los expertos.
- Se debe explicar y señalar todos los hechos y los argumentos de fondo que justifiquen su posición.

[361] Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 140.

El escrito formal de la parte reclamante ante el DB debe contener varios elementos, los cuales están circunscritos a un pliego concreto de su posición en donde no sólo se explique su punto de vista, sino también manifieste lo conveniente a su derecho respecto a lo expresado por la otra parte durante el curso del procedimiento informal. Es decir, debe diferenciarse lo que respecta a la reclamación de la parte solicitante contra la declaración de su contraparte.

Después de esto, es adecuado tener una introducción al proyecto con una sección sobre lo que es exactamente la «recomendación» o «decisión» solicitada al DB.

Finalmente, las partes deberán facilitar al DB toda clase de información adicional relevante, que los adjudicadores hayan solicitado, además de un adecuado y apropiado acceso al sitio. Con todo ello, el adjudicador no tendría por qué tener problemas para emitir su «determinación».

2.2.1.1.2. Contestación de la solicitud formal

Así como es derecho de cada parte presentar una sumisión formal sobre cualquier disputa, igual derecho asiste a su contraparte en manifestar lo conveniente a su derecho, contestando la sumisión respecto a la disputa que se ha ocasionado en la ejecución de la obra, remitiéndose formalmente al DB.

Para saber cuáles son los requisitos que se deben cumplir en dicha contestación, procedemos a remitirnos al artículo 18 del Reglamento ICC, que a la letra dice:

> Artículo 18
> Contestación y documentos adicionales.-
> 1
> Salvo acuerdo en contrario de las Partes o salvo instrucciones contrarias del DB, la Parte que contesta debe responder por escrito a la Exposición de la Desavenencia (la «Contestación»)

dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la Exposición de la Desavenencia. La Contestación debe incluir:

- Una presentación clara y concisa de la posición de la Parte que contesta respecto de la Desavenencia;
- Cualquier justificante[362] que fundamente su posición como documentos, dibujos, programas y correspondencia;
- Una exposición del objeto de la Determinación solicitada al DB por la Parte que responde;
- En el caso de un CDB, una contestación a la solicitud de Decisión presentada por la Parte solicitante o, si ésta no lo ha requerido, cualquier solicitud de Decisión de la Parte que contesta, incluyendo las razones por las que esta Parte estima que el CDB debería emitir el tipo de Determinación que desea.

2

En cualquier momento el DB puede solicitar a una Parte que presente otros escritos o documentos adicionales que ayuden al DB a preparar su Determinación. El DB debe comunicar por escrito a las Partes cada una de estas solicitudes.

Al respecto, cabe señalar que la contestación no escapa de lo que ya en la práctica se ha desarrollado en un arbitraje y en un proceso judicial meramente en el tema formal porque en el fondo la idea es ser más directo, sin ese ritualismo procesalista que tienen muchos abogados.

Mediante la contestación, la contraparte da respuesta a la sumisión formal, oponiéndose a lo pretendido por la parte que activó el procedimiento de solución de controversias, acompañando los medios probatorios que fundamentarían su postura o teniendo la posibilidad de allanarse a la misma, es decir, sometiéndose a la pretensión formulada en la sumisión formal.

Dentro de esta línea, debemos precisar que, en el citado artículo, se faculta al Adjudicador a solicitar pruebas de oficio, en donde se reserva

[362] Al respecto, consideramos que la palabra «justificante» se refiere a un documento que prueba la veracidad de algo.

el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que consideren conveniente para emitir su «recomendación» o «decisión».

Debemos enfatizar que es realmente importante haber comunicado que se procede a acudir al DB debido a una disputa y que el conflicto debe basarse en hechos en donde realmente se necesita a un tercero para poder darles solución, pues lo que no se desea es acudir a un DB con una solicitud frívola, la cual puede generar que el DB desvíe su atención a situaciones más importantes.

Como señalamos en el primer Capítulo, los adjudicadores al estar plenamente informados respecto del desenvolvimiento de la obra, van a desempeñar la función de desincentivar los reclamos infundados, siendo ellos mismos lo que van a propiciar el correcto camino para resolver cualquier disputa.

2.2.1.1.3. Audiencias

En la práctica se aprecia que algunos tribunales arbitrales y cortes estatales, llevan a cabo audiencias de ilustración con la finalidad principal para dar a las partes una oportunidad para que presenten su caso y las evidencias que lo respaldan, debido a que ellos mismos no están familiarizados con los detalles de la controversia.

Sin embargo, en los DB, al estar los miembros están familiarizados no sólo con la controversia, sino también con las partes y con la obra, cualquier persona se preguntaría si el DB necesita llevar a cabo dicho tipo de audiencias. La respuesta es no. Ese tipo de audiencias, en el marco del DB, únicamente estarían dirigidas para que las partes presenten más información o alguna explicación adicional que requiera el DB.[363]

[363] OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 63.

En ese sentido, las audiencias que se llevan a cabo en el marco de los DB son limitadas y para establecer las reglas y actuaciones que se llevan a cabo, procedemos a remitirnos al artículo 19, que a la letra dice:

> Artículo 19
> Organización y conducción de las audiencias.-
> 1
> Debe celebrarse una audiencia referida a una Desavenencia, salvo que las Partes y el DB acuerden otra cosa.
> 2
> Salvo instrucciones contrarias del DB, las audiencias se celebran dentro del plazo de 15 días siguientes a la recepción de la Contestación por el Miembro único del DB o por el presidente del DB, según el caso.
> 3
> Las audiencias se celebrarán en presencia de todos los Miembros del DB, salvo que éste decida, al tenor de las circunstancias y previa consulta a las Partes, que es conveniente llevar a cabo una audiencia en ausencia de uno de los Miembros del DB; se entiende, sin embargo, que antes de la sustitución de un Miembro del DB, sólo podrá celebrarse una audiencia con los dos Miembros restantes previo acuerdo de todas las Partes en virtud del artículo 7(6).
> 4
> Si alguna de las Partes se rehúsa o se abstiene de participar en el procedimiento del DB o en cualquier etapa de éste, el DB procederá su cometido no obstante dicha negativa o abstención.
> 5
> El DB tendrá la plena dirección de las audiencias.
> 6
> El DB deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada Parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso.
> 7
> Las Partes comparecerán en persona o a través de representantes debidamente acreditados a cargo de la ejecución del Contrato. Asimismo, podrán estar asistidas por consejeros.

8
Salvo que el DB decida lo contrario, la audiencia se desarrolla de la manera siguiente:
- presentación del caso, en primer lugar por la Parte solicitante seguida por la Parte que responde;
- indicación del DB a las Partes de las cuestiones que requieren más amplias aclaraciones;
- aclaración por las Partes de las cuestiones identificadas por el DB;
- contestación de cada Parte a las aclaraciones aportadas por la otra Parte, en la medida en que estas aclaraciones pongan de relieve hechos nuevos.

9
El DB puede solicitar a las Partes que faciliten sumarios escritos de sus declaraciones.
10
El DB puede deliberar en cualquier lugar que considere apropiado antes de emitir su Determinación.

De una revisión del artículo citado, no existe diferencia entre los tipos de audiencia que el DB puede llevar a cabo, salvo la audiencia obligatoria referida a la disputa, lo cual es positivo, pues establecer la obligación del DB para que lleve a cabo determinadas audiencias, atentaría contra la celeridad de un DB, alargando innecesariamente el procedimiento de solución de controversias.

Por otro lado, respecto a la actuación de medios probatorios de actuación diferida, consideramos que no es un impedimento que en la misma audiencia obligatoria se actúen los mismos, como la exhibición de cualquier documento que el DB juzgue necesario para emitir una «determinación» o la interrogación a las partes, a sus representantes y a cualquier testigo que el DB pudiera convocar; todo ello, en el orden que el DB estime, de acuerdo al numeral 1 del artículo 15 del Reglamento de la ICC.

Cabe preguntarse qué es lo que sucede en los casos que las partes objeten algún medio probatorio presentado.

No existe regla sobre la práctica de pruebas en los DB, por lo que las formas tradicionales para las objeciones sobre pruebas no se aplican salvo las que ataquen el valor probatorio de algún medio presentado o sobre su relevancia,[364] quedando a criterio del DB el manejo de los medios probatorios presentados, actuando justa e imparcialmente y asegurándose que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso, de acuerdo a lo establecido en el numeral 6 del artículo 19 del Reglamento de la ICC.

Por ello, consideramos que la valoración de los medios probatorios sería efectuada al momento en que el DB emita su decisión, siendo además que la eficacia o no de los mismos sería ponderada conjuntamente con los demás medios probatorios ofrecidos por las partes, a efectos de resolver la disputa, salvo que se haya acreditado que el medio probatorio presentado fue adulterado, o se ha acreditado su falsedad o que no guarde relación con la materia controvertida, lo cual quedaría a criterio del DB.

Por otra parte, cabe precisar que, tal como se señala en el numeral 5 del artículo 19 del Reglamento de la ICC, el DB tiene pleno control sobre las audiencias, lo cual conlleva detalles simples como el lugar donde el DB y las partes se van a ubicar, si va a llevar a cabo una audiencia única o diversas audiencias, la forma de grabación de las mismas, en forma electromagnética o mediante transcripciones, así como la forma en que se van a llevar a cabo, teniendo un rol más activo en el desarrollo de la misma, haciendo preguntas que considere pertinente a las partes y controlando las preguntas que hacen las partes a los testigos. Inclusive tiene la potestad de suspender las audiencias, así como declarar que las mismas han llegado a su fin.[365]

---

[364] Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 193.

[365] *Ibid*, p. 191.

Sobre las partes que pueden participar en las audiencias, el DB está facultado para llevar a cabo audiencias en ausencia o bajo la renuencia de alguna de ellas.

Esto se debe a que los plazos establecidos por las partes para la solución de la disputa, son cortos; por lo que la posibilidad de que no se lleve a cabo dicha audiencia y reprogramarla, la misma pondría en riesgo que la «determinación» propuesta por el DB no se notifique en el plazo establecido para tales efectos.

Además, es posible que una de las partes, en un intento de dilatar el procedimiento de solución de controversias, no asista a la audiencia, considerando que la misma no se cita con la debida anticipación. Precisándose que no devendría en una violación a su derecho de defensa, ya que no ha querido ser partícipe de la misma.

Y, ¿qué sucede en el caso de que uno de los miembros del DB no asista? En ese supuesto, existe la posibilidad de que aun así se lleve a cabo dicha audiencia, siempre y cuando se cuente con la aprobación de ambas partes.

Consideramos que las partes deberían pactar que sea facultad del DB el establecer si es necesario llevar a cabo la audiencia señalada en el artículo 19. Puesto que, con las exposiciones de las partes, documentos, informes y visitas realizadas, los hechos y argumentos controvertidos pueden estar debidamente enmarcados en la disputa.

Por ello, consideramos que las audiencias deben ser citadas únicamente en los casos que existan medios probatorios de actuación diferida o que el DB necesite alguna aclaración sobre algún hecho en disputa o significado de una cláusula pactada.

Además, cabe preguntarse si el DB está facultado para realizar una visita a la obra cuando está en la labor de solución de controversias.

Nosotros creemos que el DB sí está facultado para realizar las visitas que sean necesarias para apreciar, observar, describir y adquirir cualquier hecho que sea útil a la emisión de la «determinación», precisando que el tratamiento de esta visita sería la misma que para las visitas *in situ,* con las siguientes diferencias:

- En este caso, la visita realizada tiene una función específica, el DB está realizando una visita para verificar un hecho respecto a una disputa, mas no para verificar el avance fáctico de la obra, lo cual es más genérico.
- La visita realizada en el marco de una audiencia es facultativa, al ser una facultad del DB citarlas, en caso necesiten constatar un hecho para la solución de la disputa. En cambio, las visitas *in situ* son obligatorias, al estar así determinadas en el contrato.

Cabe recalcar que el numeral 8 del artículo 19 del Reglamento ICC establece, salvo pacto en contrario, una suerte de agenda para llevar a cabo la audiencia, a la letra dice:

> Artículo 19
> Organización y conducción de las audiencias.-
> […]
> 8
> Salvo que el DB decida lo contrario, la audiencia se desarrolla de la manera siguiente:
> - Presentación del caso, en primer lugar por la Parte solicitante seguida por la Parte que responde;
> - Indicación del DB a las Partes de las cuestiones que requieren más amplias aclaraciones;
> - Aclaración por las Partes de las cuestiones identificadas por el DB;
> - Contestación de cada Parte a las aclaraciones aportadas por la otra Parte, en la medida en que estas aclaraciones pongan de relieve hechos nuevos.

En dicha agenda se tiene que establecer las actuaciones a llevar a cabo, debiéndose poner en conocimiento de las partes para asegurar que no se esté dejando de lado ninguna actuación y que todas estén cubiertas.

Para lo cual, un modelo de agenda sería el siguiente:

Agenda de Audiencia referente a la Sumisión formal:
[Insertar una referencia sobre la disputa planteada, por ejemplo, Ampliación de plazo n.° 1]» n.° xx

Fecha: xx/xx/xx
Partes asistentes: xxxxxx - xxxxx

Día 1:

9:00 - 9:15:	Presentación del DB y de las partes. Introducción del DB sobre la finalidad de la audiencia.
9:15 - 10:00:	Exposición de la disputa por parte del recurrente y contestación de la contraparte.
10:00 - 10:30:	Actuación de medio probatorio consistente en la declaración de xxxxx.
10:30 - 12:45:	Visita a la Obra

Día 2:

9:30 - 11:30:	Argumentos finales.
11:30 - 12:00:	Preguntas por parte del DB y respuestas.

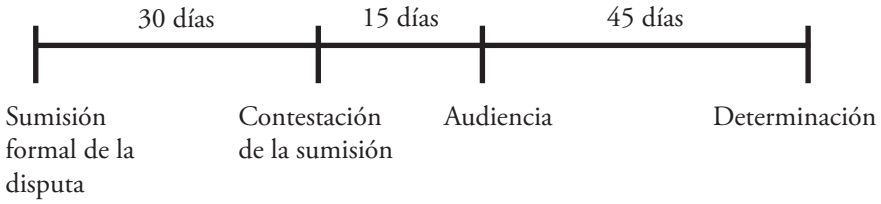
Sin embargo, si bien la misma puede servir de modelo para disputas simples, creemos que, en los casos en que las disputas sean más complejas, en donde se pueden identificar varias disputas por separado, el DB debería separar audiencias por cuantas disputas puedan ser identifica-

das.[366] Esto es, para que se lleve a cabo un tratamiento diferenciado y ordenado respecto de las disputas.

Una vez que el DB determine la conclusión de la audiencia y habiendo tenido toda la documentación necesaria para emitir una «determinación», el DB procederá a elaborarla, informando a las partes al respecto.

Cabe señalar que, de acuerdo a los plazos establecidos en el Reglamento ICC, independientemente de los días tomados para llevar a cabo la audiencia obligatoria, son noventa (90) los días contados a partir de la sumisión formal de la disputa para que el DB emita una determinación. El procedimiento de resolución de disputa de acuerdo al Reglamento de la ICC, es el siguiente:

Procedimiento de solución de disputas



2.2.1.2. El Libro Rojo Fidic

A diferencia del Reglamento ICC, no se establece un procedimiento propiamente dicho, sino que mediante la subcláusula 20.4 del Libro Rojo Fidic establece que cualquier parte puede someter una disputa al DB y que éste debe resolverla en el plazo de ochenta y cuatro (84) días después de recibir la comunicación; o en cualquier otro plazo propuesto por el DB y aprobado por ambas partes.

---

[366] Owen, Gwyn y Brian Totterdill, *Op. cit.*, p. 102.

2.2.1.2.1. Sometimiento de la disputa al Dispute Board

Como se ha señalado, al amparo de la subcláusula 20.4 del Libro Rojo Fidic,[367] cualquiera de las partes puede someter una controversia al DB.

[367] «20.4. Solicitud de Decisión de la MRC
Si surgiera un conflicto (independientemente de su naturaleza) entre las Partes con relación a, o como resultado del Contrato o de la ejecución de las Obras, incluyendo cualquier conflicto relacionado con un certificado, determinación, instrucción, opinión o valoración por el Ingeniero, cualquier Parte podrá someter por escrito el conflicto a la MRC para su decisión, enviando copias a la otra Parte y al Ingeniero. Dicha comunicación deberá indicar que se realiza al amparo de esta Subcláusula.
En el caso de una MRC formada por tres personas, se considerará que la mesa ha recibido dicha comunicación en la fecha en la que lo ha recibido su presidente.
Ambas Partes deberán poner inmediatamente a disposición de la MRC toda información adicional, acceso al Emplazamiento y las facilidades apropiadas que la MRC pueda requerir para poder tomar una decisión sobre el conflicto. Se considerará que la MRC no actúa como árbitro(s).
En el plazo de 84 días después de recibir la comunicación, o en cualquier otro plazo propuesto por la MRC y aprobado por ambas Partes, la MRC deberá emitir su decisión, que deberá ser razonada y deberá hacer constar que se dicta de acuerdo con esta Subcláusula. La decisión deberá ser vinculante para ambas Partes, que deberán ponerla en ejecución de inmediato, salvo y hasta que sea revisada mediante acuerdo amistoso o laudo arbitral tal y como se describe más adelante. Salvo que el Contrato haya sido ya abandonado, denunciado o resuelto, el Contratista deberá continuar con las Obras de acuerdo con el Contrato.
Si una de las Partes no está satisfecha con la decisión de la MRC, podrá, dentro del plazo de 28 días a partir de la recepción de la decisión, notificar a la otra Parte su disconformidad. Si la MRC no comunica su decisión en un plazo de 84 días (o en cualquier otro plazo aprobado) después de recibida dicha comunicación, cualquiera de las Partes podrá, dentro de los 28 días siguientes a la terminación de este plazo, notificar a la otra Parte su disconformidad.
En cualquier caso, esta notificación de disconformidad deberá hacer constar que se emite de acuerdo con esta Subcláusula, y deberá indicar el asunto en conflicto y la razón (o razones) de la disconformidad. Salvo lo indicado en la Subcláusula 20.7 [Incumplimiento de la Decisión de la MRC] y en la Subcláusula 20.8 [Expiración del Nombramiento de la MRC], ninguna de las Partes tendrá derecho a comenzar un procedimiento arbitral sobre el conflicto, salvo que la notificación de disconformidad haya sido entregada de acuerdo con esta Subcláusula.

Dicha subcláusula únicamente establece como requisitos que:

- La solicitud sea por escrito.
- Se remita copias a todas las partes involucradas.
- Se indique expresamente que se está efectuando la solicitud al amparo de dicha subcláusula.

A diferencia del Reglamento ICC, en el Libro Rojo Fidic, no se establecen los elementos que debe contener la solicitud.

Por lo que, si bien no es requisito que la solicitud contenga elementos adicionales a la señalización de la disputa, consideramos que la misma debería contar con algunos elementos básicos para que el DB pueda resolver la disputa, los cuales deberían ser proporcionados por la parte reclamante. De lo contrario, si la solicitud está mal redactada o no se entiende, no existiría certeza sobre lo que el DB debe pronunciarse.[368]

En dicha subcláusula se establece un plazo que tiene el DB para emitir su decisión, el cual se cuenta desde que se presenta la solicitud de decisión ante el DB, momento que se conoce como «Fecha de Inicio».

Dicha fecha es realmente importante, pues el DB, en el caso del Libro Rojo Fidic debería emitir su dictamen dentro de los ochenta y cuatro (84) días siguientes a la Fecha de Inicio, o en cualquier otro plazo propuesto por el DB y aprobado por ambas partes.

Finalmente, consideramos que los elementos básicos que deben contener las solicitudes son los mismos requeridos en el Reglamento

---

En caso de que la MRC haya comunicado a ambas Partes su decisión sobre un conflicto, y ninguna Parte haya entregado ninguna notificación de disconformidad en el plazo de 28 días después de recibir la decisión de la MRC, la decisión será definitiva y vinculante para ambas Partes».

368 Owen, Gwyn y Brian Totterdill, *Op. cit.*, p. 83.

ICC. Asimismo, estimamos que deberían seguirse los consejos señalados para la presentación de la sumisión formal de la disputa.

2.2.1.2.2. Contestación del sometimiento de la disputa

De una revisión de la subcláusula 20.4, pareciera que el DB no requiere de la posición de la contraparte para emitir una decisión sobre lo que está en disputa, así como la contraparte no está obligada a emitir un descargo sobre la solicitud efectuada ante el DB.

Sin embargo, si la contraparte desea emitir sus descargos, el DB no puede negarse a recibirlos y emitir una decisión no teniéndolos en consideración. Ya que, de acuerdo a la regla 5 del Anexo: «Reglas Procedimentales», el DB debe «actuar justa e imparcialmente entre el Cliente y el Contratista, dando una **oportunidad razonable** a cada uno de ellos para **argumentar su caso y replicar al de la otra Parte**». (Énfasis nuestro).

Al igual que en el caso del sometimiento de la disputa, podemos apreciar que no se establecen los elementos que debe contener la contestación al tratamiento de la disputa. Así que, consideramos que los elementos básicos que debe contener la contestación deben ser los mismos elementos requeridos y explicados en el Reglamento ICC.

2.2.1.2.3. Audiencias

Así como lo señalamos en la sección audiencias del Reglamento ICC, para el caso del Libro Rojo Fidic, las mismas estarían dirigidas para que las partes presenten más información o alguna explicación adicional que requiera el DB.

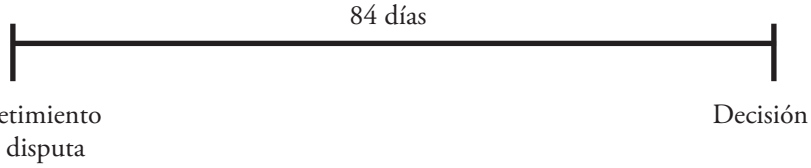
Por ello, consideramos que el tratamiento de las audiencias sería el mismo que en el caso del Reglamento ICC, salvo la siguiente precisión. De una revisión de la regla 6 del Libro Rojo Fidic se aprecia que:

> 6
> La MRC podrá llevar a cabo un **examen de pruebas o testimonios sobre el conflicto**, en cuyo caso decidirá sobre la fecha y lugar donde se desarrollará dicho examen, y podrá requerir la presentación de documentación escrita o argumentos por parte del Cliente o del Contratista, antes o en el momento del examen de las pruebas y/o testimonios. (Resaltado nuestro).

De acuerdo a lo anterior, las audiencias se denominan «exámenes de pruebas o testimonios». Al respecto, consideramos que dicha traducción genera confusión, ya que se puede interpretar que la audiencia que el DB tiene que llevar a cabo es una audiencia de pruebas. Sin embargo, rescatamos que, en la versión en inglés, sí se señala que las audiencias que se llevan a cabo son *hearings*, utilizando un término más genérico que la de una relativa al examen de pruebas o testimonios. Lo cual estaría acorde con lo que se establece después, en el cual el DB podrá requerir la presentación de documentación escrita o argumentos por parte del propietario o constructor.

Finalmente, una vez que el DB determine que la audiencia haya concluido y habiendo tenido toda la documentación necesaria procederá emitir su decisión, para lo cual, de acuerdo a los plazos establecidos en el Libro Rojo Fidic, incluidos los días tomados para llevar a cabo la audiencia obligatoria, tiene ochenta y cuatro (84) días contados a partir de la sumisión formal de la disputa. El procedimiento de resolución de disputa bajo el Libro Rojo Fidic es graficado de la siguiente manera:

Procedimiento de solución de disputas



2.3. La determinación

La «determinación» es la emisión final de un DB. Dependiendo del acuerdo de las partes contractuales o de los reglamentos institucionales sobre DB, los adjudicadores pueden emitir «recomendaciones» no vinculantes o «decisiones» provisionales vinculantes.

La principal función de cualquiera de las dos es ayudar a las partes a solucionar la disputa y, por tanto, por su propia naturaleza son de una forma consensual. Sin perjuicio de ello, queremos ir un paso atrás y recordarles el motivo por el cual se solicita la emisión de una «determinación» por parte de un DB.

De acuerdo a lo explicado en el presente capítulo, existen dos obligaciones de parte de los adjudicadores; la primera es cuando los adjudicadores cumplen una función de prevención de la obra, acompañando la ejecución de la obra, en donde visitan la obra periódicamente, revisan los informes mensuales o trimestrales que elaboran las partes, realizando la labor de un consultor, respondiendo a los desacuerdos que en ese momento existan, emitiendo consultas informales sobre ellas; mientras que la segunda obligación es cuando existe una disputa entre las partes, la misma que no es conciliable y deciden que el DB emita una «determinación» sobre ella.

Una «determinación» del DB, por lo general, toma la forma de declaración formal del panel de expertos, es una evaluación o un examen profesional realizado sobre la base de un ámbito limitado de la información proporcionada, lo que ha llevado a una visión sostenida sobre las circunstancias en el caso concreto, sumado a todo el conocimiento previo de los adjudicadores sobre el trayecto de la ejecución de la obra.[369]

[369] OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 116.

Como todo escrito que resuelve una controversia, una «determinación» debe estar bien redactada, evitando errores gramaticales; siendo que la «determinación» es el reflejo del compromiso que han tenido los adjudicadores para con las partes y con la obra.

Existe una diferencia fundamental en comparación con un laudo o una sentencia, y es que, una vez que se notifica la determinación, el DB debe exponer oralmente los motivos de su «determinación», para que las partes puedan identificar los pasos analíticos y lógicos que han servido de motivación en la «determinación». Lo importante es que los adjudicadores, sean concisos al momento de demostrar en qué basan su «determinación», expresando un resumen de los puntos que fueron vitales para llegar a la misma.

Consideramos que esto ayudará a las partes a entender la lógica que ha utilizado el adjudicador, pues cabe recordar que las partes tienen un mayor campo de información, siendo ellas las más interesadas en analizar la «determinación» y su fundamentación.

Es evidente que en esta etapa, las partes pueden estar susceptibles y a la defensiva por lo manifestado por el DB; sin perjuicio de ello, es la oportunidad de hacer observaciones sobre cualquier evidencia en la que el DB haya basado su «determinación». Por ello, creemos importante que las partes deben estar acompañadas de sus técnicos de confianza y recomendamos que el adjudicador, en ese sentido, tome notas de las observaciones y hagan notar a las partes que se va a emitir una solución o una respuesta directa.

En la mayoría de casos, la «determinación» incluirá información básica sobre el contrato, el desarrollo de la controversia, el nombramiento de los adjudicadores y lo que ocurrió durante el proceso de disputa. Igual que una sentencia o laudo, debe incluir la parte de antecedentes, incluyendo la posición de las partes.[370]

---

[370] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 108.

De acuerdo a lo señalado por Owen y Totterdill, la «determinación» del DB no es sólo una cuestión de preferencia personal, o incluso de decidir lo que es justo; es decidir lo que es correcto según el contrato y la ley aplicable. La determinación es un proceso serio de intercambio de opiniones, siendo continuo y se puede resumir de la siguiente manera.[371]

- Decidir sobre los hechos que están involucrados en las disputas.
- Decidir sobre la ley aplicable al conflicto.
- Aplicar la ley sobre los hechos, lo que genera la «determinación».

El DB ha sido designado para tratar de resolver la disputa; por ende, el compromiso para resolver de cada adjudicador debe ser necesario y expresado en la «determinación» emitida por un DB.

Finalmente, cabe señalar que el documento donde se recoge la «determinación» debe seguir una secuencia lógica. Contando con una portada con los datos de las partes, el nombre del contrato de construcción y de los adjudicadores que conformaron el DB. En la práctica, es usual que una «determinación» incluya un índice, donde la lectura sea más eficiente y más fácil para los intereses de las partes.

En el presente acápite desarrollaremos la «determinación» como la solución de los problemas que se presenten al momento de ejecutar la obra, explicando sus clases, cómo se desarrolla su contenido, la forma de notificación y las consecuencias de su incumplimiento.

2.3.1. Contenido de la determinación

El contenido de la «determinación», es la manifestación de todo lo actuado por las partes al momento de presentar sus alegatos de demanda y de defensa, por la cual el adjudicador, con ayuda de su experiencia y conocimiento, entabla un juicio final estipulado en su «determinación».

[371] *Idem*, p. 116.

Un DB tendrá que considerar todos los datos y comunicaciones de las partes y la información proporcionada en cualquier audiencia o durante cualquier visita al sitio realizada específicamente para resolver la disputa, siendo posible que pueda solicitar de oficio documentación que sea necesaria para fundamentar su juicio.

El DB deberá basarse en las disposiciones pertinentes del contrato, las leyes y reglamentos aplicables, y los hechos y circunstancias involucradas en la disputa. De acuerdo a lo expresado por Owen y Totterdill, su tarea es determinar si las partes o sus representantes han actuado de conformidad con el contrato o si, de conformidad con el contrato, eran responsables cuando surgieron los hechos en disputa.[372]

Consideramos que la «determinación» no debe ser un documento extenso, no es necesario que los adjudicadores redunden de manera tan específica en hechos que las partes han conocido. Básicamente, consiste en proporcionar los detalles necesarios de una manera concisa y lógica.

La «determinación» se hará por escrito y debe ser firmada por cada adjudicador, salvo que por acuerdo de las partes, se haya establecido que sólo es necesaria la firma del presidente del DB.

Cuando el DB esté compuesto por tres adjudicadores, deben esforzarse en que la decisión sea por unanimidad. En caso de que el DB decida por mayoría, el adjudicador que no esté de acuerdo con la «determinación» deberá exponer las razones por las cuales no comparte las conclusiones a las que se llegó por decisión en mayoría. Por otro lado, si los tres adjudicadores tienen una opinión distinta y no se llegan a poner de acuerdo, la «determinación» emitida por el Presidente del DB se considera como la concluyente.

---

[372] *Idem*, p. 122.

Al respecto, encontramos que el artículo 22 del Reglamento ICC, establece el contenido mínimo de una «determinación»:

- Un resumen de la desavenencia, de las posiciones respectivas de las Partes y de la «determinación» que se solicita;
- Un resumen de las disposiciones pertinentes del Contrato;
- Una cronología de los hechos relevantes;
- Un resumen del procedimiento seguido por el DB; y
- Una lista de los escritos y de los documentos entregados por las Partes durante el procedimiento.

Por su parte, en la práctica se reconoce que el formato de cualquier «determinación» debe indicar claramente lo siguiente:[373]

- La nominación del contrato de construcción;
- Las partes de ese contrato;
- El procedimiento adoptado por el DB;
- Las circunstancias que dieron lugar a la disputa;
- Los argumentos planteados por las partes;
- La información en que se basa la «determinación»;
- Las razones de la «determinación»;
- Lo que se debe indicar claramente son los detalles de la «determinación» y ordenar las acciones necesarias que deben tomarse;
- Los nombres y firmas de los miembros del DB; y
- La fecha de la «determinación».

Como podemos observar, la idea no es hacer un libro para presentar la resolución de una disputa; basta con determinar los puntos esenciales, fundamentar la posición del DB y siempre otorgar soluciones a las disputas planteadas.

[373] *Idem*, p. 123.

2.3.2. Determinación: recomendación

Si las partes deciden que se instale un DRB, están reconociendo que al momento de existir una disputa en la obra, el DB solamente podrá emitir «recomendaciones», las cuales no van a ser vinculantes para las partes. Lo que quiere decir es que las partes no lo tomarán de manera obligatoria en el momento de su publicación.

Sin embargo, en el Reglamento ICC, si ninguna de las partes ha notificado por escrito a la contraparte y al DRB su desacuerdo respecto de una «recomendación» en un plazo de treinta (30) días contado a partir de su recepción, la «recomendación» será obligatoria para las partes. Las partes deberán cumplir la «recomendación» sin demora y acordarán no impugnarla.[374] En caso de presentar el desacuerdo, la «recomendación» no tiene efecto y la disputa entre las partes será finalmente resuelta por un arbitraje.

Según Chern,[375] el que una «determinación» sea una «recomendación» no debería afectar su eficacia ya que busca, justamente, solucionar una disputa. Para ello, existen dos razones principales: en primer lugar, la «recomendación» es admisible en los procedimientos posteriores, lo cual significa que las partes saben que un árbitro puede verse influenciado por la «recomendación», dado que ésta ha sido elaborada por un panel de expertos en construcción experimentados e imparciales que estaban familiarizados con el proyecto durante su construcción.

En segundo lugar, en el curso de un gran proyecto en el cual se ha instalado un DRB, es poco probable que siempre se esté a favor de una misma parte. Ello generaría que las partes no tengan recomendaciones favorables, y dado que no son de cumplimento obligatorio, se puede intentar conciliar con la contraparte justamente estas recomendaciones descontentas, generándose un campo mayor de conciliación y negocia-

[374] Numeral 3 del artículo 4 del Reglamento ICC.
[375] Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 4.

ción entre las partes respecto al acatamiento sobre las recomendaciones que no le son convenientes.

De acuerdo a lo señalado, podemos concluir en que una ventaja es la obtención de un resultado que no obliga inmediatamente a las partes a cumplir con ella, pues les otorga la posibilidad de poder negociar abiertamente las recomendaciones que les son menos favorables, sin el riesgo de tener que cumplir inmediatamente con la solución sugerida por el DRB. Por lo mismo, la preparación para sus audiencias no son engorrosas, siendo ellas más cortas y más simples. Por lo tanto, incluso si las partes no implementan una «recomendación», se hace con frecuencia el punto de partida de nuevas negociaciones entre ellas, lo que en última instancia conducirá a un acuerdo.

Otra de las ventajas de este procedimiento es que el DRB tiene más flexibilidad en la elaboración de soluciones. El carácter no vinculante de la «recomendación» permite a los adjudicadores analizar un enfoque basado en los intereses de las partes, en lugar de aplicar una «recomendación» basándose solamente en los derechos contractuales. De acuerdo a Koch, el consenso y la naturaleza no contenciosa de los procedimientos hacen que sea más aceptable y atractivo para las partes que operan en una cultura de compromiso, preservando la relación personal entre las partes contratantes, lo cual es de mayor importancia que la certeza contractual.[376]

Lamentablemente, a veces sucede que la parte que «pierde» asume una actividad pasiva y poco colaboradora, por lo que la parte ganadora se encuentra en una encrucijada. Por un lado, ha ganado pero para forzar el cumplimiento de la «recomendación», se debe acudir a un arbitraje. En la práctica, de poco o nada sirve tener una «recomendación» que no puede ser ejecutada de inmediato, al tener que ir necesariamente a un arbitraje para la eficacia de la misma.

---

[376] KOCH, Christopher. «*ICC's New Dispute Board Rules*». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. París, 2004, vol. 15, n.° 2, p. 6.

Tomemos como ejemplo un contrato de obra para la construcción de una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales, en el cual las partes pactan que la forma de resolver controversias se va a llevar a cabo mediante la utilización de un DRB, aplicando el Reglamento ICC.

Dentro de las cláusulas contractuales, se pacta que el constructor debe suministrar con medidores especiales contra tierra, siendo que la cantidad y la calidad de los medidores, así como su precio dependen de determinadas condiciones de mercado. Al momento de ejecutar el contrato, las partes discrepan sobre el número de aparatos que debe entregarse. Por lo que, de acuerdo al pacto celebrado, las partes deciden acudir al DRB, emitiendo una recomendación, en la cual se establece la cantidad de medidores a entregar.

Una vez culminado el procedimiento de resolución de disputas, las partes reciben la notificación de la «recomendación» el 1 de enero de 2014. Por lo que, de acuerdo al ejemplo, hasta el 31 de enero de 2014, el constructor no está obligado a entregar los medidores. Sin embargo, si ninguna parte se ha opuesto a la «recomendación» a partir del 31 de enero de 2014, el constructor debe entregar el número adicional de medidores.

Pero, en caso una parte notifique a su contraparte y al DRB su desacuerdo con la «recomendación», la «recomendación» nunca se convierte en vinculante y ninguna de las partes debe cambiar su comportamiento contractual. Por ello, la disputa debe ser sometida a arbitraje.

Con el propósito de ser eficaz, es imperativo que las partes se comprometan con la «recomendación», pues su naturaleza se describe como una sugerencia o una declaración de asesoramiento en relación a una circunstancia establecida. El objeto de una «recomendación» es informar a los destinatarios cómo creen que las cuestiones en disputa deben resolverse, debiendo resaltarse que no es obligación del DB dar consejos

de gestión de contratos a las partes en cuanto a la mejor manera de ejecutar su proyecto.[377]

En conclusión, consideramos que sería útil una «recomendación» sobre temas netamente declarativos; por ejemplo, si se discutiera sobre la calidad del agua en una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales o si las partes no pudieran ponerse de acuerdo con respecto a la interpretación de una cláusula o apartado del contrato, en particular, en esos casos, resulta conveniente el uso de una «recomendación».

Las partes deben ser conscientes de que, al momento en que se les notifica la «recomendación», la misma tiene un valor adicional utilizado para un enfoque consensuado para evitar una disputa o resolverla en lo necesario de la misma, ya que proporciona una clase de orientación sobre un curso de acción o de interpretación que debe adoptarse en un conjunto específico de condiciones.[378]

2.3.2.1. Ejecución de una recomendación

Como hemos explicado, la naturaleza de una «recomendación» es que no resulta de obligatorio cumplimiento. Por ello mismo, no es vinculante para las partes, siendo opcional. No obstante, conforme a la voluntad de las partes, este tipo de «recomendación» puede llegar a convertirse en obligatoria en determinadas circunstancias; es decir, contractualmente vinculante.

Para que una «recomendación» se vuelva vinculante, es necesario que las partes establezcan un período limitado de tiempo posterior a la recepción de la «recomendación» y, si en dicho periodo cualquiera de las partes remite una notificación de desacuerdo, las partes no estarán obligadas a cumplir con la «recomendación» y están libres de remitir dicha disputa a un arbitraje o a la siguiente instancia que hayan establecido.

---

[377] OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 116.
[378] *Idem,* p. 120.

En caso ninguna de las partes emitiera su desacuerdo con la «recomendación», la misma pasará a ser definitiva y vinculante, por lo que ellas estarán obligadas a cumplir con las recomendaciones formuladas por el DRB.

Una vez que la «recomendación» sea vinculante y final, conforme al procedimiento señalado anteriormente, si una parte ha decidido no cumplir la «recomendación», ésta se convertirá en un incumplimiento contractual. Ello quiere decir que, en caso la parte perdedora no cumpla con la ejecución de la «recomendación», la parte ganadora puede acudir a un arbitraje para lograr el cumplimiento de la misma.

De acuerdo a Owen y Totterdill, en este caso, el laudo arbitral se debería obtener sin dilaciones indebidas, ya que en el mismo solo se expondrá los elementos de procedimiento del cumplimiento y no se examinará nuevamente la disputa *per se*.[379]

En la práctica, esta situación se ve reflejada en el numeral 2, artículo 4 del Reglamento ICC, donde se establece que, al recibir una «recomendación», las partes pueden acatarla voluntariamente, pero no están obligadas a hacerlo. Ésta es la regla general de una «recomendación».

Sin embargo, el mismo Reglamento, establece la posibilidad de que la misma se vuelva vinculante. En el numeral 3 del artículo 4 señala:

> Si ninguna de las Partes ha notificado por escrito a la otra parte y al DRB su desacuerdo respecto de una Recomendación en un plazo de 30 días contados a partir de su recepción, la Recomendación será obligatoria para las Partes. Las Partes deben cumplir la Recomendación sin demora y acuerdan no impugnarla, siempre y cuando un acuerdo de esta naturaleza sea válido.

[379] *Ibidem*, p. 124.

Como se puede apreciar, es esencial que la parte que no desea cumplir con una «recomendación» de la ICC deba emitir una notificación de desacuerdo a la otra parte dentro de los treinta (30) días de haberla recibido. En caso ninguna de las partes remita dicha notificación, la «determinación» que es vinculante y final.

2.3.3. Determinación: decisión

Una «determinación» que es «decisión», nace como consecuencia de que las partes decidan instalar un DAB.

Bajo esta modalidad, los adjudicadores deben emitir una «decisión» que sí es vinculante contractualmente para las partes, pues la parte que pierda bajo una «decisión» deberá acatar sus órdenes; sino, estará incumpliendo el contrato.

Una vez emitida la «determinación», las partes tienen un tiempo prudencial para emitir su desacuerdo con la «decisión», elevando dicho desacuerdo a un arbitraje. Si ambas partes no señalan su desacuerdo, la «decisión» pasará a ser vinculante y final.

Asimismo, en caso una parte no cumpla con dicha «decisión» y, sin perjuicio de cualquier otro derecho que pueda tener, la parte ganadora podrá someter este incumplimiento a arbitraje. Sin perjuicio de ello, una «decisión» sigue siendo vinculante hasta que el conflicto se resuelva de conformidad con el arbitraje.

Como lo explicamos en el primer capítulo, a diferencia de un laudo, no existe un régimen de reconocimiento y ejecución de las «determinaciones» emanadas de los DB. La regla es que las «decisiones» emitidas por el DAB son contractualmente obligatorias, bastando que se requiera a nivel arbitral que se ordene a la parte incumplidora el cumplimiento del mismo.

En ese sentido, las partes pueden considerar, dentro de las estipulaciones del contrato de construcción, una penalidad económica, una estipulación de resolución del contrato o suspensión de la ejecución mismo para la parte a cuyo favor se ha emitido una «determinación» el DAB.[380]

Chern[381] señala los argumentos a favor de las «decisiones» emitidas por un DAB:

1. Las «decisiones» pueden ser ejecutadas en procesos legales.
2. El carácter vinculante de la «decisión» puede influir en las acciones de las partes para llegar a un acuerdo conciliatorio anterior a la «decisión» de un DAB.
3. El carácter vinculante de la «decisión» es poco probable que sea ignorado, incluso por voluntad de una de las partes, generando consigo un incumplimiento de contrato.
4. En ciertos lugares, en los casos en que un funcionario público efectúe un pago que tiene como fuente una obligación no vinculante, puede ser vista como un acto de corrupción.

Asimismo, Chern[382] declara cuáles son los argumentos en contra de una «decisión» vinculante emitida por el DAB:

1. Las disputas son más peleadas entre las partes, dado que hay mucho más en riesgo.
2. Los costos y tiempos para las preparaciones son más altos; por lo general, se presenta mayor documentación.
3. La «decisión» final no está en la esfera de dominio de las partes.

---

[380] Harbst, R. y V. Mahnken. «*ICC Dispute Boards Rules: the Civil Law Perspective*». En *Papers from a joint meeting of the European Branch of the Chartered Institute of Arbitrators and the Swiss Arbitration Association*, 2006, p. 317.

[381] Chern, Cyril. *Op. cit.*, p. 5.

[382] *Ibidem.*

4. Algunos asuntos son muy complejos, por lo que los plazos establecidos para la emisión de la «decisión» pueden estar al límite.

El DAB debe basar sus «decisiones» sólidamente dentro del marco contractual, centrándose en un enfoque basado en los derechos, para garantizar, en la mayor medida posible, la legitimidad y la aceptación de la «decisión», adaptándose rápidamente al *estatu quo* de la nueva situación fácticamente, mediante la aplicación y cumplimiento provisionalmente las disposiciones contractuales pertinentes.[383]

En conclusión, las «determinaciones» son vinculantes cuando se encuentran en la naturaleza de la «decisión» al haber sido dictadas por un DAB. Respecto a ello, se puede entender el DAB como una función útil en países donde la inseguridad respecto al cumplimiento de una «determinación» se ve resguardada mediante su obligatoriedad.

2.3.3.1. Ejecución y desacuerdo sobre la decisión

La ejecución de una «decisión» de DB es una cuestión clave.[384] Como señalamos en el primer capítulo, a diferencia de un laudo, el cual cuenta con un reconocimiento internacional bajo la Convención de Nueva York, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, en el caso de las «decisiones» emitidas por un DAB no existe un régimen de reconocimiento ni ejecución obligatoria.

Por lo que, si bien ambas partes han decidido instalar un DAB que acompañe la ejecución de la obra y entre sus facultades resuelva las disputas que se puedan presentar, siendo que las «determinaciones» que emita un DAB son contractualmente obligatorias, cualquier «decisión» tendrá que ser ejecutada por medio de una acción ante los tribunales

---

[383] *Ibidem.*

[384] Consultar en: GOULD, Nicholas. *Enforcing a Dispute Boards' Decision: Issues and Considerations*. Consulta en: http://www.fenwickelliott.com/node/1209.

(arbitral o judicial) por incumplimiento de contrato o en virtud de una orden de cumplimiento específico.

Al momento de elaborar un contrato de construcción, se debe analizar el derecho sustantivo y público de las normas que se utilizarán para su interpretación, y más aún la cláusula de solución de controversias, ello sumado a sus leyes procesales, entre ellas, la de arbitraje.

Ello es así, dado que si nos encontramos en una etapa de resolución de conflicto, la preocupación de las partes es que se ejecute de manera inmediata lo dispuesto por un DAB.

Las partes tienen la obligación contractual de dar inmediato cumplimiento a lo resuelto por el DB. El numeral 2 del artículo 5 del Reglamento ICC, establece que «Una Decisión es obligatoria para las Partes desde el momento de su recepción. Las Partes deben cumplirla sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo […]». Asimismo, la subcláusula 20.4 del Libro Rojo Fidic señala que: «La decisión deberá ser vinculante para ambas Partes, que deberán ponerla en ejecución de inmediato [...]».

Esto quiere decir que no cumplir con la «decisión» efectuada por el DAB sin demora, es una violación de los términos del contrato. Incluso se debe de cumplir si apareciese una notificación de desacuerdo. No cumplir una «decisión», deviene en un incumplimiento contractual.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando uno plantea su desacuerdo con la «decisión»?

El Reglamento ICC, así como el Libro Rojo Fidic, al referirse al acto de disconformidad de una parte con la «recomendación» o «decisión», lo denominan «*Dissatisfaction*» que, si bien refleja el supuesto de hecho a que hacemos referencia, al momento de traducirlo al español no se puede tomar en una traducción literal. Por ello, de acuerdo a lo

señalado en el Diccionario de la RAE,[385] la palabra más conveniente que comprende este supuesto es la de «desacuerdo».

Es justamente un desacuerdo lo que presenta una parte al momento de emitir una notificación de disconformidad a las partes y al DB. Siendo que la parte que presenta un desacuerdo contra la «determinación», por medio del arbitraje, considera que se va a reparar la «decisión» injusta que ha vulnerado de manera expresa sus derechos contractuales o para tratar de retardar los efectos de la «decisión» sobre dicha disputa.

Cabe señalar que el desacuerdo con respecto a la «decisión» no afecta la ejecución de la misma. El aviso sólo mantiene el conflicto abierto para su posible revisión y resolución final por un medio jurisdiccional.

En el caso del Reglamento ICC, se establece de manera expresa que en todos los tipos de DB, la parte que esté en desacuerdo con una «determinación» debe, dentro de un plazo de treinta (30) días contados a partir de su recepción, remitir a su contraparte y al DB una notificación escrita mediante la cual ponga de manifiesto su desacuerdo, sumándole las razones que motivan su desacuerdo.[386] Sin perjuicio de haber notificado su desacuerdo, las partes deben seguir cumpliendo la «decisión», según el numeral 3 del artículo 5 de dicho reglamento.

Lo señalado nos deja en claro que una «decisión» emitida por un DAB es vinculante sin que comience un arbitraje, por lo que no es correcto denominarla provisionalmente vinculante.[387]

---

385 Diccionario de la RAE. «Desacuerdo.- Discordia o disconformidad en los dictámenes o acciones». En http://dle.rae.es/?id=CMHr3kg&o=h.

386 Numeral 5 del artículo 4 y 5 del Reglamento ICC.

387 Buyse, William. «*Efficiency of Dispute Boards & Enforceability of DAB decisions*». En *Forum The Dispute Resolution Board Federation*, 2012, vol. 16, Issue n.° 4, p. 21.

Bajo esa línea, en la subcláusula 20.4 del Libro Rojo Fidic se establece que la «decisión» deberá ser vinculante para ambas partes, que tendrán que ponerla en ejecución de inmediato, salvo y hasta que sea revisada mediante acuerdo amistoso o laudo arbitral.

Además, cuando la o las partes presentan su aviso de disconformidad, la parte afectada puede someter este incumplimiento a arbitraje, conforme a la subcláusula 20.6:

> Salvo que se resuelva amistosamente, cualquier conflicto con respecto al cual la decisión de la MRC (en su caso) no haya llegado a ser definitiva y vinculante deberá resolverse finalmente a través de un procedimiento de arbitraje internacional. Salvo que se acuerde de otro modo entre ambas Partes:
> a) el conflicto será resuelto finalmente de acuerdo con las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio,
> b) el conflicto será resuelto por tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas Normas,
> c) el arbitraje se desarrollará en el idioma definido en la Subcláusula 1.4 [Legislación e idioma].
>
> El o los árbitros tendrán plenos poderes para reabrir, analizar y revisar cualquier certificado, decisión, instrucción, opinión o valoración del Ingeniero, así como cualquier decisión de la MRC con relación al conflicto. Nada inhabilitará al Ingeniero para ser llamado como testigo y presentar prueba ante el árbitro o árbitros sobre cualquier asunto que, de alguna manera, sea relevante para el conflicto.
>
> Ninguna de las Partes se verá limitada en el procedimiento ante el árbitro o árbitros a las pruebas o argumentos previamente sometidos ante la MRC para obtener su decisión, o a los motivos de disconformidad indicados en su notificación a este respecto. Cualquier decisión de la MRC será admisible como prueba en el procedimiento de arbitraje.
>
> Ninguna de las Partes se verá limitada en el procedimiento ante el árbitro o árbitros a las pruebas o argumentos previamente sometidos ante la MRC para obtener su decisión, o a los motivos

> de disconformidad indicados en su notificación a este respecto. Cualquier decisión de la MRC será admisible como prueba en el procedimiento de arbitraje.

De acuerdo a esta subcláusula, en el caso de emitir una notificación de desacuerdo y no acudir al arbitraje para la revisión de la «decisión», se estará en el limbo y sólo será vinculante, para lo cual debe remitirse a lo dispuesto en la subcláusula 20.6. Lo que significa que, si alguna de las partes envía notificación escrita a su contraparte y al DAB manifestando su desacuerdo con la «decisión», en el plazo de veintiocho (28) días contados a partir de su recepción, la «decisión» sería vinculante, pero no final. Adicionalmente, los árbitros tendrán plena facultad para abrir, revisar y modificar cualquier «decisión» de la DAB.

Finalmente, consideramos que el desacuerdo con una «decisión» debe ser considerado la excepción de la regla, teniendo en cuenta que la parte que notifica su desacuerdo va a tener que asumir los costos de un futuro arbitraje, a sabiendas de que la «decisión» va a ser presentada como prueba plena en el arbitraje.

Owen y Totterdill,[388] presentan las interrogantes que la parte en desacuerdo debe tener en cuenta:

- Exactamente, ¿por qué está usted en desacuerdo?
- ¿Cuáles son las consecuencias a largo plazo de aceptar o impugnar la «decisión»?
- ¿Existe una posibilidad real de que un tribunal arbitral llegue a una decisión diferente?
- ¿Se puede dar una solución a la disputa que podría ser aceptada por la otra parte?

Las preguntas son válidas, en vista de que en el futuro ha de analizarse cuál es la situación real de la disputa.

---

[388] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 133.

El desacuerdo es una realidad. Por ello, consideramos necesario implementar plazos perentorios que tiene la parte disconforme para acudir a un arbitraje una vez que se formule el aviso de disconformidad. Ya que, al establecer un plazo de ese tipo, se eliminaría la oportunidad de poder dilatar la ejecución de la «decisión».

Asimismo, consideramos que las partes deben tomar dicho aviso y adecuarlo a la situación más ventajosa para las partes, en vista del principio de cooperación, tomando este desacuerdo como un incentivo para formular una nueva negociación en vista del problema a futuro, consistente en la incertidumbre del arbitraje.

2.3.3.2. Incumplimiento de una decisión

El incumplimiento de una «decisión» es una realidad; no podemos ser indiferentes y mucho menos tratar de no mencionarlo. Cuando se piensa en el incumplimiento de la «decisión», automáticamente se piensa en que el DB es ineficaz, pues todo al final se va a ver en arbitraje.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que éste es un argumento que no analiza de manera eficiente el contexto donde se constituye un DB.

Al principio, al momento de firmar un contrato de construcción y adoptar un DAB, las partes saben que contractualmente están obligadas a cumplir con las «decisiones» que éste emita. Si alguna parte decide incumplir lo señalado por el DAB, lo único que está generando es un incumplimiento contractual.

De acuerdo a Owen y Totterdill,[389] la parte que firma un contrato a sabiendas de que contiene una cláusula de DAB, tiene la obligación moral y de buena fe, para cumplir con el requisito del contrato y aplicar la «decisión». Si no está preparada para cumplir con sus obligaciones,

[389] *Idem,* p. 133.

entonces no debería suscribir un contrato incluyendo la instalación de un DAB.

El DB si bien no tiene jurisdicción, como lo hemos explicado, adquiere autoridad por el acuerdo y voluntad expresa que han tenido las partes al momento de saber que se van a acatar a todas las «decisiones» que emita un DAB. Por ello, la parte que incumpla va a ser responsable de asumir las sanciones establecidas en el contrato.

Cuando exista un incumplimiento, la parte interesada podrá acudir directamente al arbitraje, si así lo pactaron las partes, demandando la ejecución de la «decisión». Para ello, es necesario que se utilicen los remedios frente al incumplimiento de una «determinación», los cuales son, por ejemplo, el cumplimiento forzoso, la indemnización de daños y perjuicios, el establecimiento de penalidades o la resolución por incumplimiento. El análisis del incumplimiento bajo la normativa peruana será estudiado en el tercer capítulo de la presente investigación.

De acuerdo al numeral 4 del artículo 5 del Reglamento ICC, si alguna de las partes no cumple con una «decisión» cuando sea requerida para ello, la otra parte puede someter este incumplimiento directamente a un arbitraje o a cualquier tribunal de jurisdicción competente.

Sin embargo, existe una peculiaridad en el caso del Libro Rojo Fidic, siendo que en el mismo se hace una diferenciación entre el tipo de decisiones que el DB puede emitir. Las «decisiones» son vinculantes, pero las mismas pueden ser finales o no.

La afectación de incumplimiento está prevista bajo dos supuestos, el primero es cuando la «decisión» es final y vinculante, para lo cual nos remitimos a la subcláusula 20.7; y el segundo supuesto es cuando la «decisión» es vinculante y no final, para ello es necesario remitirnos a la subcláusula 20.6.

Cuando se incumple una «decisión» final y vinculante, la parte afectada puede remitirse para su cumplimiento conforme lo estipula la subcláusula 20.7, que a la letra dice:

> En el caso de que:
> a) ninguna de las Partes haya notificado su disconformidad en el plazo especificado en la Subcláusula 20.4 [Solicitud de Decisión de la MRC],
> b) la decisión de la MRC (en su caso) haya llegado a ser definitiva y vinculante, y
> c) una de las Partes incumple dicha decisión,
>
> la otra Parte podrá, sin perjuicio de cualquier otro derecho que pueda tener, someter este incumplimiento a arbitraje en virtud de la Subcláusula 20.6 [Arbitraje]. La Subcláusula 20.4 [Solicitud de Decisión de la MRC] y la Subcláusula 20.5 [Acuerdo Amistoso] no deberán aplicar en este caso.

En este supuesto, el tribunal arbitral no tiene la facultad de examinar, abrir y cambiar la «decisión» del DAB. Asimismo, se debe cumplir con los tres requisitos expuestos en dicha subcláusula para recurrir directamente al arbitraje.

En caso la «decisión» sea final y vinculante, el tribunal arbitral solamente puede hacer referencia sobre el incumplimiento de la parte respecto a la «decisión» del DAB, no va a considerar los méritos del caso, o fundamentar si la «decisión» fue o no la correcta.

En cambio, en el caso de la subcláusula 20.6, se puede apreciar que, si se incumple una «decisión» únicamente vinculante, el tribunal arbitral podrá examinar la «decisión» del DAB, analizando si la misma fue adecuadamente tomada y si debe ser implementada. En ese caso, si se concluye que la «decisión» debe ser implementada, en el laudo se debe ordenar la ejecución de la misma.[390]

---

[390] *Idem*, p. 137.

Ahora bien, ¿qué sucede si una parte intenta ejecutar una «decisión» cuando la contraparte ha presentado un desacuerdo frente a la «decisión» e incumple con ejecutarla? ¿Qué puede hacer la parte afectada para exigir el cumplimiento de la ejecución de la «decisión» emitida por un DB?

Al respecto, consideramos que existe un vacío frente a este supuesto, al no existir una subcláusula que permita la ejecución de «decisiones» vinculantes pero no finales, debido a que el Libro Rojo no aborda dicho supuesto, dejando a las partes sin una solución que aborde este supuesto.[391]

De una revisión de la subcláusula 20.7, uno no puede recurrir a un tribunal arbitral para ejecutar directamente la «decisión» emitida, puesto que hay desacuerdo de una parte. Además, en el supuesto de que las partes presenten un aviso de disconformidad, la «decisión» es vinculante, pero no final, y la subcláusula 20.7 es sólo aplicable a las «decisiones» finales y vinculantes.

Por otra parte, el procedimiento para los casos de disconformidad previstos en la subcláusula 20.5 y 20.6, no contemplan el incumplimiento de una de las partes. Dicho procedimiento está pensado para la revisión por parte de un tribunal arbitral, teniendo en cuenta que dicha revisión no está pensada como una apelación sino como un «nuevo caso», pudiendo presentar nuevas pruebas o argumentos, al establecer que «[n]inguna de las Partes se verá limitada en el procedimiento ante el árbitro o árbitros a las pruebas o argumentos previamente sometidos ante la MRC para obtener su decisión, o a los motivos de disconformidad indicados en su notificación a este respecto»; y no para solicitar la ejecución de las decisiones emitidas por un DB.

---

[391] Bunni, Naël. *The Gap in Sub-Clause 20-7 of The 1999 Fidic Contracts for Major Works*. Consulta en: http://bit.ly/1j7dYYg.

En ese sentido, existe un vacío contractual en caso se pacte la aplicación del Libro Rojo Fidic, en los supuestos en que una parte presente una notificación de desacuerdo y además se incumpla la «decisión» vinculante.

Sin embargo, estimamos que este vacío se puede suplir mediante una interpretación sistemática de las subcláusulas del Libro Rojo Fidic. Ya que si nos encontramos bajo el incumplimiento de una «decisión» y con un aviso de insatisfacción de por medio, nosotros consideramos que sí se puede acudir a un arbitraje, para lograr que la «decisión» se convierta en final y vinculante.

En el mismo sentido, no se debería solicitar un laudo definitivo sobre el incumplimiento, porque la «decisión» sólo es «vinculante» y no es «vinculante y final», por lo que la contraparte puede desconocer muy fácilmente la decisión del árbitro por considerarla fuera de su competencia. Sino, lo que la parte debe hacer exigible la «decisión» vinculante, pero no final mediante la vía de laudo provisional (no es un fallo definitivo), a la espera del resultado del arbitraje, como resultado del aviso de desacuerdo. Esto podría conducir a una sentencia definitiva diferente de la «decisión» del DAB.

En tal sentido, Buyse[392] señala que lo anterior se trata de dos arbitrajes distintos. El primero indica el incumplimiento de la «decisión» sin revisión del fondo de la misma; mientras que en el segundo arbitraje se emitirá un laudo final después de examinar el fondo de la «decisión».

Debemos tomar lo señalado por Buyse como un respaldo al cumplimiento de una «decisión» que solamente es vinculante, y es que al emitir un laudo provisional se quiere dejar en claro que más allá de una notificación de desacuerdo, debe primar el contrato entre las partes, lo cual está concordado en el principio *pacta sunt servanda*.

---

[392] Buyse, William. *Op. cit.*, p. 21.

En ese sentido, si bien el incumplimiento de una «decisión» vinculante y no final se circunscribe a un supuesto específico (Libro Rojo Fidic 1999), nos va a ayudar a darnos cuenta de que muchas veces las personas tienden a utilizar el derecho a su conveniencia, haciendo caer en error hasta a los más expertos.

Por ello, al ser el DB una figura eminentemente contractual, el consejo a seguir es que una vez que las partes elaboran las reglas y el procedimiento del DAB no dejen un vacío legal y traten de ponerse en todos los supuestos posibles, como lo hizo el Libro Oro Fidic, que establece expresamente en su Subcláusula 20.9, que una de las partes podrá someter directamente a arbitraje el incumplimiento de una «decisión» del DAB, ya sea «vinculante» o «definitiva y vinculante».

2.3.4. Notificación de la determinación

Es importante resaltar que el plazo de notificación que tienen los adjudicadores y las partes para poder recibir una «determinación», es el mismo para todas las disputas, encontrándose estipulado desde un principio. Ello puede traer consigo detractores, al señalar que los adjudicadores no siempre van a requerir el mismo plazo o que el tiempo no es el adecuado para un conflicto que es sumamente complejo.

Queda claro que, tanto las partes como los adjudicadores, van a ser conscientes, desde el momento en que se firma el Acuerdo Trilateral, sobre cuál es el plazo que tienen para poder emitir una «determinación».

Por otro lado, al momento de encontrar estas críticas, sobre el plazo preestablecido, consideramos que ellas se derivan del hecho de que no se entiende la figura del DB en su mayor contexto. Los adjudicadores no sólo resuelven conflictos, sino que acompañan la obra desde su inicio, conociendo cada detalle mediante informes mensuales presentados por las partes y visitas a la obra. Por ello, cuando se presenten las disputas, éstas ya han sido conocidas, analizadas y examinadas por el adjudicador.

En tal sentido, en el caso del laudo, el plazo para su emisión se encuentra reconocido en el Acta de Instalación o, en algunos casos, en la cláusula arbitral; sin embargo, en el marco del DB este supuesto es diferente.

Se debe tener en consideración que los árbitros no conocen el motivo de la disputa y que la misma tiene que ser presentada por las partes, la cual pasa por diversas etapas en el arbitraje; y, una vez que se ha culminado con la presentación, queda a discreción de los árbitros emitir una resolución cerrando instrucción del arbitraje y dando por iniciado el plazo para emitir el laudo.

Por lo tanto, consideramos que fijar un plazo previo para el arbitraje no es la opción más idónea, puesto que puede suceder que las partes no tengan un tiempo suficiente para defender sus posiciones, vulnerando el debido proceso o, al tener que emitir un laudo dentro de dicho plazo, tenga que acortar etapas en el arbitraje o abstenerse de actuar pruebas que pueden ser realmente necesarias.

En el caso de una «determinación», los adjudicadores conocen el motivo del nacimiento de la controversia; además, las partes pueden haber acordado el plazo fijándolo expresamente o bien remitiéndose al contenido de un reglamento de DB o modelo contractual al que las partes se hayan remitido. Si por alguna razón, el adjudicador no logra notificar la «determinación» en el plazo establecido, se debe aplicar una extensión al plazo, como en el caso del arbitraje, otorgando seguridad a las partes para que no existan futuros malentendidos.

Actualmente nos encontramos en un mundo donde la tecnología debe ser usada a modo de facilitar la convivencia entre las personas. Como bien señalan Owen y Totterdill, para la notificación inicial de una «determinación», a efectos de cumplir con este requisito, es viable la utilización de medios electrónicos, como el correo electrónico, solicitando el DB la confirmación de lo recibido. Posteriormente, se puede

remitir las copias en físico debidamente firmadas a las partes y a sus asesores designados.[393] Cada miembro del DB mantendría una copia original firmada por los adjudicadores.

Si bien los reglamentos del DB son similares, la única diferencia consiste en los plazos para emitir su decisión. El Reglamento ICC establece como plazo para emitir la «determinación» de noventa (90) días y en el caso del Libro Rojo Fidic el plazo es de ochenta y cuatro (84) días, ambos contados desde la presentación de la sumisión formal de la controversia.

Asimismo, el Reglamento ICC incluye una provisión innovadora, donde las partes pueden acordar la revisión de las «determinaciones» por el *ICC DB Centre*. El *ICC DB Centre* debe finalizar su examen en el plazo de treinta (30) días siguientes a la recepción de la decisión o al pago de los gastos administrativos. No obstante, si un plazo adicional es necesario para este examen, se notificará por escrito al DB y a las partes, antes de que expiren los treinta (30) días, precisando la nueva fecha en la que el Centro habrá finalizado su examen.[394] Cabe hacer la precisión de que el Centro solamente ordenará las modificaciones en cuanto a la forma de la decisión, conforme lo establece el artículo 21 del Reglamento ICC.

Por otra parte, en el Reglamento AAA establece que la «recomendación» del DB debe ser emitida en un plazo de catorce (14) días después de llevada a cabo la Audiencia Final.[395] En cambio, en el Reglamento DRBF no se especifica ningún plazo para la emisión de la «determinación»; sin embargo, afirma que la «determinación» del DB debe ser expedida tan pronto como sea posible después de la audiencia final.[396]

---

[393] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.*, p. 115.
[394] Artículo 21 del Reglamento ICC.
[395] Reglas de la AAA, cláusula 1.04.I.
[396] Reglas del DRBF. Artículo G.1., Apéndice 2A.

El plazo para la emisión de la determinación puede estar estipulado en el Acuerdo de DB o en el Acuerdo Trilateral. En todo caso, las partes y el DB deberán ser flexibles con el tiempo necesario para preparar una «determinación».

Es claro que el tiempo requerido para tomar una «determinación» y la preparación de un escrito motivado, dependerá de la complejidad de la controversia. Por ejemplo, una disputa sobre retrasos relacionados con el tiempo va a requerir un plazo más extenso que una sobre la interpretación de una cláusula contractual.

Una vez emitida y notificada la «determinación», las partes son libres de elegir el camino a tomar. Pueden dar por finalizada la controversia o remitirla a arbitraje, siempre y cuando se cumpla con los requisitos expuestos.

La función del adjudicador, respecto a la disputa sometida un procedimiento de solución de disputas, concluye con la emisión de la «determinación», salvo para los casos en que se soliciten aclaraciones, correcciones de error material o de cálculo, o suplir omisiones sobre puntos accesorios o vinculados con alguna disputa planteada.

2.3.4.1. Notificación de la determinación fuera del plazo

¿Qué pasaría si la «determinación» es notificada fuera del plazo establecido por las partes o bajo lo establecido en un reglamento institucional?

Es posible que a última hora pueda existir un evento de fuerza mayor. Dos adjudicadores tranquilamente pueden suscribir la «determinación», especificando que el tercer adjudicador está de acuerdo y que ha sido suscrita en mayoría o que posteriormente va a emitir su decisión particular, pero que ha sufrido un retraso por un evento de fuerza mayor.

No consideramos correcto que un adjudicador se excuse bajo el argumento de que necesitan mayor información para emitir su «determinación», pues ha podido solicitar una prórroga razonable y, por otro lado, ha debido tener una actuación diligente con respecto a la disputa a resolver.

Como hemos señalado, son distintas realidades, pero el efecto es similar. Si en un arbitraje el laudo es notificado de manera extemporánea, en nuestra legislación arbitral, es una causal de anulación.[397] Además, si el laudo se anula por esta causal, puede iniciarse un nuevo arbitraje, se entiende que ante el mismo tribunal arbitral, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia expidiendo un nuevo laudo; o, tratándose de un arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.[398]

Como se ha podido observar, el incentivo para los árbitros es que su laudo no sea anulado, creando un mal precedente en sus actuaciones, donde un árbitro estando en un mercado tan corto, tales circunstancias podrían costarle futuras designaciones. Y lo más importante es la sanción, en el sentido de que todo lo actuado no generaría derecho.

Sin embargo, en el caso de los DB, nos preguntamos si es tan importante que la notificación de la «determinación» no sea extemporánea. ¿Ello generaría que la «determinación» pueda ser observada posteriormente?

Consideramos que frente a una notificación fuera del plazo establecido, existen dos posibilidades. La primera, es que las partes, independientemente de la notificación extemporánea, decidan cumplir con lo

[397] Literal g) del numeral 1 del artículo 63 del DLA.
[398] Literal f) del numeral 1 del artículo 65 del DLA.

establecido por el DB, con lo cual, no existiría disputa alguna sobre la notificación. La segunda, es que alguna de las partes esté disconforme con la «determinación» elaborada por el DB, en ese sentido, la parte disconforme tiene expedito el derecho para remitir a la contraparte y al DB su desacuerdo frente a la «determinación», ello generaría que la «determinación» no tenga efectos, y las partes puedan recurrir de manera directa a un arbitraje para que revise la disputa primaria.

Además, en base a lo que hemos expuesto, consideramos que las partes al momento de establecer las reglas deberían establecer una solución específica para el caso; y es que debemos recalcar que una de las ventajas del DB es la celeridad para justamente solucionar disputas urgentes. Así, no consideramos que el DB haya fracasado por completo por emitir una «determinación» extemporánea, pero las partes deben ser conscientes del contexto de esta emisión tardía. A menos que el DB tenga una buena razón para la demora, habrá incumplido su contrato con las partes.[399]

Finalmente, consideramos que la falta de pago puede ser una causal de suspensión del plazo para la entrega de la «determinación» y que ésta no se considere fuera del plazo, siendo que se considera justificado que, si las partes no han efectuado el pago de los honorarios de los adjudicadores en la etapa de solución de disputas, antes de que se dicte la «determinación», los mismos pueden confirmar que la «determinación» está lista y será entregada tan pronto como reciban el pago de sus honorarios.[400]

2.4. Arbitraje y litigios

En la actualidad, los contratos de construcción prevén un sistema escalonado para la resolución de controversias.

---

[399] Owen, Gwyn y Brian Totterdill. *Op. cit.,* p. 116.

[400] *Ibidem.*

En primer lugar, se debe reconocer que el arbitraje actúa con carácter complementario, esto es, debido a que se busca que la solución de las disputas esté bajo el manto del DB y no de un tribunal arbitral.

Es por ello que se establece un procedimiento en el que la disputa se remite de carácter facultativo al DB, siendo su «decisión» vinculante para las partes. Subsidiariamente, si alguna de las partes no está satisfecha con la solución dada, o desean dar cumplimiento a una «determinación», se remiten a un arbitraje. Con lo cual se puede entender que el DB es un procedimiento prearbitral.

Esta condición *sine qua non* del procedimiento prearbitral, se debe cumplir incluso cuando se ha iniciado el arbitraje; y si surgen nuevas controversias, no es el árbitro quien debe resolver, sino el DB. En caso decidieran, estarían actuando excediendo sus facultades,[401] de lo contario, el laudo arbitral podría ser inejecutable por incongruencia, conforme lo señala en el ámbito nacional el literal d) del artículo 63 del DLA,[402] y en el ámbito internacional lo señalado en el literal c) del numeral 1 del artículo v) de la Convención de New York.[403]

Al respecto, podemos enfatizar que se debe discernir entre la naturaleza de un laudo arbitral y una «decisión» emitida por un DB, la cual

---

[401] REIG, Isabel. *Op. cit.*, p. 547.

[402] «Artículo 63.- Causales de anulación.- […]
d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión».

[403] «Artículo v.- 1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: […]
c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras».

no es susceptible de ser ejecutada en virtud de la Convención de Nueva York.

El ejemplo por excelencia de modelo estándar de una cláusula escalonada en la resolución de conflictos, son los contratos Fidic.

En la subcláusula 20 del Libro Rojo Fidic, que hemos nombrado en la presente investigación, se establece al DAB como una condición previa al arbitraje, que mediante la subcláusula 20.7 se señala que cuando una «decisión» es definitiva y vinculante, y si una de las partes no cumple con la «decisión», la otra podrá, sin perjuicio de que pueda tener otro derecho, someter este incumplimiento a arbitraje.[404]

Lo que debemos hacer, para poder aclarar cuál es la finalidad o el alcance de una «decisión» del DB, es analizar la competencia que tiene el tribunal arbitral; ya que, hemos hecho mención a que, bajo el principio de libertad de contratación y autonomía de la voluntad, la «decisión» sólo es vinculante como una cuestión del contrato entre las partes. Si una de ellas incumple lo resuelto por el DB, se requiere que su ejecución se lleve a cabo mediante una orden de cumplimiento específica de un tribunal de jurisdicción competente.

¿Cuál es la competencia de un tribunal arbitral?

Existen dos situaciones posibles en las que una «determinación» emitida por un DB podría ser seguida por arbitraje. La primera, es cuando la disputa resuelta por el DB es vinculante y su desacuerdo por una parte es remitido al tribunal arbitral; y la segunda, cuando la «decisión» es vinculante y final, produciéndose un incumplimiento de la «determinación» que puede dar lugar a una controversia que se somete a arbitraje.

---

[404] Consulta en: Gillion, Fred. «Enforcement of DAB decisions». En *The International Construction Law Review*, 2011.

En primer lugar, analizaremos las situaciones bajo el supuesto del Reglamento ICC.

En base a la primera situación, referida al desacuerdo de una «determinación», la ICC señala que si una de las partes envía dicha notificación escrita manifestando su desacuerdo con la «recomendación» o «decisión», ésta se resolverá definitivamente mediante arbitraje. Esto se establece conforme el numeral 6 del artículo 4 y 5, respectivamente sobre el DRB y el DAB.

En la segunda situación, la ICC establece que si una parte no cumple una «determinación» obligatoria o una «decisión» obligatoria, la otra parte puede someter este incumplimiento a arbitraje; ello, conforme al numeral 4, artículos 4 y 5, respectivamente sobre el DRB y el DAB.

Por último, el Reglamento ICC establece nuevas causales por las cuales cualquiera de las partes puede remitir su controversia directamente a arbitraje. La primera es cuando un DB no emite su «determinación» en el plazo previsto por las partes o por el mismo reglamento y la segunda situación es cuando el DB quedó disuelto conforme al Reglamento antes de la emisión de una «determinación».

En ese sentido, podemos observar que la ICC prevé que, respecto a la primera causal, se trata de salvaguardar los intereses de las partes, ya que no tendría sentido la emisión de una nueva «determinación», conociendo la opinión previa de los adjudicadores si nuevamente se remite dicha disputa en un DB. Y, respecto a la segunda nueva causal, al verse disuelto el DB, la salida más práctica es remitir las controversias a un arbitraje, hasta que se constituya el nuevo DB.

En cambio, bajo las condiciones del Libro Rojo Fidic, respecto al primer supuesto, si una de las partes no está satisfecha con la «decisión» del DAB, debe emitir una notificación de desacuerdo que luego puede ser sometida a arbitraje.

La citada subcláusula establece que, si se notificó el desacuerdo de la «decisión» y la solución amistosa no ha dado lugar a la solución de la disputa, es viable que la disputa pueda ser sometida a un arbitraje conforme a las reglas de la ICC. Si bien el tribunal arbitral puede revisar y modificar la «decisión» emitida por DAB, no es la «decisión» *per se* la que se somete a arbitraje, sino la misma controversia que fue remitida a la DB.

El penúltimo párrafo de la subcláusula 20.6 permite que la «decisión» emitida por el DAB sea admisible como prueba en el arbitraje, precisándose que el adjudicador no puede ser designado como árbitro o como testigo. Ello tiene lógica, debido a que su opinión previa para resolver una disputa no generaría, imparcialidad al momento de discutir la controversia en arbitraje.

Sobre el segundo supuesto, la «decisión» estando en una posición de vinculante y final para las partes, una de las partes incumple su ejecución, para ello es necesario acudir a un tribunal arbitral para que se proceda a emitir una resolución ejecutiva.

La doctrina ha subrayado que el tribunal arbitral competente ante la demanda por incumplimiento de la «determinación», no revisará los méritos de la disputa y mucho menos reexaminará la «determinación».[405] Los árbitros tienen un alcance limitado. La «determinación» del DB podría incorporarse a un laudo arbitral posterior y así lograr su ejecutabilidad.[406]

Como analizamos anteriormente, Fidic remite el presente supuesto de hecho bajo la normativa de la subcláusula 20.7, donde posibilita remitir directamente a arbitraje el incumplimiento de una «decisión» emitida por el DAB.

---

[405] Jenkins, Jane y Simon Stebbings. *International Construction Arbitration Law (Arbitration in Context Series)*. Londres-La Haya: Editorial Kluwer Law International, 2006, p. 124.

[406] Wöss, Herfried. *Op. cit.,* p. 19.

Por último, el recurso al arbitraje debe ser declarado con cuidado para asegurarse de que la reparación apropiada y aplicable se solicita en virtud de la cláusula de Fidic correcta.

Como puede apreciarse, el DB y el arbitraje no pueden verse de forma separada, sino debe analizarse ambos de manera conjunta, ya que su utilización en la práctica se da de manera complementaria.

Tercer Capítulo
Los *Dispute Boards* en el Perú

El DB está arraigado al sector de la construcción e infraestructura. Siendo uno de los motores en la economía del Perú, se debe de buscar que su desarrollo sea eficiente y dinámico, lo cual va a traer mayor inversión y estabilidad económica. Por lo mismo, consideramos necesario explicar históricamente cuál ha sido la postura de los gobiernos peruanos frente a la inversión privada y pública, ya que de ahí se desprende cuál es el estado actual del sector construcción e infraestructura sobre la base de una economía social de mercado.

A mediados del siglo xx, la actuación del Estado peruano en la economía era principalmente pasiva. El Estado se limitaba a mantener determinadas condiciones básicas de estabilidad política para mantener el crecimiento económico, principalmente basado en la exportación de materias primas.[407]

En los años sesenta, Juan Velasco Alvarado, quien en ese momento era el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, encabezó un golpe de Estado el 3 de octubre de 1968 contra el presidente Fernando Belaunde Terry, quien fue electo democráticamente. En esta etapa, el gobierno dispuso políticas nacionalistas e intervencionistas. El Estado se encargó de intervenir en la mayoría de actividades económicas. Fundamentalmente, se puede decir que el régimen militar se relaciona con el estudio de la teoría del *Public Choice*: Antes de preponderar los incentivos económicos, son las consideraciones políticas las que priman

[407] Cabree, Jon. *Alan García en el Poder*. *Perú 1985-2000*. Lima: Peisa, 2005, p. 15.

en la decisión final de contratar a un nuevo trabajador público.[408] Una de las consecuencias de su lógica populista fue la creación de empresas dirigidas a los sectores que mayores beneficios políticos puedan darle al gobierno. En consecuencia, los resultados económicos no fueron para nada auspiciosos.

Cerca de ciento setenta y cinco (175) empresas públicas fueron creadas durante el gobierno de Velasco. La gran mayoría se dio por las expropiaciones a empresas privadas, generando un incremento de trabajadores en la planilla pública en 83%.[409] Sin embargo, los ingresos obtenidos por las empresas públicas fueron mermando, generando pérdidas acumuladas para el año 1979, las cuales alcanzaron la cifra de US$2,481 millones.

Posteriormente, en los años ochenta, el gobierno de Alan García Pérez trajo consigo una política pública que no rompía lo vivido en la época del gobierno militar, sino más bien se dio mayor fuerza a la planificación estatal y a la intervención del Estado en actividades económicas, al punto de intentar estatizar la banca y generar la mayor inflación de la historia que ha vivido el Perú.[410] Al finalizar el año 1987 la inflación era ya galopante y llegó al 114.5%. A la vez, teníamos una economía detenida y la balanza de pagos tenía un saldo negativo de 521 millones de dólares americanos. La consecuencia de esta situación, fue la insolvencia de dólares en el mercado y el incremento de su valor de cambio.[411]

En los noventas, la que podríamos considerar como la última época del intervencionismo estatal, el gobierno concluyó liquidar prácticamente todo tipo de mecanismo enrevesado de intervención que se

---

[408] *La aventura empresarial del Estado en la década de 1970*. Instituto Peruano de Economía Consulta en: http://ipe.org.pe/?p=13529.

[409] *Ibidem.*

[410] Cabree. *Op. cit.*, p. 17.

[411] Visualizar documento en: http://es.scribd.com/doc/60316416/Alan-Garcia-1985-1990.

había instalado en el mercado, primero en el gobierno militar y luego en el gobierno de García Pérez, aniquilando más que todo los controles de precios y suprimiendo todos los entes estatales que interferían con el sector privado; y es ahí que se emprende el cambio realmente anhelado de privatización de todo el sector empresarial del Estado.

Los cambios que sufrió el Estado han sido evidentes, pasando de un Estado intervencionista a un Estado regulador, en el cual se desea generar un ambiente propicio para la inversión privada, y que sea ésta la que proporcione la gran mayoría de los bienes y servicios que requieren los peruanos.[412]

En el reporte de Competitividad Global del *World Economic Forum* 2011-2012, el Perú alcanzó junto a otras economías del primer mundo, la primera ubicación a nivel mundial en el control de inflación, importantísimo ranking debido a la crisis económica mundial del año 2008. El reporte señaló que los países que se sitúan en las primeras ubicaciones registraron una tasa de inflaciones promedio anual de entre 0.5 y 2.9% en el año 2010. Asimismo, respecto a la estabilidad macroeconómica, el Perú ha avanzado del puesto 75 al puesto 52, mejora que contribuyó a su estabilidad monetaria. El Perú avanzó seis puestos en la edición 2011-2012 del ranking de Competitividad Global; en el 2009 también había mejorado cinco posiciones. Por lo que se puede decir que el Perú integró la primera mitad del mundo en términos de competitividad.[413] Según el WEF la economía peruana está basada en la eficiencia (*Efficiency Driven* o de nivel 2), es decir, que ya no se basa únicamente en la simple dotación de los factores productivos (*Factor Driven* o de Nivel 1), sino en la forma en que éstos se articulan entre sí.[414]

---

412 Fernández-Baca, Jorge. *Experiencias de Regulación en el Perú*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2004, p. 38.

413 Nota Informativa: Banco Central de Reserva de fecha 8 de septiembre de 2011.

414 El Despegue del Perú, Aportes de la Inversión Privada en Infraestructura. Universidad ESAN. 2011. Elaborado por: Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN), p. 33. Consulta en: http://bit.ly/VuG7DF.

Lamentablemente, esta mejoría en los estándares económicos mundiales no se ve reflejada en relación a la infraestructura. La WEF señala que la mejora del Perú en relación a la construcción de infraestructura es lenta, por lo que nos brinda un puntaje de 3.47, y nos sitúa en la posición 88 de 139 países.[415] Existe un desbalance en cuanto a la visión del mundo en relación a nosotros como país emergente y lo que nuestra infraestructura refleja *per se*. Aschauer[416] plantea la siguiente pregunta: ¿hay alguna relación entre ellos? Es un consenso de personas que opinan que el invertir en infraestructura, a pesar de representar presiones para el incremento del gasto público, tiene un efecto positivo sobre la productividad y el crecimiento económico.

La investigación realizada por la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional, reveló que las pocas inversiones en algunos sectores claves, han hecho que la brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos en el país haya ascendido a 87,975 millones de dólares para el período 2012-2021.[417]

Por lo mismo, gracias a un progreso económico que ha sentado las bases para el desarrollo de grandes obras de infraestructura, ejecución de sedes corporativas e industriales, el Perú cuenta con las perspectivas de desarrollo necesarias para poder cortar la brecha de infraestructura.

---

[415] Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional. *Op. cit.,* p. 34.

[416] Aschauer, David Alan. «Does Public Capital Crowd Out Private Capital?». *Journal of Monetary Economics*, 1989, vol. 24.

[417] Al respecto, en el Plan Nacional de Infraestructura elaborado por Capeco, se señala que: «La brecha de infraestructura en Telecomunicaciones es de 19,170 millones de dólares, concentrando el 21% del total al 2021, de los que 11,852 millones de dólares son en banda ancha, 4,973 millones de dólares en telefonía móvil; y 2,345 millones de dólares en telefonía fija; la brecha en Agua y Saneamiento es de 5,335 millones de dólares, concentrando el 6.1% de la inversión, donde 1,569 millones de dólares son en agua potable y 3,766 millones de dólares en alcantarillado y tratamiento de aguas servidas; y la brecha en infraestructura Hidráulica es de 8,682 millones de dólares, concentrando un 9.9%». Plan Nacional de Infraestructura. Construcción e Industria Revista de la Cámara Peruana de la Construcción. Elaborado por: Capeco, 2013, p. 26.

La construcción en el Perú, desde hace cinco años ha crecido por encima del 10% anual. Incluso en las crisis en el 2009 creció 6%, cuando la economía peruana creció poco menos del 1%. El rubro de la construcción representa alrededor del 5% del PBI nacional. Debemos tener en cuenta que esta industria es una de las que generan más empleo y tiene encadenamientos con otros sectores de la economía,[418] pero recordemos que la estabilidad económica y la jurídica son los pilares bases para la inversión del país.

Asimismo, el reto es mantener el modelo de crecimiento, atraer inversión que debe continuar con las políticas macroeconómicas que brinden sostenibilidad al país, generando confianza a los inversionistas. De acuerdo a lo que hemos presentado, es necesaria la implementación del DB, siendo un mecanismo importantísimo que lucha contra las controversias y retrasos de la obra, generando renta para ambas partes.

En el Perú, muchas veces el mecanismo del DB no ha sido entendido de manera correcta, por lo mismo que siempre se ha quedado en el camino de las buenas intenciones; justamente ello es lo que no queremos. Para nosotros, éste es un mecanismo útil que servirá de complemento al desarrollo adecuado del contrato de construcción. Estamos ante un excelente mecanismo que no le quita protagonismo a la seguridad jurídica que nos brinda el sistema arbitral, todo lo contrario, es un sistema que lo complementa. Sin embargo, el reto es poder entenderlo y aplicarlo exitosamente en cada proyecto que se quiera construir en el Perú.

Después de explicar cuál es el contexto del DB y cómo funciona, el presente capítulo está orientado a explicar el desarrollo de los DB en el Perú, enfocados desde su ámbito privado y público.

---

[418] Informe Especial: «La Construcción en los últimos 15 años». En *Constructivo*. Revista al servicio del desarrollo y promoción de la construcción, 2013, año 15, edición 90, p. 66.

Pactar un DB en el ámbito privado es viable, siendo éste consensual (sumado a su flexibilidad y la libertad contractual que existe entre las partes), como hemos explicado en el primer y segundo capítulo, siendo un ejemplo respecto a un uso eficiente de los DB. Sin embargo, debido al mismo contexto que se vive en el Perú, existen trabas y abusos que se tienen que erradicar; por lo mismo, presentaremos cuáles son los mecanismos para garantizar la eficacia y los incentivos que pueden imponer las partes para el cumplimiento de una «determinación». Además, expondremos cómo se beneficia el mercado al tener un Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (*Dispute Boards*) elaborado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

A pesar del desarrollo de un mercado privado para la construcción, el sector sigue dependiendo de la inversión pública. Por lo mismo, en el presente capítulo explicaremos el desenvolvimiento de los DB en el marco de la ley pública, cuáles son los objetivos que se enfrentan al momento de utilizar un contrato de construcción bajo la modalidad de APP y bajo la NLCE, y cuáles son los retos o mejoras que se deben dar en nuestra legislación para un desarrollo fructífero de los DB.

Por último, proponemos un manual para la reglamentación del DB en las leyes nacionales, así como la presentación de un Acuerdo de *Dispute Board* y Acuerdo Trilateral, que pueden utilizar las empresas públicas y privadas, que representará una gran ayuda para desarrollar de manera más eficiente el DB, cubriendo los vacíos legales que pueden afectar el desarrollo de la obra.

1. Ámbito privado

El desarrollo de la construcción en el ámbito privado en el Perú, ha sido imponente en los últimos años, donde se ha visto reflejado por la competitividad de las empresas, al ver una fuente comercial tan exquisita como es el sector de la construcción. Además, como hemos señalado

anteriormente, existe una brecha importante en infraestructura en el Perú, lo que genera una suma de contratos importantes entre particulares que deben ser muy bien aprovechados por las utilidades que repercuten de los mismos. Estos contratos, están enfocados a la realización de proyectos, tales como la construcción de plantas industriales, viviendas multifamiliares, centros comerciales, etc.

Al tener el carácter de agentes privados, las partes gozan de la capacidad para autorregular la esfera dentro de la cual se desenvuelven sus intereses conforme lo establece el artículo 1354 del Código Civil.[419] El precitado artículo señala que bajo el principio de autonomía privada, las partes pueden autorregular sus intereses, siempre que dicha regulación no vaya contra una norma imperativa expresa; todo ello bajo el concepto central de la autonomía de la voluntad.

Debemos tener en cuenta que la construcción es un negocio y, como tal, las partes no contratan para perder. Por lo mismo, el contrato de construcción es el soporte del negocio, el cual debe contener una adecuada concepción del negocio. Y, para maximizar ese negocio, se debe conocer el contrato. Lo que sucede en la realidad, es que recién se comienza a leer el contrato cuando se va a dar inicio a una reclamación, siendo ello, un comportamiento por demás ineficiente

La raíz de un conflicto se basa, por lo general, en una inadecuada distribución de riesgos; por ejemplo, los proyectos o contratos que se desarrollan con diseños de ingeniería, muchas veces no están completos o son inadecuados, con plazos excesivamente ajustados, así como mal presupuestados. Muchas veces estas obligaciones y riesgos son los que se quieren trasladar a la parte que ejecuta el contrato.

El mercado moderno está trasladando la mayor cantidad de riesgos al constructor, lo cual no es necesariamente negativo. Lo que está mal es

[419] Artículo 1354.- «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

que no se le dé la posibilidad de reflejar ese riesgo en su precio. Siendo éste el principio básico en todos los contratos de construcción, es que si existe un riesgo que es transferido del propietario al constructor, éste deberá esperar una ventaja compensatoria en el precio para equilibrar el riesgo asumido por éste. El reflejo del precio debe ser una respuesta en la asignación del riesgo.[420]

Los propietarios en el sector privado consideran que el único riesgo que deben afrontar es el de tener que pagar una determinada cantidad de dinero por la ejecución de un alcance de una obra o de un proyecto determinado. Lo único que se genera con este modo de ver un contrato de construcción, es que el propietario piense que el constructor es una pieza más y no un colaborador para un fin inmediato.

Por otro lado, se piensa erróneamente que la responsabilidad de parte del constructor, está en someterse a lo que plantea el propietario. Desde ahí se comienza mal, pues muchas veces se considera, sobre todo en la etapa de presupuestos de los proyectos, que las situaciones que se pueden ir detectando incluso en ese momento, se resuelvan en la etapa de ejecución del proyecto. Obviamente, lo que hace el constructor es negarse a la realidad y pretender que el conflicto no existe, siendo su estrategia la de dilatar el tema, y confiar en que esa situación desaparezca. Ese comportamiento tiene una explicación, y es que simplemente se avanza con la obra para obtener el pago de sus valorizaciones. Esa técnica no es fructífera y mucho menos elimina las controversias, demostrando un egoísmo inútil.

Todo lo anterior se construye, porque la relación contractual está basada en una asimetría o desigualdad, y esto termina generando que la disputa nazca de una inadecuada distribución de los riesgos, incrementándose sobre el desarrollo de un proyecto de construcción.

---

[420] Paredes, Gustavo. Diplomado del Derecho de la Construcción en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, abril 2013.

¿A qué vamos con todo lo explicado hasta ahora? A que la asignación de riesgos en los contratos de construcción no sólo se refleja mediante la estipulación de cláusulas contractuales, sino mediante la elección de un adecuado método de solución de conflictos. El análisis de riesgos no solamente se limita a decir en quien está en mejor condición de manejarlo, sino que el riesgo se va a asignar en aquella parte que lo puede manejar a menor costo.[421]

Y es que la conflictualidad es un paradigma real en los contratos de construcción. Por lo mismo, los problemas en el ámbito privado casi siempre se van a exteriorizar a las partes. En consecuencia, los costos establecidos en un primer momento, no van a ser los mismos una vez terminada la obra. Existen obras que tienen en marcha interminables arbitrajes.

Esta fuente de conflicto que se presenta en los contratos de construcción en el sector privado. Para combatirla, lo mejor es un cambio de mentalidad entre las partes. Es decir, en donde no encontraremos una relación de dos partes que es asimétrica, donde una parte tiene un gran poder y la otra está sometida a él. La asignación adecuada de riesgos entre las partes del contrato de construcción reducirá el costo total del proyecto y promoverá una relación más positiva. Esto se puede lograr asignando cada riesgo del contrato a la parte que tiene una ventaja comparativa en cuanto a la capacidad para asumir y controlar este riesgo.[422]

---

[421] Al respecto, Paredes señala que: «Si se asigna mal los riesgos se están contratando de manera ineficiente. Ésa es la regla del «*cheapest cost avoider*». Ello va a predecir el comportamiento de las partes bajo el costo beneficio. El AED ayuda a crear modelos simples para poder entenderla. Es aplicar un sentido de racionalidad económica a un manejo de riesgo. La asignación del riesgo es el reflejo del precio; nadie contrata para perder. Si una eventualidad tú se la asignas al contratistas, él lo que evidentemente va a generar, es subir su precio». *Ibidem*.

[422] Robert, J. Smith. «Risk Identification and Allocation: Saving Money by Improving Contracts and Contracting Practices». En *The International Construction Law Review*, 1995, n.° 40.

Lo más conveniente para agentes privados relacionados a la construcción, es que se cimiente una relación de sociedad, en la cual las partes sean socias y tengan un interés común. El interés común debe ser la ejecución de la obra, pues representa un medio para llegar a un interés superior de ambas partes. El interés común se basa en la obtención de ganancias; es más que todo un interés de negocio, teniendo como finalidad el que se establezca una relación contractual basada en una relación simétrica; y es que los conflictos de construcción en el ámbito privado se pueden controlar, reducir significativamente y darles un mejor manejo.

Los particulares se encuentran siempre en la mejor posición para controlar el conflicto. Sin embargo, actualmente utilizan diversos métodos alternativos de solución de conflictos; uno de los más frecuentes es la negociación. Sin embargo dicha negociación parte de una relación asimétrica, donde existe una desigualdad en el poder de negociación. Mayoritariamente, el propietario se impone sobre el constructor, quien termina ejecutando el proyecto. El término de las negociaciones significa, por lo general, algún tipo de reconocimiento económico dentro de un paquete de reclamos, que deja a ambas partes insatisfechas. Esto debido a que dentro de esta relación desequilibrada, el propietario considera una osadía del constructor el reclamar un reconocimiento económico que deviene de una mala asignación del riesgo. Todo ello genera que los pliegos de reclamos de parte del constructor se vuelvan pliegos rogatorios, esperando que el propietario reconozca, aunque sea el mínimo. En la práctica, los propietarios, conscientes de su posición, especulan de la imagen del constructor, lo que hace que el constructor ceda sobre sus reclamos.

De acuerdo a la presente investigación, ni la negociación ni el arbitraje son los métodos idóneos para que exista una adecuada asignación de riesgos y, mucho menos una relación contractual simétrica. El particular busca manejar el conflicto y hacerlo eficiente; por ello hace todo lo posible para que su producto no llegue a un arbitraje.

Decir que la presencia de arbitrajes o la cantidad de los mismos dependen de la cantidad de los conflictos, es solamente inferir una falacia. Lo que menos se quiere es que la imagen o el prestigio de las partes se vea reflejado en un mecanismo de resolución de conflictos. Si en el sector privado no existe una clara estadística sobre el número de arbitrajes es porque los mismos son confidenciales, además, porque las partes tienden a negociar a fin de no recaer en una etapa conflictual, en comparación con el sector público en donde las partes, debido al mismo sistema, casi nunca pueden negociar o conciliar, lo que genera un método de solución de controversias más rígido.

Erróneamente, las partes, al momento de elaborar sus contratos de construcción, consideran primero elaborar una adecuada distribución de riesgos, la cual estiman que es la génesis del conflicto. Posteriormente, las partes acuerdan la gestión de los conflictos, donde parten de una elección inadecuada de un mecanismo para tratar de gestionar los mismos. Afirmamos que esta elección inadecuada parte de la idea de que los conflictos deben solucionarse, cuando ello no es lo correcto, dado que lo que se tiene que buscar es que los conflictos no existan; se tiene que prevenir antes de solucionar.

No se discute las bondades del arbitraje frente al Poder Judicial, donde ambos tienen la misma naturaleza, que es la de resolver los conflictos; sin embargo debemos precisar que el arbitraje no está diseñado para prevenir el conflicto, más bien el árbitro tiene conocimiento de la disputa *ex post* conflicto; es decir, cuando las partes ya agotaron todos los remedios posibles encontrándose en una etapa crítica, dejando de lado la ejecución de la obra.[423]

Gracias a la flexibilidad y libertad contractual que tiene el sector privado, lo que debe buscar son mecanismos de prevención de controversias. De nada sirve tratar de solucionar un conflicto cuando éste ya escaló, trayendo como consecuencia litigios altamente costosos, en

[423] Paredes, Gustavo. *Op. cit.*, p. 84.

términos de tiempo y dinero, y el quebrantamiento de la relación económica entre las partes.

En la práctica privada encontramos cláusulas arbitrales que tratan de remitir arbitrajes fuera del país, donde claramente estamos frente a un desincentivo, ya sea por el costo o por la complejidad que significa recurrir a un arbitraje internacional. Como lo señalamos, independientemente del resultado del arbitraje, es perjudicial para ambas partes tener una imagen empresarial belicosa, contestataria y generadora de disputas, pues la imagen que uno refleja en el mercado en un futuro puede traer pérdidas económicamente relevantes.

Al no tener un buen mecanismo de solución de disputas, lo único que se genera es acrecentar las distancias que pueden existir entre las partes, debiéndose hacer todo lo contrario, buscando puntos de conexión para que se acerquen.

El valor preventivo es fundamental, si bien el Código de Ética del Abogado no lo señala, la función de los abogados, aparte de solucionar conflictos o disputas, es la prevención de conflictos. La conciliación, el litigio judicial y el arbitraje, son mecanismos que se utilizan cuando el conflicto existe y lo que debemos buscar son mecanismos para prever los conflictos. Ello va a generar que los contratos sean más equitativos y menos asimétricos, gracias a una correcta distribución de riesgos.

El mercado internacional muestra una salida para enfrentar los problemas en el mercado privado. El DB es un mecanismo que genera una verdadera eficiencia entre las partes, contraviniendo la asimetría que actualmente se presenta en los contratos de construcción. En primer lugar, asiste a las partes de una manera idónea para que desarrollen y gestionen un proyecto con una asesoría adecuada, por ello se va a procurar más que nada que la obra se desarrolle previniendo los futuros conflictos, otorgándole a las partes las herramientas necesarias para que lleguen al objetivo común. Y es que un contrato de construcción con

una ineficiente e inadecuada asignación de riesgos es una fuente originaria para la aparición de reclamos.

En el Perú, el desarrollo de los DB en el ámbito privado se ha producido de manera paulatina, en vista de que no ha existido una cultura en el manejo de conflictos en la construcción, trayendo como consecuencia la desconfianza en el uso de nuevos mecanismos de solución de controversias. Sin perjuicio de ello, podemos decir que actualmente en el Perú, se está utilizando en la construcción de centrales hidroeléctricas, donde se emplea un contrato modelo estándar de la Fidic. Obviamente, dicho contrato fue elaborado bajo los intereses de las partes, utilizando como mecanismo de prevención y resolución de controversias el DRB.[424]

Por todo ello, debemos empezar a hacer un cambio en la resolución de la disputas, y es que, al momento de aparecer una controversia, las partes desean una solución inmediata de la misma, para ello deben romper la barrera de la desconfianza, pensando que los costos que se van a asumir no deben ser vistos como un gasto sino como una inversión. Se debe entender que la prevención de conflictos en la construcción de una obra significa beneficios para todos los participantes y la sociedad.

Justamente, un incentivo que va a generar seguridad en el mercado, es la creación de reglas estándar para la facilitación del uso del DB en el Perú. Particularmente, hacemos referencia al Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

---

[424] Proyecto Central Hidroeléctrica Cheves, situado en las provincias de Huaura y Oyón del departamento de Lima, la cual consiste en la construcción de una hidroeléctrica de pasada, el cual aprovecha la fuerza de los ríos Huaura y Checras, la que es captada para generar energía eléctrica limpia y renovable, con el fin de generar 168MW de electricidad. Los trabajos comenzaron el 2010, siendo el plazo de ejecución de la obra el año 2015. Consulta en: http://archive-pe.com/page/2860388/2013-09-14/http://www.snpower.com.pe/centrales-hidroelectricas/proyecto-cheves/conoce-mas-sobre-el-proyecto-cheves/en-que-consiste-el-proyecto-cheves.aspx.

1.1. Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

1.1.1. Antecedentes

En el Perú, no existe una norma legal que regule el DB entre agentes privados.

Sin embargo, en el año 2013, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se convirtió en el pionero en esta materia al presentar su Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (la JRD es una traducción al español de Dispute Board). El presente reglamento está conformado por siete (7) secciones y veintiocho (28) artículos.

La pregunta que nos hacemos es: ¿cuáles fueron los hechos que incentivaron la creación del presente Reglamento? Guzmán-Barrón,[425] Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, enfatizó que la idea del presente reglamento se gestó desde el año 2004. Y es que, por ese entonces, el Centro de la PUCP recibía solicitudes de conciliación muy particulares, cuyo procedimiento de solicitud se encontraba dentro de cláusulas de solución de controversias de contratos de obra pública financiados por prestatarios internacionales como el BID o el Banco Mundial, los cuales se basaban en modelos mal implementados de los contratos estándar de la Fidic.[426] Para graficar la situa-

[425] GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. Presentación del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas en la Conferencia Internacional de Solución de Controversias en el Sector de la Construcción realizada en el Centro Cultural de la Pontifica Universidad Católica del Perú, mayo 2013.

[426] Dichos contratos de obra e infraestructura se encontraban bajo el supuesto de excepción establecidos en el numeral 3 del artículo 3 de la LCE, por lo que no se aplica lo estipulado ni regulado en dicha norma ni en su reglamento.

ción anterior, procedemos a colocar el tipo de cláusulas de solución de controversias que encontrábamos en estos contratos de construcción:[427]

25. Procedimeintos para la solución de controversias

25.1 El Conciliador debe comunicar su decisión por escrito dentro de los 28 días siguientes a la recepción de la notificación de una controversia.

25.2 El Conciliador será compensado por su trabajo, cualquiera que sea su decisión, por hora según los honorarios **especificados en los DDL y en las CEC**, además de cualquier otro gasto reembolsable **indicado en las CEC** y el costo será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista. Cualquiera de las partes podrá someter las decisión del Conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria.

25.3 El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la institución **denominada en las CEC** y en el lugar **establecido en las CEC**.

Como se puede observar, en el procedimiento antes descrito, se tiene que un tercero tiene una facultad peculiar al conciliar, la cual es la emisión de una decisión para resolver la controversia suscitada entre una entidad estatal financiada por una entidad internacional y una entidad privada. A dicho procedimiento se le denominó «Conciliación Decisoria».

Consideramos que el referido procedimiento lo que genera es una confusión para las partes. Ya que, de acuerdo a la cláusula antes citada, se desprende que el conciliador está facultado para emitir decisiones, y ello no es ciertamente la naturaleza de la conciliación. Como bien se conoce, el conciliador debe tener una propicia comunicación entre las partes para que lleguen a su mejor acuerdo; y es que su calidad neutral no le permite emitir juicios *a priori*, sino que tiene la responsabilidad de redefinir y aclarar la posición de cada parte, proponiendo fórmulas conciliatorias.

[427] La presente cláusula de solución de controversia proviene del Contrato de Obra n.° 004-2010-PARSALUD.

Ello nos lleva a pensar, que dicha cláusula es más que toda una deformación propia de lo que podría ser un DB, y es que en un DAB los adjudicadores sí están facultados para emitir una «decisión», la cual puede ser cuestionada en el arbitraje. Lamentablemente, debido a un desconocimiento del DB, en lugar de constituir un DAB, han puesto a un conciliador que puede emitir «decisiones».

Todo lo visto constituye los antecedentes del DB en el Perú, que es la consecuencia de un desconocimiento de la figura, generando una mala praxis en la elaboración de cláusulas de solución de controversias en los contratos de construcción.

Esta experiencia nacional, hizo que el Centro de la PUCP se cuestionara sobre la naturaleza particular de la conciliación decisoria y, más que todo, cuál era la fuente de lo señalado en los contratos de construcción. Es ahí, que el Centro, con apoyo de juristas e ingenieros, reconocidos en la industria de la construcción peruana e internacional,[428] elaboró el Reglamento de la PUCP.

1.1.2. Principales características del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas

En primer lugar, debemos señalar que el presente Reglamento es un soporte institucional permanente que se ocupa de regular el comportamiento que deben tener las partes y los adjudicadores. La participación del Centro no se limita a nombrar a los adjudicadores cuando las partes no se ponen de acuerdo, sino tiene una activa participación en la administración del sistema de DB, que se traduce en la participación de la audiencia o en la regulación de la función consultiva de los adjudicadores; todo ello es para dar confianza a las partes, dado que no existe un

[428] Los profesionales que ayudaron activamente en la elaboración del Reglamento de la PUCP son los mismos que fundaron la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

precedente ni un modelo a seguir, deseando que las partes canalicen sus obligaciones frente al DB mediante el presente reglamento.

Empecemos por señalar que el Centro de la PUCP decidió reglamentar dos tipos de DB, de acuerdo a la actuación de los adjudicadores. Ellos son el DB Institucional y el DBAH. En el reglamento se le denomina JD Permanente o JDD *ad-hoc*, respectivamente. Por lo que se podría señalar que nos encontramos ante una reglamentación monista, puesto que preconiza la aplicación de las mismas reglas a ambos tipos de DB, manteniendo; sin embargo, algunas pocas disposiciones aplicables al JJD *ad-hoc*, en razón de su propia naturaleza. Este tipo de metodología monista no se ve reflejado en ningún otro reglamento institucional de DB analizado anteriormente.

En nuestra opinión, debemos enfatizar que ello no entorpece la aplicación de JD Permanente, y es que el JD *ad-hoc* es un tipo de resolución de controversia similar al arbitraje, dado que se instala una vez que aparezca una disputa. Entendemos que la aplicación de un JD *ad-hoc* es acomodada para el Centro, ya que, de acuerdo al artículo 3 del Reglamento, se enfatiza que en caso las partes no precisen la modalidad de Junta de Disputas a que se someten, se entenderá que se someten a una JDD *ad-hoc*.

Por otro lado, el Reglamento comprende la regulación del DRB y el DAB, a los que se les denomina como Junta de Revisión de Disputas (JRD) y Junta Decisoria de Disputas (JDD), respectivamente. Entendemos que la aplicación de un DCB no se encuentra regulada, debido a que su implementación es mucho más compleja. Ello no es útil en un país donde no ha regido anteriormente y no existe una cultura de DB. Lo que se busca con el presente reglamento es que la utilización del DB sea sencilla.

Debido a que existe una regulación de JRD y JDD en el Reglamento de la PUCP, el panel de expertos va a emitir una «recomendación» o «decisión» bajo los tipos de DB, ya sea JD Permanente o JDD *ad-hoc*. Todo ello otorga flexibilidad, ya que las partes pueden elegir libremente bajo el principio de la libre contratación. Además, establece una peculiar característica en el sentido de que las partes, los adjudicadores y el Centro pueden acordar por escrito que la Junta de Disputas varíe su modalidad respecto de una determinada controversia, siempre en el marco del Reglamento.[429] Ello quiere decir que excepcionalmente se podrá acordar que una JDD emita una «recomendación» o una JRD emita una «decisión», señalando como requisito que dicha aplicación se realice sobre una determinada y específica controversia según se considere conveniente. Sin perjuicio de la nueva implementación, ésta podrá ser muy útil para los efectos mismos de la celeridad y conveniencia que deben tener las partes para solucionar sus problemas. Se podría decir que es una combinación de un JRD y un JDD, pero con la salvedad de que no se está frente a un CDB, cuya regulación se constituyó y se encuentra en el Reglamento de la ICC.

Dentro de esta línea de análisis, nos enfocamos en el procedimiento de designación que ha estipulado el presente Reglamento. En caso la JD esté conformada por tres adjudicadores, cada parte designará a un adjudicador en un plazo de los cinco (5) días siguientes a la firma del contrato de construcción y de la lista de adjudicadores del Centro. Además, cabe resaltar que el tercer miembro será designado por el Centro, a través de su oficina de Dirección, ejerciendo este adjudicador las funciones de presidente.[430]

---

[429] «Artículo 13.- Sumisión formal de las Controversias a una Decisión o Recomendación del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas». Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, año 2013.

[430] «Artículo 14.- Designación de él o los miembros de la JD del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas». Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, año 2013.

Una de las críticas que pueden venir de la mano con la implementación del DB es si, efectivamente, en el Perú encontramos gente capacitada con el encargo de convertirse en un adjudicador. Ello es muy similar a lo que ocurrió con el arbitraje, donde su implementación fue incrementándose paulatinamente. Justamente, consideramos acertada la posición del Reglamento de imponer a las partes que elijan sus adjudicadores dentro de la lista de adjudicadores del Centro. Ello va a garantizar una seguridad jurídica, permitiendo certeza sobre la designación de profesionales correctamente capacitados y ligados a la industria de la construcción. Además, la lista de adjudicadores del Centro de la PUCP cuenta con adjudicadores internacionales, con lo cual no se pone en duda la mala praxis que se puede presentar, implementando un mecanismo desconocido en el Perú.

El contar con adjudicadores internacionales, es un reflejo del buen manejo que ha tenido Honduras para la implementación del DB. Ya que, en las obras de la Cuenta del Milenio se han convocado adjudicadores extranjeros, entre ellos adjudicadores peruanos. Por lo mismo, la PUCP debe ser consciente de que los adjudicadores son la base para la eficacia del DB. Si bien no existe una base de experiencia, la lista debe ser extendida paulatinamente, ya que juega un papel transcendental en la conformación de adjudicadores, y no sólo en lo privado sino también para la implementación en el sector público. Por ello, se debe de ofrecer capacitación incesante sobre el DB y el manejo de conflictos dentro del sector de la construcción.

Además de todo lo señalado, nos gustaría hacer unas precisiones respecto del tercer adjudicador, y es que según el Reglamento de la PUCP, el tercer miembro será designado por el Centro de la PUCP.

Al respecto, Calabresi indica que un principio fundamental en el DB es que cada miembro debe ser aprobado por todas las partes.[431] Es

[431] Calabressi, Carlota. *Il Dispute Board nei contratti internazionali d'appalto*. Consulta en: http://bit.ly/1pIoj0E, p. 794.

decir, si el tercer adjudicador es designado por una entidad nominadora, ello no quiere decir que la entidad tenga libre albedrío, sino más bien debe facilitar que las partes se pongan de acuerdo con los adjudicadores que ésta propone. Por ello, expresamente el numeral 5 del artículo 7 del Reglamento de la ICC y la cláusula 20.3 del Libro Rojo Fidic, señalan que la decisión de la entidad nominadora debe ser propuesta o consultada a las partes, en relación a quiénes van a ser las personas designadas. Consideramos necesario precisar o tomar en cuenta dicha información, ya que no es aconsejable que el Centro de la PUCP designe al tercer miembro de los adjudicadores de manera unilateral. Primero porque las partes son las personas adecuadas en saber quién va a acompañar su obra durante toda la ejecución; y, segundo, porque las mismas partes no van a buscar a un defensor de la obra sino a un colaborador, recordemos que esta instalación se lleva a cabo al momento de firmar el contrato, donde los problemas y controversias no existen. Por lo mismo, es mejor que las partes estén informadas y autoricen la contratación de todos los adjudicadores.

Pasaremos a analizar el procedimiento de resolución de prevención y resolución de controversias.

Sobre los mecanismos de de prevención de resolución de controversias, encontramos, en primer lugar, que el reglamento regula el tema de reuniones y de visitas periódicas al sitio de ejecución del proyecto.

Al respecto, podemos apreciar que el artículo 8 del mismo regula dos supuestos, el primero, cuando nos encontramos frente a un DBI o un JD permanente y el segundo, frente a un DBAH o un JD *ad-hoc*.

En el caso del DBI, el numeral 8.1 señala lo siguiente:

> En el caso de **JD permanentes**, al inicio de sus actividades la JD deberá, después de haber consultado a las partes, **fijar un calendario de reuniones y visitas periódicas** al sitio de ejecución

> del proyecto, este calendario será de obligatorio cumplimiento. Las reuniones y visitas al sitio deben ser **lo suficientemente frecuentes** con el fin de que la JD se mantenga informada de la ejecución del proyecto y/o contrato y de cualquier desacuerdo o controversia desde el momento inicial. Durante sus visitas a la obra las partes están obligadas a otorgar a la JD todas las facilidades para que conozcan el desarrollo del proyecto.
> Durante las reuniones o las visitas programadas al sitio donde se ejecuta el proyecto, la JD deberá analizar con las partes **la ejecución del contrato así como identificar los puntos de cualquier probable o posible desacuerdo con el ánimo de prevenirlo**. (Resaltado nuestro).

Y, en el caso del DBAH, el numeral 8.2 señala lo siguiente:

> En el caso de JD ad-hoc, tan pronto como esté conformada, la JD deberá, después de haber consultado a las partes, fijar un calendario de reuniones y visitas al sitio de ejecución del contrato **si lo considera necesario para efectos de cumplir con la finalidad para la cual fue designada**. Este calendario será de obligatorio cumplimiento. (Resaltado nuestro).

Sobre ello, podemos apreciar que el reglamento prevé como obligación del DB fijar un calendario para las reuniones entre las partes y las visitas *in situ.* Lo cual consideramos que es favorable para el desarrollo de la obra, en tanto, las reuniones permiten a las partes y al DB que exista un flujo de información entre las mismas, pudiéndose abordar cualquier tema que pueda surgir en la ejecución del proyecto, en un entorno de colaboración. Y, sobre las visitas, permite visualizar de una forma más cercana y familiar las condiciones y circunstancias fácticas que existieron al momento que surgió la disputa, previniendo los costos y el tiempo para la reconstrucción del evento que generó la disputa.

Ahora bien, una de las ventajas que recogemos del reglamento es que no señala el intervalo de tiempo en el que las vistas deben ser realizadas, a diferencia del Reglamento ICC y el Libro Rojo Fidic. Ello

consideramos una ventaja, puesto que uno no puede determinar *a priori* la frecuencia con la que se deben llevar a cabo las visitas *in situ,* la cual depende de diversos factores, como el tipo de obra que se está construyendo, la ubicación de la misma y el domicilio de las partes y los adjudicadores, entre otras.

Asimismo, cabe recalcar que, a diferencia del Libro Rojo Fidic, en el numeral 3 del artículo 8 del Reglamento de la PUCP,[432] se establece la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda solicitar una reunión o visita adicional, distinta a las previamente programadas. Ello también es una ventaja que favorece el desarrollo del proyecto, puesto que tanto las partes pueden dar a conocer hechos nuevos o no previstos que puedan afectar la ejecución de la obra.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando una de las partes o un adjudicador no asista a la reunión o visita previamente programada? El numeral 3 del artículo 8 del Reglamento de la PUCP[433] señala que el DB está facultado para llevar a cabo audiencias en ausencia o bajo la renuencia de alguna de ellas. Y, en el supuesto que un Adjudicador no asista, existe la posibilidad de que aun así se lleve a cabo dicha audiencia, siempre y cuando se cuente con la aprobación de ambas partes.

Respecto a la posibilidad de que el DB brinde un tipo de asistencia informal, podemos apreciar que el reglamento prevé que el DB tenga

[432] La parte pertinente de dicho numeral establece que: «Cualquiera de las partes puede solicitar una o más reuniones o visitas adicionales al sitio donde se ejecuta el proyecto, a las programadas, con una anticipación no menor de siete (7) días».

[433] La parte pertinente de dicho numeral establece que: «Tanto en el caso de JD permanentes como *ad-hoc*, las partes deberán participar en todas las reuniones y las visitas al sitio de ejecución del proyecto que efectúe la JD. En caso de ausencia de una de las partes, la JD puede llevar a cabo dicha reunión o visita debiendo informar a la parte ausente, los resultados o conclusiones de la reunión y/o visita dentro de los siete (7) días siguientes de producida. En caso de ausencia de un miembro de la JD, los demás miembros podrán decidir la procedencia de la reunión o la visita».

una función consultiva, lo cual ha sido desarrollado en la presente investigación como las opiniones informales.

Al respecto, podemos apreciar que, el artículo 12 del Reglamento de la PUCP establece que:

> A petición de ambas partes, una JD permanente puede ejercer **función consultiva** con la finalidad de **prevenir futuras controversias** que puedan surgir durante la ejecución del proyecto o contrato. Dicha función consistirá en **emitir una opinión no vinculante** y no sujeta a las disposiciones que regulan las recomendaciones que emiten las JRD. La finalidad de dicha labor será proveer a las partes una **opinión neutral sobre algún aspecto que pueda ser motivo de futura controversia o que las Partes deseen dilucidar por cualquier motivo**. Esta atribución consultiva puede generarse durante cualquier reunión o visita al sitio de ejecución del proyecto dejando constancia por escrito de la solicitud de las partes. (Énfasis nuestro).

De una revisión de lo anterior, el reglamento es expreso al señalar que, mediante esta función, lo que se busca es evitar que cualquier futura controversia escale al nivel de una disputa formal, tratando de prevenir el surgimiento de la misma, y así reducir costos adicionales para la activación de un procedimiento de resolución de conflictos.

Asimismo, a diferencia de lo establecido en el Reglamento ICC para que el DB emita una opinión, su solicitud debe ser formulada en conjunto. Lo cual es beneficioso, en tanto ambas partes ya habrían definido de antemano sus propias posiciones y delimitar el tema que sería materia de pronunciamiento por parte del DB y así proceder con una citación a las partes para que expongan sus argumentos en una reunión.

Cabe precisar que, al igual que el Reglamento ICC, este reglamento señala que, en caso el DB emita una opinión, el mismo no queda vinculado con lo señalado en la misma, pudiendo adoptar una postura diferente en caso la cuestión escale a una disputa, lo cual está establecido

en el numeral 3 del artículo 16 del Reglamento ICC, el mismo que, en la parte pertinente, señala que:

> Cuando se solicita que la JD emita una Decisión o Recomendación acerca de una controversia o un aspecto determinado sobre el cual ha prestado asistencia consultiva, **la JD no queda vinculada por las opiniones** que haya expresado **mientras ejerció dicha función**. (Énfasis nuestro).

Finalmente, cabe apreciar que el reglamento no prevé la posibilidad de que el DB se niegue a dar una opinión. Ello puede tener un impacto negativo en las labores del DB, debido a que, teniendo en cuenta la complejidad de los temas sometidos a la opinión, ciertos problemas no pueden ser tratados por el carácter informal del proceso.

Y, respecto al procedimiento de resolución de controversias, lo primero que debemos resaltar es que el reglamento establece un plazo de cincuenta y seis (56) días para la emisión de una «determinación», dejando de lado los noventa (90) días que establece el Reglamento de la ICC y los ochenta y cuatro (84) días que se indica en el Libro Rojo Fidic. ¿Por qué son cincuenta y seis (56) días? Ello deviene de la suma de plazos que se utilizan desde la presentación de una petición para someter una controversia a la Junta de Disputas, hasta que ésta sea resuelta mediante una «determinación».

Antes de comenzar a explicar el procedimiento, cabe acotar que el citado Reglamento de la PUCP no señala si los días que se estipulan son naturales o hábiles. Por lo que debemos de complementarlo e interpretarlo con lo que señala el Código Civil, que regula de modo general las situaciones y las relaciones jurídicas entre particulares. Respecto al instituto del plazo, nos remitimos al artículo 183 de dicho cuerpo normativo, que establece que el plazo señalado por días, se computa por días naturales, a menos que se establezcan excepciones a esta regla, y que estas últimas provengan de la ley o del acuerdo de las partes.

El procedimiento se inicia con la suscripción del Acta de Inicio de Funciones, la cual será firmada por todos los miembros y un representante del Centro. El Acta de Inicio de Funciones contendrá un calendario preliminar de reuniones y visitas periódicas al lugar de ejecución del contrato, el cual podrá ser modificado conforme se especifica en el artículo 8 del presente Reglamento. El calendario final deberá ser notificado a las partes en un plazo máximo de catorce (14) días de suscrita esta Acta.[434] Cuando las partes deseen resolver una disputa, y una vez constituida la Junta de Disputas, ya sea como JRD o JDD, lo primero que debe elaborarse es una sumisión formal hacia la junta que deberá ser presentada mediante una petición escrita dirigida a la JD, ello será considerado como la fecha de inicio para que se comience a contar el plazo para la emisión de la «determinación».[435]

Una vez que se haya presentado la petición, se correrá traslado a la contraparte, la cual tendrá un plazo de siete (7) días para contestarla.[436] Posteriormente, la JD convocará a una audiencia en la que fijará los puntos que se someten a evaluación para la emisión de la «recomendación» o «decisión», dicha audiencia se celebrará dentro de los veintiún (21) días siguientes a la recepción de la contestación a la petición formal. Cabe resaltar que esta audiencia se podrá realizar en una o más sesiones, las cuales deberán realizarse en un plazo no mayor de catorce (14) días, contados desde la fecha de realización de la primera sesión.[437]

---

[434] «Artículo 10.- Inicio y fin de las actividades de la JD del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas». Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, año 2013.

[435] «Artículo 13.- Sumisión formal de las Controversias a una Decisión o Recomendación del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas». Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, año 2013.

[436] «Artículo 14.- Designación de él o los miembros de la JD del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas». Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, año 2013.

[437] «Artículo 15.- Organización y conducción de las audiencias del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas». Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, año 2013.

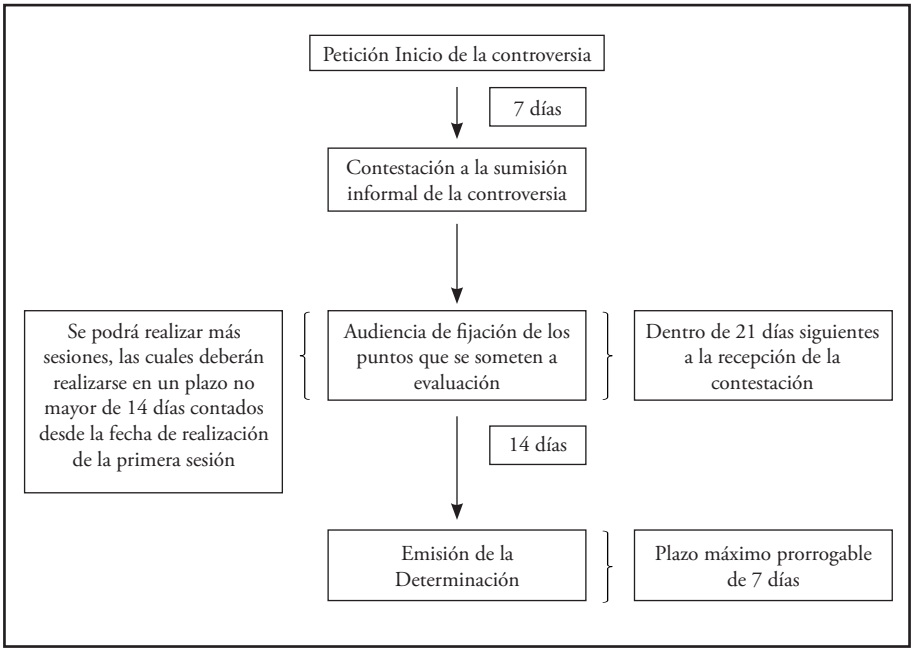
Estas audiencias, más que todo, van a servir para confrontar a las partes defendiendo sus argumentos; ello, sumado a la actuación de medios probatorios.

Finalmente, la JD deberá emitir una «determinación» dentro de los catorce (14) días siguientes a la fecha de la conclusión de la última o única sesión de la precitada audiencia. El plazo puede ser prorrogable por un plazo máximo de siete (7) días.[438] Como se puede observar, desde presentada la solicitud y contestada ésta, para que la junta inicie sus actividades en atención de una controversia tiene un plazo de cincuenta y seis (56) días.

Cabe resaltar que la «determinación», puede ser objeto de una aclaración o corrección. En el caso de que sea una de éstas, puede ser de oficio, para lo cual se tiene un plazo de siete (7) días, y en caso sea a pedido de parte, ella tiene que ser dentro de los siete (7) días de recibida la «determinación». Después se tendrá que correr traslado a la otra parte para que en un plazo de siete (7) días formule sus comentarios; una vez que se tengan los comentarios de la otra parte, la junta de disputas tendrá un plazo de siete (7) días para emitir su corrección o aclaración de la «determinación» emitida.

A continuación, procederemos a graficar el procedimiento de resolución de conflicto del presente reglamento:

[438] «Artículo 16.- Plazo para emitir una decisión o recomendación del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas». Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, año 2013.



Debemos precisar que los plazos son fundamentales. Entendemos que ello viene de la urgencia de no dejar los proyectos paralizados, descontinuados o por la urgencia de resolver los problemas, simplemente debemos tener en cuenta que para el DB, siempre se le dará prioridad a los proyectos. Además, no debemos olvidar que, si nos encontramos en un DB consensual, las partes podrán acordar sus plazos de modo conveniente, de acuerdo a sus conocimientos del proyecto.

Como se podrá apreciar, el Reglamento establece un procedimiento que cumple con los principios establecidos en la industria de la construcción internacional. Lo que nos debemos preguntar es, cuáles son los mecanismos que utiliza el Reglamento para que se dé cumplimiento a la «determinación». Como recordamos, el DB posee mero carácter contractual, careciendo tanto del efecto de cosa juzgada como de la condición de título ejecutivo.

Mediante el artículo 18 del Reglamento de la PUCP, se señala expresamente que cuando una JDD emita una «decisión», ésta será vinculante. Por tanto, de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes, una vez notificada y vencido el plazo para la corrección o aclaración de la «determinación». Lo señalado por el presente artículo cumple los lineamientos establecidos por la práctica internacional, con lo que se busca certeza y seguridad al establecer que la «decisión» sea de cumplimiento obligatorio para las partes.

Además, el precitado artículo señala: «[…] Las partes deben de cumplir la Decisión sin demora aun cuando cualquiera de ellas haya manifestado su desacuerdo a la Decisión y haya sometido la controversia a la vía arbitral […]».

Al respecto, el mencionado párrafo sigue la lógica de lo expresado en numeral 2 del artículo 5 del Reglamento de la ICC, mediante el cual, una «decisión» va a seguir siendo vinculante, a menos que un tribunal arbitral se pronuncie sobre la controversia. Tal y como se ha indicado, el motivo por el cual la «decisión» permanece vinculante, durante el proceso judicial o arbitral y hasta que no exista laudo o sentencia, es para dotar de efectividad a esta JDD.

Por último, el artículo 18 del Reglamento, señala:

> […] Cualquiera de las partes que se encuentre en desacuerdo total o parcial con una Decisión vinculante debe, dentro de un plazo de siete (7) días de notificada, enviar a la parte y a la JD una comunicación escrita manifestando las razones de su desacuerdo y su intención de someter la controversias a arbitraje. El arbitraje debe ser iniciado como máximo veintiocho (28) días luego de notificada la decisión. En caso que la controversia sea sometida a arbitraje, el Tribunal Arbitral tendrá plenas facultades para revisar, cuestionar y decidir sobre la controversia, sin estar vinculado o restringido por la Decisión de la JD […].

En este supuesto, debemos rescatar dos cosas muy importantes; la primera es que el Centro de la PUCP decidió poner un plazo de sólo siete (7) para que cualquiera de las partes manifieste su desacuerdo con la «determinación». Se trata de un plazo menor en comparación con los veintiocho (28) días establecidos en el Libro Rojo Fidic y los treinta (30) días establecidos en el Reglamento de la ICC, lo cual consideramos correcto, ya que no existe razón para que se considere establecer plazos largos. Como explicamos en el segundo capítulo, lo importante es que una decisión sea vinculante y final para las partes, teniendo como efecto su obligatoriedad entre ellas y siendo imposible que un tribunal arbitral revise el fondo de una decisión emitida por un DB. Por lo mismo, este plazo de siete (7) días, hace que las partes sean aún más diligentes en su revisión y analicen si les conviene ir o no a un arbitraje.

En segundo lugar, el Centro de la PUCP ha señalado que la misma parte que manifestó su desacuerdo tiene un plazo de veintiocho (28) días, luego de notificada la decisión, para iniciar un arbitraje. Este supuesto es plausible, ya que ninguno de los reglamentos o cláusulas estándar analizadas en la presente investigación ha encontrado un supuesto de hecho similar. Por lo mismo, este plazo de veintiocho (28) días, de todas maneras va a ayudar mucho para que una decisión se convierta en «vinculante y final», generando su cumplimiento absoluto. Y es que, si una parte emite su desacuerdo, la decisión será solamente vinculante, pero con dicho plazo va a obligar a la parte que emitió el desacuerdo a iniciar un arbitraje en el plazo pactado, y así podrá tener la «determinación» una revisión, lo cual va a agilizar que la misma se convierta en «vinculante y final». El Centro de la PUCP ha señalado que si una parte emite un desacuerdo, pero no inicia el arbitraje en el plazo de veintiocho (28) días se entenderá que la decisión se vuelve «vinculante y final», generando derechos a la parte victoriosa en la decisión, pudiendo solicitar su ejecución en la vía arbitral.

De acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la PUCP, los plazos para emitir un desacuerdo de la determinación, así como la solicitud

de arbitraje comenzará a computarse desde que se notificó la decisión, con lo cual existe un traslape, pudiendo traer problemas al momento de interpretar cuándo se debió cumplir con el inicio del arbitraje o qué pasaría si ninguna de las partes emite un desacuerdo estando dentro de los veintiocho (28) días para iniciar el arbitraje. Para lo cual nos preguntamos si sería procedente el inicio del arbitraje. La regulación del presente plazo pudo ser vista de otra manera; las razones de ello las explicaremos en la sección correspondiente del presente Capítulo.

Por último, el Reglamento ha establecido medidas coercitivas para que las partes cumplan con la «decisión» de la JDD, las cuales se establecen en el artículo 18 del Reglamento de la PUCP. El Reglamento señala que el incumplimiento de la «decisión» será considerado como un incumplimiento grave del contrato, el cual facultará a la parte afectada a recurrir a los remedios contractuales pertinentes. Para el caso de los contratos de construcción, el propietario quedará facultado para ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento y/o resolver el contrato. En el caso del constructor, quedará facultado para suspender los trabajos o resolver el contrato.

El centro gravitacional de la eficacia de este método radica en que las decisiones se deben cumplir, y lo que se busca es crear los incentivos y los desincentivos para que las decisiones se cumplan, debido a que el DB no es jurisdicción y menos un arbitraje. Este Reglamento lo que ha hecho es proponer unas líneas de acción para desincentivar el incumplimiento de las decisiones.

Asimismo, se puede observar que impone una causal de resolución de contrato en caso se incumpla una «decisión». Es viable esta regulación, razón por la cual puede ser compatible con el procedimiento de resolución del contrato de construcción. En caso una parte incumpla una «decisión», la resolución debe ser unilateral y solamente el DB podrá verificar que se haya cumplido con el procedimiento de resolución

del contrato de manera diligente, dándole validez a la resolución contractual.

Por otra parte, en el Reglamento de la PUCP no se ha estipulado si es viable o no llevar a un arbitraje el incumplimiento de una «decisión». Como lo mencionamos en el segundo capítulo, es necesario que se lleve a cabo un arbitraje para el incumplimiento de una «decisión», solamente cuando ésta es vinculante y final para las partes.

Por último, el artículo 3 del Reglamento de la PUCP establece que el mismo se aplica también para contratación pública; señalando que solamente se podrá optar por la JDD. La referencia en el contrato a una JRD, se entenderá por no puesta y se interpretará como una JDD, dejando libre la posibilidad de que en dichos contratos se lleve una JD permanente o JD *ad-hoc*.

Si bien en el reglamento sólo se hace una pequeña mención a la contratación pública, es necesario indicar que para que surta efecto resulta necesario que exista un dispositivo legal que faculte a las partes a la utilización de la Junta de Disputas, como bien ha ocurrido con la promulgación de la Ley n.° 30114 —Ley de Presupuesto Público y la Ley n.° 30225— Ley de Contrataciones con el Estado, las cuales han dispuesto la posibilidad de que las partes acudan a un DB como mecanismo de solución de controversias, los cuales explicaremos más adelante.

Entendemos que, sobre la contratación pública, solamente se admita la emisión de «decisiones». Creemos que para el sector público y un contratista, la «decisión» firme y vinculante ayuda a solucionar el problema, buscando facilitar el manejo de disputas de las controversias que tiene el Estado de un modo rápido y eficiente, cumpliendo con la exigencia de los prestatarios nacionales e internacionales, otorgando gran estabilidad y seguridad a las partes. Lo más probable es que si se emitiera «recomendaciones», podría suceder lo mismo que pasó con la conciliación; que se trate de un mecanismo eficaz que por el mismo he-

cho de cómo está estructurado el sistema público, casi nunca se pueda aplicar de manera eficiente.

Para concluir, señalamos que este reglamento refleja la problemática contractual e histórica del país, en comparación con otros reglamentos institucionales, que se crean por diferencias o divisiones de una organización original. Por lo anterior, se tiene una extraordinaria iniciativa de analizar bajo nuestras propias circunstancias el querer resolver los problemas de la construcción.

Es innegable que el reglamento ha sido pensado, precisamente, para confrontar la problemática en el país, en torno a un problema que ha venido sobrellevando la industria de la construcción, necesitada de un mecanismo que otorgue confianza a las partes respecto a la administración de mecanismos de solución de controversias. El DB es un mecanismo que no ha sido debidamente comprendido. Esto es justamente el ejemplo fáctico de un cambio de cultura importante, generando un espacio para que todos reflexionemos sobre las ventajas o desventajas de la presente figura. Es más fácil sobrellevar el manejo de un DB cuando un adjudicador tiene el respaldo de un Centro, generando seriedad, fuerza y seguridad en su actuar frente a las partes. Sin embargo, si comparamos a los adjudicadores bajo los contratos Fidic o el Reglamento ICC, los cuales están sólo frente a las partes, y de alguna forma tienen que crear un vínculo de buena fe con las partes y la autoridad, es probable que con la experiencia que se vaya ganando en el campo del DB, surja la oportunidad de hacer algunos cambios en el presente Reglamento.

1.2. ¿Cómo velar por el desarrollo y funcionamiento del **Dispute Board** *en el ámbito privado?*

En el sector privado, existe una ventaja en comparación con el sector público, donde los términos contractuales son elaborados por la en-

tidad,[439] y es que las partes tienen la facultad de elaborar sus propios contratos de construcción de acuerdo a las exigencias del proyecto. Son ellas mismas quienes tienen la capacidad de incorporar un DB en el momento de la elaboración de dichos contratos, siendo un primer paso para evitar potenciales disputas o, al menos, poder solucionarlas de la forma más rápida posible, eludiendo su progreso y, por tanto, aportando eficacia y eficiencia a la relación comercial existente. Esta relación que, como hemos señalado, es muy importante mantener y conservar entre agentes particulares.

El DB privado es consensual, donde el protagonismo se lo lleva la autonomía privada de las partes, junto con su flexibilidad y el carácter informal. Todo ello permite resolver conflictos con el menor costo económico y tiempo posible.[440] Debemos precisar que esta naturaleza no solamente se instituye al momento del acuerdo inicial entre las partes para establecer un DB, sino que también se atribuye al acuerdo o «decisión» que pone fin a la controversia.

En el Perú se conoce muy poco sobre la filosofía del DB; y una de sus mayores preocupaciones es que siendo un mecanismo altamente contractual, no se tiene ningún poder público respecto al cumplimien-

---

[439] En el derecho administrativo: «[…] es también frecuente, sobre todo en obras importantes, el llamado concurso o licitación. Ese concurso puede referirse bien a la calidad técnica o artística de la obra, en cuyo caso va normalmente acompañado de la designación de un jurado encargado de discernir el premio; o bien puede el dueño fijar de antemano con precisión todas las características de la obra, licitando solamente el precio. Por lo común estos contratos llevan aparejada la obligación de adjudicar la obra al vencedor; pero también puede ocurrir que el dueño se reserve el derecho de no encargar la obra a ninguno y aun el de pasar sobre la oferta menor y adjudicarla a otro que le merezca mayor confianza por su solvencia o capacidad técnica. También es frecuente la reserva del derecho de declarar desierto el concurso». Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos* II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 110.

[440] Macho Gómez, Carolina. «Los *ADR "Alternative Dispute Resolution"*». En *El Comercio Internacional. Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol 5, n.° 2. Consulta en: http://www.uc3m.es/cdt.

to de las «determinaciones». Por lo que, puede existir un alto grado de inseguridad respecto al cumplimiento de lo establecido por los adjudicadores.

En el transcurso de la presente investigación, hemos señalado que la «determinación» posee mero carácter contractual, careciendo tanto del efecto de cosa juzgada como de la condición de título ejecutivo. Sin embargo, de acuerdo a Macho Gómez, los acuerdos finales de las partes o resoluciones de los terceros derivados del DB, tienen efectos similares a un contrato de transacción extrajudicial.[441]

En otras palabras, si bien las «determinaciones» no son títulos ejecutivos; sin embargo, sí gozan de la eficacia que refleja el contenido del acuerdo o resolución. Ello no significa que tengan el efecto de cosa juzgada, tal y como se manifiesta en las sentencias judiciales o laudos arbitrales.[442]

Debido al mismo procedimiento del DB, existen dos situaciones donde las partes pueden recurrir a un arbitraje por una «determinación» emitida por el DB; la primera es cuando una parte se encuentra en desacuerdo y decide someter dicha «determinación» a un tribunal arbitral, y la segunda es por el incumplimiento o inejecución de una «determinación».

Cuando una parte está en desacuerdo con una «determinación», el procedimiento regular es recurrir a un arbitraje, para que el tribunal arbitral revise y examine la «decisión» tomada por el DB. Sin perjuicio de ello, existe un problema latente al momento de recurrir al arbitraje, y

---

[441] Cabe precisar que el artículo 1302 del Código Civil peruano de 1984, en su último párrafo, establece que la transacción tiene valor de cosa juzgada. A través de la transacción las partes sustituyeron la sentencia que el juez hubiese tenido que dictar, extinguiendo su jurisdicción. La naturaleza jurídica de la transacción, si bien es contractual, es la de extinguir obligaciones y resolver controversias entre las partes.

[442] MACHO GÓMEZ, Carolina. *Op. cit.*

que se puede sumar el incumplimiento de la «determinación». No sería raro que la parte que opte por ir al arbitraje, a su vez incumpla lo señalado por el DB, teniendo como perjudicados a la otra parte y a la obra, «confiándose» erradamente en que los adjudicadores no tienen poder coercitivo sobre su conducta; este comportamiento puede ser una excusa para que los detractores del DB, puedan poner en duda su eficacia.

Al respecto, en el presente acápite nos concentraremos en responder las siguientes preguntas: ¿cómo puedo hacer para que las partes cumplan con la «decisión» emitida por un DAB?; ¿es necesario ir a arbitraje para ejecutar una «decisión»?; si considero que el DAB ha emitido una «decisión» errónea, ¿igual la tengo que cumplir?; ¿qué pasaría si el tribunal arbitral laudara en contra de una «determinación» emitida por el DAB?

Para poder responder estas interrogantes, es necesario discernir nuestras respuestas, en base a dos consecuencias que se dan al momento de emitir una «determinación». La primera consiste en cuáles son las consecuencias que puede acarrear si una parte considera conveniente llevar la «determinación» a un tribunal arbitral; y, en segundo lugar, ¿qué pasaría si una parte incumple una «determinación»*?* Mostraremos cuáles son los dispositivos legales que se deben utilizar para que el DB sea realmente eficaz.

1.2.1. ¿Quién ejecuta la decisión emitida por el **Dispute Board***?*

La naturaleza del DB en el ámbito privado es convencional. Quienes nombran a los adjudicadores son los que van a determinar los límites de su oficio, no obrando en interés público, sino sólo en interés de los contratantes, por lo que se sobreentiende que las funciones de los adjudicadores son privadas; por ende, la fuerza vinculante de la «determinación» nace por la voluntad misma de los interesados al someter previamente su disputa ante los adjudicadores; éste es un acto privado.

Es necesario mencionar que las «determinaciones» pueden ser clasificadas de igual manera que las sentencias; es decir, «determinaciones» de condena, declarativas y constitutivas. Las primeras persiguen la realización y omisión en la prestación en la que el demandado haga algo o deje de hacer; por ejemplo, que el propietario pague una valorización retrasada o pague los mayores gastos generales por una ampliación de plazo consentida. El segundo caso; es decir, las «determinaciones» declarativas, se presenta cuando se esclarece una situación incierta y lo encontramos en las «determinaciones» que interpretan una situación jurídica dudosa en alguna relación jurídica. Ello puede darse cuando las Bases del Proyecto no son claras al momento de atribuir responsabilidad y obligación, en el caso de permisos o un saneamiento legal sobre el terreno de la obra. Por último, las «determinaciones» constitutivas, son las que crean, modifican o extinguen una relación jurídica; por ejemplo, en el caso de que se acepten ampliaciones de plazo o adicionales de obra, donde su efecto es modificar la relación contractual en base a las nuevas obligaciones y al tiempo de ejecución de la obra.

El DB carece de todos los poderes atribuidos a la jurisdicción porque, como es obvio, emana de un contrato entre las partes. Por lo mismo, sólo se puede obligar a las partes que suscriben el contrato de construcción. Su origen contractual reclama una visión civilista respecto a la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás requisitos de dicho contrato. Entre sus facultades, los adjudicadores configuran un mecanismo privado de resolución de controversias, tanto por su origen, como por los sujetos que interactúan en él, la calidad en que lo hacen, la responsabilidad que asumen y el procedimiento que utilizan;[443] se podría decir, que una vez resuelta una controversia entre las partes, la función de los adjudicadores es emitir una «determinación», agotando su labor mediante el acto de disposición plasmado en su propio juicio. Los adjudicadores no gozan ni del poder real ni del poder

[443] MARTÍNEZ, Roca. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 80.

jurídico para imponer con carácter forzoso la ejecución de su decisión como sentencia.

Por todo ello, al no tener título ejecutivo, sus «determinaciones» deben ser ejecutadas por un tribunal arbitral. Esto es, recogido en el artículo 18 del Reglamento de la PUCP, en el cual se señala que una vez que la decisión sea final y vinculante para las partes, se genera el derecho de la parte interesada de solicitar su ejecución en la vía arbitral.

Por ello, las «determinaciones» deberán tener los alcances para que sean ejecutables en la práctica por las partes. Ello está señalado en el artículo 19 del Reglamento de la PUCP. Sin embargo, debemos enfatizar que estas «determinaciones» deben ser aplicadas sin afectar disposiciones imperativas.

Como lo explicamos en el primer capítulo, nuestro ordenamiento jurídico suscribe la tesis del arbitraje como proceso jurisdiccional; por lo mismo, y de acuerdo al artículo 67 sobre «Ejecución Arbitral» y al artículo 68 sobre «Ejecución Judicial» del DLA, los árbitros cuentan con la facultad de ejecutar sus laudos arbitrales. Por lo mismo, en el caso del arbitraje, el procedimiento no termina con la emisión del laudo, sino puede llegar, incluso, a la ejecución del mismo; y es que el laudo se puede materializar en la propia sede arbitral sin necesidad de recurrir al apoyo de la jurisdicción estatal. El proceso de ejecución es un conjunto de actos ordenados orientados a realizar, cumplir y satisfacer un derecho declarado. No necesariamente el proceso de ejecución presupone de la fuerza para realizar el derecho, pues el condenado puede cumplir con la prestación ordenada de manera voluntaria.[444]

Por ello, es correcto que el Tribunal Arbitral tenga que ejecutar las «determinaciones» que emita el DB; sin embargo, consideramos que ello no sería eficaz para las partes, tener que llevar todas las «determinaciones» a un tribunal arbitral para que recién ahí se ejecuten. Lo mejor

[444] Ledesma Narváez, Marianela. *Op. cit.*, pp. 219-220.

es que las partes siempre cumplan con el contenido de la «determinación» emitida por el DAB; por el mismo dinamismo y beneficios que generará a las partes y a la obra, y ello va ligado al principio de buena fe al momento de contratar, y es que si ambas partes están aceptando la constitución de un DB por toda la ejecución de la obra, es coherente y necesario que acepten y cumplan las «determinaciones», bajo la premisa de que se encuentran vinculadas desde el momento en que le son notificadas.

1.2.2. ¿Es necesario acudir a un arbitraje para cuestionar una decisión del **Dispute Board***? ¿Se debe evitar?*

No se puede evitar acudir al arbitraje. Es más, varios de los métodos alternativos de solución de conflictos están pensados para un posible arbitraje posterior. De hecho, ésta es una de las estructuras más comunes a la hora de elaborar sistemas de resolución de conflictos en los contratos de construcción.[445]

Si bien, el Libro Rojo Fidic en su cláusula 20.6 establece que los árbitros tendrán plenos poderes para reabrir, analizar y revisar cualquier decisión de los adjudicadores con relación al conflicto, consideramos que todo ello es una facultad libre que tienen los árbitros en caso presenten la «decisión» emitida por un DAB como medio probatorio. La función del tribunal arbitral va más que todo, a solucionar la disputa que originó que el DB emita dicha «determinación».

Esta figura se halla contemplada en el artículo 21 del Reglamento de la PUCP, que a la letra dice «El agotamiento del procedimiento ante la JD es un presupuesto de arbitrabilidad. Por lo tanto, los árbitros no podrán dar inicio a un proceso arbitral en tanto las partes no hayan agotado dicho procedimiento previo […]».

---

[445] Almoguera García, Jesús. «La Directiva europea de la mediación civil y mercantil: la mediación y el arbitraje en el comercio internacional». En *Noticias de la Unión Europea*, 2009, n.° 292, p. 16.

Como mencionamos, el DB es un procedimiento prearbitral; por lo mismo, acudir a un tribunal arbitral por el desacuerdo de una «determinación» que emite el DB, es totalmente factible y justo. Recordemos que la «decisión» de un DAB en un conflicto es vinculante para las partes, a menos que sea revocada por el último método de solución de controversias, previsto en el contrato; por ejemplo, el arbitraje.

Es efectivo que las «determinaciones» sean vinculantes para las partes desde su notificación. El acudir al arbitraje es un camino extraordinario al cual sólo se debe recurrir cuando el procedimiento del DB es claramente injusto. De lo contrario, el ir a arbitraje se convertiría en un medio ilegítimo para dilatar el cumplimiento de la decisión emitida por el DAB.

Si ambas partes están decidiendo celebrar un contrato de construcción, en el cual se incluye una cláusula de solución de controversias, la cual se remite primero a un DB, sería absurdo, bajo su propio costo, recurrir a un tribunal arbitral cada vez que se encuentren perjudicados por una «decisión» de un DAB, pues lo único que están haciendo es generar un déficit para la terminación de la obra y su interés personal. Bajo dicha premisa, en la corriente del *Common Law*, se considera que las partes deben seguir la regla del «*swings and roundabouts*»,[446] la cual señala que todos ganamos en algunas cosas y perdemos en otras.

De alguna manera el DB va a equilibrar los intereses de una y de otra parte; y es que, muy rara vez un DB va a emitir todas sus «determinaciones» a favor de una misma parte. Ello sucede porque la realidad del sector de la construcción, conlleva que las partes asuman diversos riesgos al momento de contratar.

---

[446] Charrett, Donald. «*Adjudication and Dispute Review Boards —the next wave in ADR—*». En *Build Law: Adjudication and Dispute Review Boards*, p. 11. Consulta en: http://bit.ly/VuAFRf.

Consideramos que la regla «*swings and roundabouts*» es utilizada en un país donde existe una cultura de gestión de contratos de construcción. Por lo mismo, en el Perú va a ser complicado que las partes lo entiendan y, más que todo, la acepten. Justamente por ese mal equilibrio que existe en nuestros contratos de construcción, las partes se encuentran a la defensiva y tienden a reclamar todo lo que no apunta a sus intereses. Y si el contrato les permite acudir a un tribunal arbitral para que se reconsidere una «determinación», casi siempre tendrán la posibilidad de disponer de ese mecanismo.

Lo que debemos plantear es que las partes sopesen mucho la decisión antes de proseguir con la acción de ir a un arbitraje. Un primer momento es pensar sobre los costos implícitos en los que se va a tener que incurrir al momento de comenzar un arbitraje y con los costos que va a asumir la obra *per se*. Entendemos que la parte que remite la disputa a un arbitraje desea o siente que se está vulnerando sus derechos. Por lo mismo, se cree que un tribunal arbitral va a dictar una opinión diferente a la de un DB; sin embargo, la «determinación» es la opinión ponderada de varios expertos independientes que acompañaron la construcción desde el inicio de la obra, y estuvieron presentes al momento de concebirse dicha disputa; por lo que si se presenta dicha «determinación» como prueba central del arbitraje, es muy raro que el proceso arbitral pueda conducir a un resultado diferente.

Todo ello tiene sentido, ya que si la «determinación» está bien argumentada y razonada; y si los miembros del DB son expertos, seleccionados y aprobados por ambas partes, puede ser complicado convencer a los árbitros o tribunales de revertirla. El peso de la evidencia de una «determinación» como unánime y autorizada por un DB, tiene un fuerte elemento de disuasión contra cualquier «apelación» en el arbitraje.[447]

El cumplimiento de la «determinación» depende mucho de la voluntad real que debe existir entre las partes de manera expresa y previa

[447] CALABRESSI. *Op. cit.*, pp. 781-782.

a suscribir el contrato de construcción. Por lo mismo, consideramos necesario que las partes, bajo términos contractuales, acuerden que las decisiones del adjudicador se van a respetar, teniendo que llevar al arbitraje, solamente las decisiones que concretamente se consideran inválidas e injustas. Sin embargo, siempre debe existir la voluntad de avalar lo resuelto por los adjudicadores.

1.2.2.1. ¿Es necesario un plazo para acudir al arbitraje?

Con la implementación de un DB dentro de un contrato de construcción, lo que se desea es que las partes mantengan el control de la obra, teniendo la libertad de negociar libremente, y en caso se produzca una disputa, sea el DB quien emita «decisiones» vinculantes. Estando en el Perú, nosotros recomendamos a las partes que, al momento de empezar con este mecanismo, elijan el tipo DAB; en primer lugar, porque las «decisiones» vinculantes excluyen dificultades con su aplicación, dejando claramente establecido qué es lo que se requiere de cada parte. Por otro lado, proporciona tranquilidad en vista de que los derechos están protegidos.[448]

Cuando el DB ha emitido su «decisión», y la parte que ha sido desfavorecida considera ir al arbitraje, se encuentra en todo su derecho. Sin embargo, hemos visto que los reglamentos internacionales regulan de manera defectuosa el procedimiento mismo para ir arbitraje, dejando una notoria desventaja a la parte vencedora en la «decisión» del DAB.

Los reglamentos reconocen la importancia sobre los plazos que las partes tienen para emitir una notificación de desacuerdo, indicando que, una vez emitida la «decisión», ambas partes, en caso de estar en desacuerdo con la «decisión», tienen un plazo establecido para tales

---

[448] Entwisle, David. «Dispute Boards in Context». Tesis para optar el grado de LL.M. en *Construction Law and Arbitration*. Aberdeen: The Robert Gordon University, Department of Law-Aberdeen Business School, 2010, p. 81. Consulta en: http://goo.gl/OAZ4zd.

efectos. No obstante, en el Reglamento de la ICC no se impuso un plazo perentorio obligatorio para acudir a un tribunal arbitral.

Por ello, consideramos que dicha regla procesal debe estar expresamente estipulada en la cláusula de solución de controversias dentro del contrato de construcción. Las partes de un contrato de construcción, no pueden desvincularse de lo que han pactado en él. Si pactaron un plazo para acudir arbitraje después de notificado el desacuerdo de la «determinación», haciendo hincapié en que si no se inicia arbitraje en el plazo establecido, la «decisión» se convertirá automáticamente en «final y vinculante», por lo que deben cumplirla. Este principio no es otro que la obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*), el cual está regulado en artículo 1361 del Código Civil.[449]

Es muy sencillo, la filosofía de una «decisión» va a tener efectos distintos debido a la naturaleza de la misma. Al momento en que el DAB emite su «decisión», ésta es vinculante para las partes y se va a mantener así hasta que pasen dos circunstancias. La primera es que ninguna de las partes manifieste su disconformidad en el plazo establecido, por lo que la «decisión» se convertirá en «vinculante y final»; y la segunda es que un tribunal arbitral confirme la «decisión» emitida por el DAB, cuyo laudo convertirá la «decisión» en «vinculante y final». La ventaja de que una «decisión» sea «final y vinculante», es que dicha «decisión» no podrá ser revisada, ni examinada, ni alterada ni por el mismo DAB ni por ningún órgano jurisdiccional.

Por eso mismo, lo que se recomienda es que la parte que emite su notificación de desacuerdo, cumpla, dentro de un plazo previamente establecido, con remitir su desacuerdo a un tribunal arbitral. ¿Por qué? Porque lo que se quiere evitar es que la parte que emita su desacuerdo, a la vez, incumpla con la «decisión». Y si nos ceñimos a las disposiciones

[449] «Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla».

del Libro Rojo Fidic, ello sería fatal para la parte vencedora, pues si sobre la «decisión» vinculante existe un desacuerdo, un incumplimiento y todavía no ha iniciado un arbitraje, la parte vencedora, para poder dar cumplimiento a la «decisión», debería remitirse nuevamente al DAB. Así de injusto puede ser.

Por otro lado, si nos encontramos bajo lo estipulado en el numeral 4 del artículo 5 del Reglamento de la ICC, si bien éste señala de manera expresa que bajo un incumplimiento de la «decisión», se puede acudir de manera directa al arbitraje, nosotros entendemos que la «decisión» debe tener naturaleza de final y vinculante para que el tribunal arbitral se abstenga de revisar el fondo de la controversia, y solamente emita una resolución ejecutiva del cumplimiento de la «decisión».

Todo ese procedimiento tendría que ser iniciado por la parte vencedora. Ambos son ejemplos que pueden generar desincentivos para la utilización de un DB en los contratos de construcción. Sin embargo, cabe mencionar que internacionalmente no se encuentra establecido un plazo para incurrir a arbitraje después de emitida la «determinación».

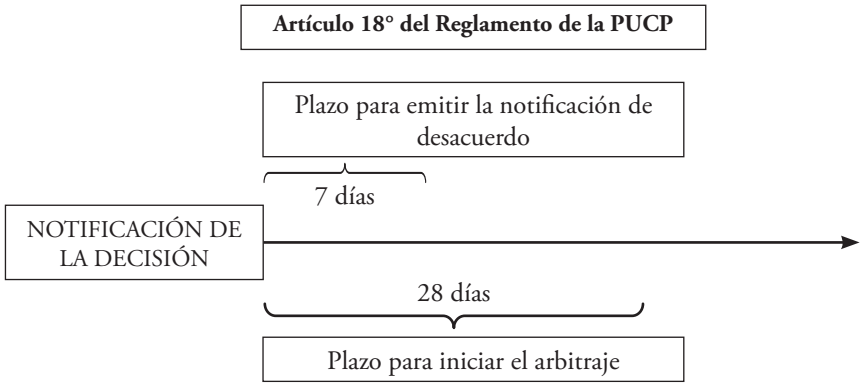
¿Qué buscamos con establecer un plazo para acudir a un tribunal arbitral? Deseamos que el DB sea más eficaz para las partes. Cuando se emita una «decisión», si bien es vinculante para las partes, se vuelva lo más pronto posible vinculante y final. Esto último generará certeza y seguridad a la parte que ha sido favorecida con la «decisión». No es justo que la parte vencedora se vea supeditada al actuar de la parte vencida; y que, más aún, no tenga la facilidad de ejecutar la «decisión» emitida por el DAB.

Por ello, destacamos el Reglamento de la PUCP que, en su artículo 18, estableció un plazo de veintiocho (28) días luego de notificada la «decisión», para que la parte que está en desacuerdo inicie el arbitraje. Sin embargo, como se indicó en la presente investigación, dicho plazo se traslapa con el plazo de siete (7) días que tienen las partes para emitir su

notificación de desacuerdo de la «decisión», ya que también comienza a correr dicho plazo desde el momento en que se notifica la «decisión».

Para una mejor comprensión del lector, procederemos a transcribir el artículo:

> Cualquiera de las partes que se encuentre en desacuerdo total o parcial con una Decisión vinculante debe, dentro de un plazo de siete (7) días de notificada enviar a la otra parte y a la JD una comunicación escrita manifestando las razones de su desacuerdo y su intención de someter la controversia a arbitraje. El arbitraje debe ser iniciado como máximo veintiocho (28) días luego de notificada la Decisión. En caso que la controversia sea sometida a arbitraje, el Tribunal Arbitral tendrá plenas facultades para revisar, cuestionar y decidir sobre la controversia, sin estar vinculado o restringido por la Decisión de la JD. 91 […].

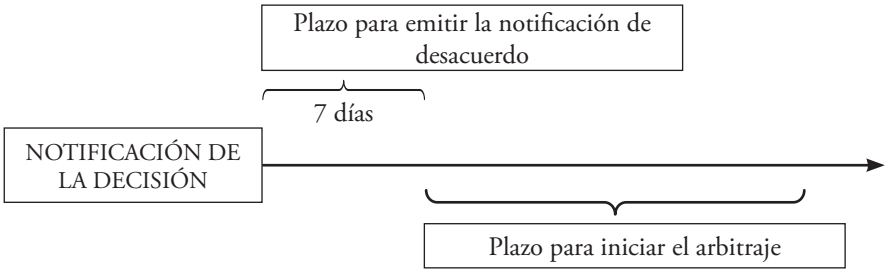


De acuerdo a lo señalado en el precitado artículo ambos plazos se superponen, y es que el plazo para que la parte que presenta su desacuerdo y su intención de someter la controversia a arbitraje se inicia desde la notificación de la «decisión». Esta acotación es crucial, pues si presento mi esacuerdo en el séptimo día, eso quiere decir que perdí los primeros siete (7) días de plazo para ir a un arbitraje, ya que si primero inicio arbitraje y posteriormente presento mi desacuerdo, es viable que la parte ganadora reclame válidamente, en vista de que no se ha cumpli-

do con el procedimiento, presentando primero el desacuerdo e iniciando posteriormente el arbitraje. Claro está, dicha regla puede cambiar de acuerdo a lo estipulado por las partes.

Por lo mismo, consideramos pertinente que al momento de presentar el desacuerdo se notifique la solicitud de inicio al arbitraje o, en todo caso, imponer un plazo para que las partes después de emitir su desacuerdo puedan pactar un arbitraje. Si estuviéramos en el ámbito público, dicho plazo sería de caducidad. Sin embargo, por lo mismo que dicho plazo está pactado por las partes no se ajusta a la naturaleza de la caducidad. Ello se explicará detenidamente en el presente capítulo. Siendo esto así, postulamos que las partes deben disponer un plazo estricto para complementar su desacuerdo e impugnar la decisión del DB ante un tribunal arbitral, dado el interés en dotar de certeza y firmeza a las «determinaciones» emitidas por el DB, de modo tal que la posibilidad de oponer el transcurso de tiempo para rechazar el pedido de desacuerdo de la decisión, no quede librada a la voluntad o cuidado de la parte a quién beneficia.

Consideramos que el plazo que han de pactar las partes se inicie cuando una parte haya emitido su desacuerdo. Transcurrido el plazo, la «determinación» quedará firme indefectiblemente, sin admitirse interrupción o suspensión, verificándose el propósito de dotación de firmeza a lo decidido en sede arbitral. El procedimiento que mencionamos es el siguiente:



Por todo lo indicado, consideramos que las partes tienen la oportunidad de hacer más eficaz el DB; y éste es un método que resulta necesario para dar seguridad y certeza a lo emitido por los adjudicadores. No precisamos un plazo, debido a que son las mismas partes las que pondrán pactar el plazo, de acuerdo a la conveniencia del proyecto y sus intereses.

Esperemos que este incentivo no sea visto como una forma legal de huir del arbitraje. Ello no es así, pues debe ser apreciado de una forma más amplia, en la cual, se va a incentivar que las partes actúen de manera más diligente en cuanto a la negociación de la formación de su cláusula de solución de controversias, y no dejarla al final sin darle importancia alguna, como suele ocurrir. Las partes deben comprometerse a cumplir lo que han suscrito, y si ello empieza desde el momento de la negociación del contrato, se esperan resultados óptimos.

1.2.3. ¿Es posible suspender la decisión emitida por el **Dispute Board***?*

Como hemos señalado, existen mecanismos jurídicos en el ámbito privado que pueden dar certeza y favorecen a que realmente se cumpla lo señalado por los adjudicadores, y esto último va a desincentivar una eventual mala *praxis*, que conduzca al desgaste y al mal uso del DB.

Cabe recordar que cuando se emite una «decisión» ésta es vinculante para las partes, por lo que se debe cumplir con lo señalado, sin importar que una de las partes lleve dicha decisión frente a un tribunal arbitral; sin embargo, debemos ser realistas, ya que al momento en que las partes acudan a un arbitraje, van a idearse mecanismos que justamente suspendan la «decisión» del DAB, ya sea porque les causa un daño patrimonial o, por la misma razón, que no deseen cumplirla.

Consideramos que es legítimo que las partes remitan la decisión a un Tribunal Arbitral. Asimismo, nos parece legal y justo que al momento de acudir a un arbitraje se decida suspender una decisión que al parecer va en contra de la justicia e intereses personales; pero de lo que sí estamos en contra, es que se use de mala fe dichos instrumentos que pueden suspender la *decisión*, por el simple hecho de no cumplir la *decisión* emitida por el DAB. Por lo mismo, consideramos que es viable proponer mecanismos que pueden ser tomados como incentivos del cumplimiento y así desincentivar la mala a praxis que hemos hecho referencia.

Ahora procederemos a explicar por qué la carta fianza y las medidas cautelares, son los dos mecanismos que las partes pueden usar para suspender los efectos de una decisión hasta que un tribunal aArbitral pueda reexaminar la decisión, teniendo como resultado un laudo que confirme o cambie el sentido de la *determinación*. Sin embargo, para que no exista un uso excesivo de estos mecanismos, consideramos necesario que exista un traslado de la carga económica al solicitante de la suspensión de la decisión. Esto es un verdadero desincentivo para el empleo de dichos mecanismos.

1.2.3.1. Presentación de fianza bancaria

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, el DB tiene una característica netamente contractual, por medio de la cual sólo las partes involucradas pueden pactar mecanismos legales que complementen y

sumen a la eficacia del cumplimiento de lo establecido por los adjudicadores.

Sin embargo, lo que también queremos evitar con estos incentivos son actos de mala fe, entre los cuales se encuentran derivar todas las «determinaciones» desfavorables al arbitraje, independientemente de la legitimidad de dicho acto.

Ahora bien, con lo anterior no se está estableciendo que, todas las pretensiones de derivar las determinaciones a un arbitraje sean de mala fe. Por lo que consideramos que existen ciertos casos en los cuales, la parte afectada está en su legítimo derecho para presentar un instrumento legalmente válido para que puedan suspender los efectos de la «decisión» emitida por el DAB. Dicho instrumento es la presentación de una fianza bancaria.

Respecto a la estipulación de una fianza bancaria como mecanismo para poder suspender los efectos de la «decisión», es necesario que ello se estipule en la cláusula de solución de controversias del contrato de construcción, el cual, en nuestra opinión, es un primer paso para evitar un futuro debilitamiento con respecto a una mala praxis. Por lo que, consideramos que la parte que inicia el arbitraje y que desea suspender la obligación de cumplimiento de la «decisión», se le debe obligar a que constituye una Fianza Bancaria mediante el cual va a garantizar los posibles daños y perjuicios que causen dicha suspensión a la obra y a la contraparte.

¿Por qué constituir una garantía en forma de fianza bancaria? Adquirir una fianza es sinónimo de certeza y precaución, facultades difíciles de dejar de lado en los tiempos actuales, teniendo utilidad e importancia relevantes. El hecho de adquirirla proporciona protección frente a un riesgo económico y, obviamente, la tranquilidad de que las obligaciones sean cumplidas; y es que la naturaleza de la fianza es la de una garantía de carácter personal, constituida con la finalidad de respaldar el

cumplimiento de una obligación asumida por la persona garantizada.[450] Cabe precisar que la fianza bancaria resulta ser una garantía sumamente confiable para cualquier acreedor, dada la solvencia del fiador, es decir, del banco.

Dado que en el ámbito privado las partes son las que acuerdan las reglas de conducta bajo, es necesario mencionar cuál es la fuente para la aplicación de la fianza bancaria. Para ello nos debemos remitir a lo regulado en el Código Civil, así como a lo establecido en el numeral 4. del artículo 217 y el numeral 6. del artículo 221 de la Ley n° 26702 —Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguro—. Por último, a la Circular n° B2101-2001-SBS de la SBS.

En primer lugar, el artículo 1868 del Código Civil, define al contrato de fianza, como aquel contrato por el cual «[…] el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor». Asimismo, Santos Briz define la fianza como «[…] un contrato entre fiador y acreedor, respecto del que el deudor es un tercero. […] para la perfección legal del contrato de fianza no es necesaria la concurrencia del deudor principal»;[451] y, por último, la fianza, es definida por Colin y Capitant como «[…] un contrato por virtud del cual un tercero llamado fiador promete a un acreedor pagarle su deuda si el deudor no ejecuta su obligación».[452]

Según lo anterior, el contrato de fianza se constituye al lado de una relación obligatoria entre dos o más sujetos de una relación jurídica en la que un tercero, el fiador, se obliga personalmente frente al acreedor de

---

[450] Northcote Sandoval, Christian. «Principales características de la fianza». En *Actualidad Empresarial*, 2011, n.° 231, p. viii-1.

[451] Antos Briz, Jaime. *Derecho Civil, Teoría y Práctica*. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1972, tomo iv, p. 534.

[452] Colin, Ambrosio y H. Capitant. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Reus, 1925, tomo v, p. 11.

esa otra relación, con el fin de reforzar el interés del exacto cumplimiento de la obligación ajena. En este sentido, la fianza es una herramienta utilizada para ofrecer mayor seguridad en el cumplimiento de las obligaciones de un deudor, mediante la aparición de un tercero llamado fiador.

Por ese motivo, debido a que nos encontramos ante operaciones comerciales entre entidades privadas, consideramos que la fianza bancaria es una herramienta idónea que puede usar la parte que desea suspender los efectos de la «decisión» al momento de acudir a un arbitraje. Justamente, porque va a velar por los intereses de la contra parte y los de la obra, por el tiempo que va a acudir a un tribunal arbitral. Podemos hacer un símil con lo que ocurre cuando el DLA faculta a las partes que desean suspender los efectos del laudo cuando se recurre a un proceso de anulación frente al Poder Judicial.

Consideramos que la fianza bancaria debe ser solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor a 6 meses renovables durante todo el arbitraje y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en la «decisión» emitida por el DAB. El atractivo de las fianzas bancarias es que normalmente son emitidas con carácter solidario,[453] sin beneficio de excusión y de ejecución inmediata al solo requerimiento del acreedor.[454]

Respecto de la solidaridad, una parte de la doctrina nacional considera que al pactar la solidaridad en una fianza, ya no existiría una fianza propiamente dicha sino que el fiador solidario se estaría obligando con el deudor, como señalan Osterling y Castillo: «Si esto fuera así, dicho fiador no sería como tal, sino que únicamente sería un codeudor soli-

[453] Cabe aclarar que, conforme al Derecho Civil peruano, la solidaridad no es la regla, conforme al artículo 1879, «el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor». Sin embargo, puede darse la situación que las partes pacten que dicha fianza sea solidaria.

[454] Northcote Sandoval, Christian. *Op. cit.*, p. viii-3.

dario, junto con el otro deudor. A la vez, debemos decir que si fuese codeudor solidario (frente al acreedor común), no podría ser fiador, puesto que resulta incompatible que en una misma persona se reúnan las calidades de deudor solidario y de garante de sí mismo».[455]

Sin embargo, debemos manifestar que la fianza constituida con carácter solidario no está sujeta a las reglas generales de solidaridad. Ya que, el contrato de fianza no deja ser un contrato de garantía y por tanto accesorio, que se rige por sus propias normas y no puede por ello confundirse con la solidaridad de los codeudores.[456] Asimismo, León Barandiarán señala que en los casos del fiado y fiador solidario, «el fiador es deudor subsidiario siempre en comparación al fiado, que es deudor principal. Sólo que frente al acreedor los dos ocupan la misma situación, en el sentido de que éste puede dirigirse indistintamente contra uno u otro».[457]

La solidaridad solamente elimina el factor de subsidiariedad, que consiste en la necesidad de que el deudor tenga que haber incumplido para que el acreedor deba dirigirse contra el fiador, por lo que la obligación del fiador sigue siendo una deuda secundaria de refuerzo,[458] según la cual el fiador nada debe internamente.

¿Cuál es el objetivo de proponer que las partes pacten una fianza bancaria en el DB? Si bien el primer objetivo es que la parte que se sienta afectada con una decisión pueda suspenderla hasta que un tribunal arbitral emita un laudo resolviendo la disputa original. La decisión de

---

[455] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, Primera Parte, vol. xvi, tomo iii, p. 251.

[456] *Ibidem*, pp. 249-250.

[457] León Barandiarán, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano*. Lima: Comisión Administradora del Fondo Editorial de la U.N.M.S.M., 1975, tomo 2, p. 399.

[458] Carrasco Perera, Ángel, Encarna Cordero Lobato y Manuel Jesús Marín López. *Tratado de los Derechos de Garantía.* Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 88.

pagar una fianza bancaria, deberá ser tomada una vez que se ha evaluado y sobre pesado los costos entre cumplir con la «decisión» y los costos de incumplirla pagando además una garantía y un posible tribunal arbitral que posiblemente reafirme lo resuelto por un DB.

Por lo mismo, consideramos que establecer un mecanismo como la fianza bancaria va a dar certeza y seguridad a las «determinaciones» emitidas por un DB, siendo un desincentivo para presentar pretensiones arbitrales infundadas, pues el realizar un primer desembolso va a generar que las partes revisen dedicadamente que se está llevando a arbitraje.

En ese sentido, como hemos señalado, es preferible que las partes acuerden una fianza bancaria donde casi no existe el peligro de preocuparse en caso el fiador, que es el Banco, no cumpla con pagar la deuda al acreedor.

Como en toda garantía, la fianza bancaria acompaña el pedido de suspensión y debe señalar la obligación garantizada. La obligación a garantizar es normalmente lo señalado en una «decisión», la cual puede ser dineraria, de hacer, de no hacer, de dar bienes ciertos o meramente declarativa.[459] Refiriéndonos a esta última, por ejemplo, cuando los adjudicadores declaran la obligación contractual a favor de una de las partes, en esos casos la fianza bancaria debe asegurar los daños de la suspensión; en los otros casos la fianza bancaria garantiza el cumplimiento de la «decisión». Si la «decisión» es dineraria, la fianza garantiza la suma correspondiente, y si no lo es, consideramos pertinente que las partes soliciten a los adjudicadores que para resguardar ese derecho (como lo señalamos en el segundo capítulo) se cuantifique en la «determinación» el valor de acuerdo a cada caso. Obviamente el DB conoce mejor el valor económico de lo ordenado en la decisión. No consideramos correcto que el tribunal arbitral sea quien establezca el monto de la «decisión»

[459] Mejorada, Martín. «Comentarios del artículo 66 de la Ley de Arbitraje. Garantía de Cumplimiento». En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011, 1.ª edición, tomo I, p. 742.

para el caso de garantías no dinerarias; pues para ello, las partes lo deben de solicitar al tribunal mediante sus pretensiones; siendo la idea tener el monto de la «determinación» lo antes posible, debido a que la función de la garantía va a ser suspender la decisión justamente para que se dé inicio el arbitraje.

Ahora bien, si las partes realmente desean que el caso de la emisión de una fianza sea verdaderamente excepcional, pueden pactar que la fianza bancaria asegure también los daños derivados de la suspensión (incluso cuando la decisión es de condena dineraria u obliga al deudor a cumplir prestaciones no dinerarias). Como bien señala Mejorada, a este efecto tendrían que convenir también el valor de tales daños (cláusula penal), por lo que sería recomendable que en este caso para su ejecución previamente se liquiden los perjuicios sufridos.[460]

Por lo mismo, si el tribunal arbitral confirma la «decisión» tomada por el DAB, el Tribunal Arbitral deberá entregar la fianza bancaria a la parte vencedora. Para ello, las partes deben actuar de manera diligente y solicitar dicha devolución, ya sea como una pretensión o reconvención. En ese momento el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía según lo que señale la «decisión» del DAB.

Por último, consideramos que esta medida tiene que ser ejecutada de manera complementaria con la constitución de un plazo, para que las partes al momento de emitir su desacuerdo puedan acudir al arbitraje. La idea es que la fianza bancaria no sea entendida como una barrera para acudir a un Órgano Jurisdiccional, sino como un mecanismo para que las partes piensen más de una vez al tratar de recurrir una «decisión» al arbitraje, no dejando de lado la opción del cumplimiento de la «decisión».

---

[460] *Ibidem*, p. 743.

1.2.3.2. Medidas cautelares: innovar

En este acápite responderemos si las medidas cautelares pueden ser un mecanismo legal para suspender la «decisión» del DAB, las cuales pueden presentarse dentro del arbitraje que ha iniciado la parte que se ha visto desfavorecida con lo resuelto por el DB.

Debemos mencionar que en un primer momento, las medidas cautelares dentro del arbitraje fueron sumamente cuestionadas, debido a que se utilizó un instrumento puramente judicial en el arbitraje, el cual es considerado una «jurisdicción de excepción».

Asimismo, cabe señalar que en nuestro sistema arbitral, la competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares, se encuentra fuera de discusión, en tanto que ha sido expresamente estipulado en el artículo 47 del DLA. Por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en nuestra Constitución, incluye el derecho a la tutela cautelar,[461] y esta tutela cautelar ha de garantizarse a quienes acuden a los órganos jurisdiccionales.

Las instituciones arbitrales no se han quedado fuera de la implementación de la tutela cautelar; por ello, actualmente la encontramos en el Reglamento del Centro Arbitraje de la Cámara de Comercio de

[461] La Tutela Cautelar no se encuentra expresamente establecido en la Constitución Política del Perú; pero el Tribunal Constitucional ha señalado que: «Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta». Sentencia expedida en el expediente n.° 0023-2005-PI de fecha 27 de octubre de 2006.

Lima,[462] Reglamento Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP[463] y el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú.[464]

Por todo ello, este acápite no va a ser un espacio en el cual vamos a cuestionar que la tutela cautelar sea dictada y ejecutada por un tribunal arbitral. Sino más que todo, se analizará si es o no posible suspender una «decisión» emitida por el DAB dentro de un tribunal arbitral por medio de una medida cautelar.

En primer lugar, como hemos mencionado, la facultad de los árbitros para dictar válidamente medidas cautelares es legal. Por lo mismo, no se requiere de un convenio arbitral que así lo haya establecido. Para la concesión de una medida cautelar en sede arbitral, consideramos que no es exigible algún requisito especial que las diferencie de cualquier otra medida de esta naturaleza.

Así, los árbitros al momento en que la parte demandante solicite una medida cautelar suspendiendo la «decisión» del DAB, deberán verificar lo siguiente: i) la verosimilitud o apariencia del derecho invocado en la demanda; ii) el peligro en la demora; esto es, que el tiempo que tome el trámite del proceso puede poner en riesgo el derecho en discusión, y con ello, la eficacia de la «decisión» final que se emita; iii) la adecuación, que implica que las medidas cautelares sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de tutela; es decir, con las pretensiones planteadas en la demanda y iv) la contracautela.[465]

---

462 Artículo 50 del Reglamento de Arbitraje de la CCL.

463 Capítulo v del Reglamento de Arbitraje de la PUCP.

464 Artículo 37 del Reglamento de Arbitraje de AmCham.

465 Arrarte Arisnabarrete, Ana María. *Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano.* En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.° 7, p. 128. Respecto a la contracautela, consideramos que ella no se debe entender como un presupuesto esencial de toda medida cautelar, ya que es un requisito formal y no de decisión cautelar; siendo su propósito el garantizar la reparación de los daños ocasionados por la ejecución de la medida cautelar, por quien la ha soportado.

La tutela cautelar en todo sistema, sea éste público o privado, tiene la finalidad de garantizar la posibilidad práctica de la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos, desplegando la función de neutralizar los probables daños que se podría ocasionar a la parte que tiene (probablemente) la razón por o a causa de la duración del proceso arbitral.[466] La medida cautelar solicitada por la parte que fue desfavorecida por la «decisión» del DAB, presupone la existencia de un conflicto de intereses, siendo una carga del demandante para proteger un supuesto derecho reclamado en el proceso. Nosotros entendemos que si bien es un derecho legítimo que las partes deseen llevar la decisión ante un tribunal arbitral, confiamos en que la misma va a ser lo más justa posible, debido a los mecanismos que respaldan la eficacia del DB.

Por lo tanto, si la parte que ha iniciado el arbitraje y desea suspender la «decisión» del DAB, ella misma debe ser quien invoque una medida cautelar dentro del arbitraje. Por lo que es viable preguntarnos, ¿por qué no resulta recomendable presentar una solicitud de medida cautelar fuera del arbitraje? Para contestar ello, debemos responder la siguiente pregunta: ¿desde cuándo el tribunal arbitral tiene competencia para tomar conocimiento de una medida cautelar?

De acuerdo al artículo 47 del DLA, el tribunal arbitral debe estar constituido para adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo. Por lo que, de acuerdo al artículo 27 del DLA, una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido; por ende, puede emitir medidas cautelares.

Evidentemente, esto sólo opera en el escenario en que la decisión final, garantizada por la medida cautelar, sea adversa al demandante, solicitante de la tutela cautelar. Por ello, va a ser explicado de manera independiente, otorgándole una naturaleza de desincentivo sobre futuras medidas cautelares infundadas.

466 ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, 2003, p. 659.

¿Es recomendable presentar una medida cautelar fuera del arbitraje? La parte que desea presentar su medida cautelar antes del arbitraje, la debe realizar ante el Poder Judicial, el mismo que tiene competencia para dictar medidas cautelares, en tanto el tribunal arbitral no se haya constituido. Al respecto, consideramos que acudir al Poder Judicial es ineficiente, debido a que si bien cualquiera de las partes puede presentar una medida cautelar desde el día siguiente a la emisión de la «decisión», lo más probable es que el Poder Judicial no la admita antes de que se constituya el futuro tribunal arbitral, por lo que, una vez constituido dicho tribunal, la autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitir el expediente arbitral en el estado en que se encuentre al tribunal arbitral constituido.[467]

Además, recordemos que el tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado el juez ordinario. Por otro lado, el Poder Judicial presenta poco conocimiento técnico y jurídico sobre la comprensión de la naturaleza contractual de una «decisión» emitida por un DAB. Por todo ello, consideramos ineficiente que una parte presente una medida cautelar fuera del procedimiento arbitral.

Ahora bien, consideramos pertinente analizar solamente los requisitos primordiales de toda medida cautelar. Cabe precisar que hemos mencionado tres requisitos, los cuales son presupuestos necesarios para el dictado de toda medida cautelar, entre los cuales está la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación de la medida solicitada.[468] Debemos anotar que nos vamos a concentrar en los dos primeros requisitos, los cuales casi siempre son analizados por

[467] Procedimiento establecido en el numeral 5 del artículo 47 del DLA.

[468] Priori Posada, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA Editores, 2006, pp. 36-95. Y, respecto de considerar la adecuación como un elemento adicional de la tutela cautelar, nos remitimos a la STC n.° 01209-2006-AA, fundamento 5. Caso *Ambev* con *Backus*. Voto singular Alva Orlandini y Landa Arroyo: «para determinar la invalidez constitucional de una medida cautelar, no basta con evidenciar la falta de adecuación formal entre

un tribunal arbitral al momento de presentar la solicitud de medida cautelar.

Respecto a la adecuación, si bien está reconocida por el Tribunal Constitucional, es posible de ser subsanada y no es un requisito *sine qua non*, como los anteriores. Y es que la adecuación busca que la medida cautelar sea congruente con la pretensión planteada; supone que exista una correlación lógica que necesariamente deberá establecer entre la cautelar concedida y el objeto de la tutela, va a existir adecuación en los pedidos de medida cautelar, siendo éste un presupuesto que tiene a su vez como requisitos la congruencia y la proporcionalidad (respecto del carácter cualitativo y cuantitativo de la medida solicitada).[469]

Para el primer requisito, que es la apariencia de existencia del derecho (*fumus boni iuris*), se requiere que los árbitros alcancen la certeza sobre la existencia del derecho del demandante; es decir, basta que los árbitros analicen sólo la verosimilitud de dicha existencia para que el solicitante obtenga la tutela pretendida.

¿A qué denominamos verosimilitud? Ariano, nos señala que lo verosímil es lo que probable o posiblemente sea verdadero; basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, para decirlo con mayor claridad, basta que según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la decisión principal pueda declarar el derecho en sentido favorable aquél que solicita la medida cautelar.[470] Para poder aterrizar en dicho concepto, nos amparamos en lo señalado por Calamandrei, quien precisa que no se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino solamente for-

---

el petitorio principal y la orden cautelar, sino que es necesario acreditar de modo fehaciente, la afectación constitucional a la que dicha inadecuación da lugar».

469 Priori Posada, Giovanni. *Op. cit.,* p. 87. Citando a Juan Monroy Palacios.

470 Ariano Deho, Eugenia. *Op. cit.*, p. 663.

mular un juicio de probabilidad de su existencia, sobre la base de una cognición sumaria y superficial.[471]

En el caso concreto, cuando una parte solicite la medida cautelar al inicio del arbitraje, puede argumentar fácilmente que ha existido un procedimiento resolutivo de controversias donde la motivación de la «decisión» está bajo el presupuesto de la legalidad. Por ello, dicho acto de acuerdo a sus intereses, debe fundamentarse en que ha caído en error y el porqué se considera tener derecho sobre la disputa, y demostrar que la «decisión» del DAB lo está perjudicando, situándolo en un ambiente de peligro.

Con todo lo argumentado, el árbitro no tiene que evaluar a futuro el fundamento final de la pretensión, sino más bien tiene que considerar, por lo menos, que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible o, en todo caso, que exista una posibilidad razonable de que la pretensión sea declarada fundada.[472]

Como segundo requisito fundamental en las cautelares, tenemos el peligro en la demora (*periculum in mora*). Y es que la urgencia es el verdadero fundamento para legitimar la jurisdicción cautelar. De acuerdo a Monroy, constituye el presupuesto más importante del pedido cautelar, a tal punto de que algunos autores[473] lo consideran como el verdadero fundamento de la teoría cautelar.[474] El peligro en la demora está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento del laudo, siendo sólo el transcurso del tiempo el que constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial; es decir, no es

---

471 Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 77.

472 Monroy Palacios, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002, pp.172-173.

473 Ramos Méndez, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, 5.ª edición, tomo ii, p. 945.

474 Monroy Palacios, Juan José. *Op. cit.*, p. 175.

el peligro genérico de daño jurídico, el cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria, sino que es, específicamente, el peligro de ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la resolución definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.[475]

Ariano enfatiza que no existe razón que justifique la concesión de cualquier forma de tutela cautelar, que no sea el peligro que para determinada situación representa la duración misma del proceso de fondo.[476]

Por lo expuesto, consideramos que la solicitud de suspensión de la «decisión» emitida por el DAB, se adecúa como un peligro en la demora, y es que si el demandante considera tener derecho, debe demostrar que a más tiempo transcurra, se le está vulnerando sus derechos, a tal punto que el peligro en la demora constituye una amenaza de que su pretensión en la demanda arbitral se torne ineficaz, luego de estimarse la misma a la finalización del proceso.

En el caso de una obra, el tiempo siempre juega en contra de los daños que se pueden generar; y, si una parte considera que la decisión mediante el transcurrir del tiempo le va a generar un daño creciente, pues debe, en efecto, demostrarlo. Por ejemplo, si en la «decisión» del DAB se le obliga a realizar un pago y la parte demandante desea suspender dicha «decisión» debido a que la considera injusta.

Nuestra recomendación es que al momento de solicitar la medida cautelar, el demandante explique de manera adecuada cuál ha sido el daño causado sobre el derecho pretendido, y es que el daño puede ser parcial o puede darse una afectación total o irreparable. Lo que ocurre, es que, en ambos casos, se encuentra claramente configurado el peligro en la demora.

---

[475] Calamandrei, Piero. *Op. cit.*, p. 42.

[476] Ariano Deho, Eugenia. *Op. cit.*, p. 661.

De acuerdo a lo analizado, el querer suspender una decisión mediante una medida cautelar, puede llegar a ser aceptada por el tribunal arbitral, dejando establecido que el análisis, más que todo, es casuístico.

Ahora bien, en caso la decisión y la situación del demandante se encuentren fundamentadas dentro de los presupuestos de la tutela cautelar, es necesario analizar de qué modalidad de medida cautelar se trataría. El DLA, ha regulado de manera expresa algunas modalidades de medidas cautelares; entre ellas, tenemos a las medidas conservativas o de no innovar, las medidas innovativas, las medidas de futura ejecución forzada; y, por último, se regula la figura denominada como prueba anticipada. Todas ellas son figuras del CPC presentes en el DLA.

Por lo mismo, consideramos que el solicitar la suspensión de una «decisión» emitida por el DAB, puede considerarse una medida innovativa, conforme lo establece el literal b) del inciso 2 del artículo 47 del DLA, donde se faculta al tribunal arbitral el ordenar a una de las partes:

> Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral.

¿Por qué la parte que desea suspender los efectos de una decisión tendría que elegir una medida cautelar innovativa? Recodemos que cuando el DAB emite su «decisión», ésta es vinculante para las partes, siendo de cumplimiento obligatorio, desde el momento en que es notificada. Lo más probable es que en la «decisión» emitida por el DAB, se establezca una fuente que regule nuevas obligaciones o aclare sobre la competencia de obligaciones que no se encontraban establecidas de manera clara en el contrato de construcción.

Como hemos mencionado, la parte que se ve desfavorecida por la «decisión», sólo podrá solicitar una medida cautelar cuando se ha demostrado que existe un daño latente que se va a acrecentar con el transcurrir del tiempo; por lo mismo, es correcto que los efectos de la cautelar sean los de impedir el daño actual o inminente que se genera por el tiempo que ha de transcurrir en el arbitraje. Por lo mismo, cuando se emite una «decisión», la relación jurídica ha sufrido un cambio, y si una parte desea acudir a un arbitraje para cambiar el sentido de la misma, es porque se le está generando daños.

En ese sentido, es correcto el uso de una medida cautelar innovativa, la cual se solicita para impedir algún daño actual o inminente. Lo que finalmente se está solicitando es que se adelante uno de los efectos del laudo como si el mismo hubiera sido fundado.

Esta situación reviste un mayor riesgo al momento de solicitar una medida cautelar. Sin lugar a dudas pueden presentarse actos de mala fe, dado que la posible suspensión de la «decisión» podría afectar los verdaderos derechos de la otra parte, sumado a los daños que puede sufrir la obra debido a la suspensión de la decisión. Por ello, consideramos que para proceder a desincentivar esta mala *praxis*, se configure una verdadera contracautela que garantice el resarcimiento de los posibles daños que pudiera ocasionar la medida cautelar, no siendo suficiente la presentación de una caución juratoria para tales efectos.

¿Funcionaría la contracautela como un verdadero desincentivo? La contracautela o caución juratoria es la garantía otorgada por el solicitante de una medida cautelar. Respalda el pago de una indemnización a favor del afectado en caso la medida se ejecute indebidamente. O, como bien señalan De la Oliva Santos, Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres, la finalidad de la contracautela es «[…] servir de garantía al demandado para resarcirse de los daños y perjuicios que le haya causado la medida

cautelar si, con posterioridad, la demanda es desestimada y, por tanto, se demuestra la falta de fundamento de la cautela adoptada […]».[477]

El numeral 8 del artículo 47 del DLA señala que: «El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios», no existiendo un criterio que sirva para fijar el monto de esta garantía.

Debemos señalar que cuando se emite una medida cautelar, se va a emitir sin tener la certeza del derecho; y, como hemos explicado, sólo se va a tener la mera apariencia de ese derecho que le lleva a aproximarse a una tutela cautelar, justificada por la urgencia de la no afectación debido a los efectos de la decisión. Por lo tanto, ante la falta de certeza, el árbitro tiene que voltear la mirada hacia el ejecutado y brindarle otro tipo de tutela cautelar frente al daño que le pudiere generar la emisión de la cautelar. Así como la parte demandante considera tener derecho para solicitar la suspensión de la decisión, debe asumir el riesgo al ser beneficiado con la medida cautelar.

La eficacia del DB consiste, justamente, en que se respete la decisión emitida por los adjudicadores, lo cual genera un dinamismo para el desarrollo de la obra. Si bien la parte que acude al arbitraje está actuando legalmente, lo que se desea es recurrir al arbitraje cuando las probabilidades de un cambio en la «decisión» del DAB son mínimas. La contracautela funciona como un importante desincentivo para quienes solicitan una medida cautelar sin contar con una alta probabilidad de ganar el caso. Un individuo racional no está dispuesto a asumir el pago

[477] De la Oliva Santos, Andrés, Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vega Torres. *Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos Especiales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2005, 3.ª edición, pp. 394-395.

de una indemnización si sabe que al final del proceso es muy probable que pierda; y, por tanto, la medida cautelar que solicitó seguirá la suerte del principal. La contracautela aplicada correctamente desincentiva medidas cautelares indebidas.[478]

Consideramos correcto, lo señalado por Ledesma, al afirmar que:

> La contracautela opera como una garantía por la realización de la medida cautelar. Se funda en el principio de igualdad, pues no sólo se debe pretender asegurar al actor un derecho no actuado, sino que también debe preverse la posibilidad de asegurar al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños generados por la medida cautelar […]. Como la medida cautelar nace para una función asegurativa, la misma puede cumplir satisfactoriamente con su objetivo o puede ser inútil y provocar perjuicio. El carácter contingente participa del riesgo. Si no se ampara la demanda, hay la obligación de indemnizar al perjudicado con la ejecución. Pero, la obligación de indemnizar no surge porque la medida cautelar dictada sea injusta, sino por el hecho de que su expedición y ejecución importa un riesgo que debe ser asumido por quien se beneficia con él.[479]

Por lo mismo, si bien queda establecido por el DLA, la viabilidad de la presentación de una contracautela, es necesario que exista un criterio para su cálculo, ya que si no se establece uno, lo más probable es que aumente el riesgo e incertidumbre respecto de la eficacia de la medida cautelar. El demandante con derecho verosímil puede verse en la imposibilidad de otorgar una caución fijada por el juez en un monto excesivamente alto. En el otro extremo, el demandado puede verse desprotegido con una caución menor al daño que potencialmente puede sufrir con la ejecución de la medida. Justamente esto es lo que queremos evitar, que

---

[478] Reggiardo Saavedra, Mario. «El cálculo de la contracautela». En *Blog El Cristal roto* de la Universidad del Pacífico, 2011. Consulta en: http://bit.ly/US7B5p.

[479] Ledesma Narváez, Marianella. *Op. cit.*, p. 132.

sumado a la mala *praxis* del demandante, éste sea premiado con una irregular e injusta indemnización sobre la suspensión de la decisión.[480]

Es incorrecto que las partes estén de acuerdo en fijar fórmulas abiertas, como lo «razonable» o lo «pertinente», debido a que esas fórmulas nunca salvaguardan ninguna garantía y, sobre todo, incrementan la posibilidad del error y debilitan el marco institucional. Por ello es que estando bajo el contexto del derecho de la construcción, es viable que la determinación de una contracautela sea correctamente determinada respecto a los costos que se pueden expresar.

Consideramos que los costos reales se van a expresar al momento en que la otra parte presente la oposición de la medida cautelar, donde justamente señalará cuáles son los costos que se están agravando debido a una posible suspensión de la decisión del DB. Recomendamos que al momento en que se establezcan los costos, se debe separar el costo respecto al cumplimiento de la decisión; y un segundo costo referido a los daños que genera el suspender la decisión mediante la medida cautelar.

En el presente caso no es viable que aparezca o se admita una contracautela indeterminada, porque si bien la suspensión de la decisión no genera daños patrimoniales frente al demandado, siempre la obra por la suspensión de una controversia, va a generar costos de pérdida, por lo que se tiene que agregar como variable a considerar el daño que la medida cautelar produce en terceros, donde en el caso concreto no va a ser probabilístico. Es posible cuantificar el daño o el aumento del costo de la obra mediante factores técnicos.

En efecto, en el marco del parámetro propuesto, se supone que una concesión errónea de una medida cautelar va a generar perjuicios a la demandada y que, en algún momento posterior, dichos daños deben ser trasladados a quien deba soportarlos, en la eventualidad de que el demandado obtenga un resultado favorable. Por lo mismo, el régimen

[480] Reggiardo Saavedra, Mario. *Op. cit.*

de responsabilidad va asociado ineludiblemente a la referida propuesta, ya que con su establecimiento se trasladan los perjuicios de la parte que los sufre a quien deba, en definitiva, soportarlos. En este caso siempre va a ser el demandante de la tutela cautelar.[481]

En ese sentido, consideramos viable la presentación de una medida cautelar dentro del arbitraje que va a revisar o examinar la decisión emitida por el DAB. Sin perjuicio de ello, estimamos importante que así como bien se tiene el énfasis de querer suspender la decisión, también se asuma y se garantice los costos tanto del demandado como de la obra, los cuales casi siempre van a sufrir un desmedro económico al momento de suspender una «decisión» del DAB.

1.2.4. ¿Incumplimiento de la determinación? Es necesario imponer sanciones

Uno de los temores que aparecen al momento de constituir un DB dentro de un contrato de construcción, es el hecho de que las partes sienten inseguridad respecto a la ejecución o cumplimiento de las «decisiones» emitidas por el DAB; debido, como hemos señalado, a que no cuentan con ningún título ejecutivo, y mucho, menos con jurisdicción.

El incumplimiento de la decisión es uno de los motivos por los cuales los detractores del DB, consideran que este mecanismo lo único que va a hacer es retrasar la obra, ya que al final todo se va a llevar a arbitraje; y es que muchos consideran que el DB es un mecanismo de resolución de controversia y que si no existe un poder de *coertio* y *executio* sobre el adjudicador, este mecanismo resulta ineficaz. Este razonamiento es equivocado, ya que se olvidan de que el DB está circunscrito a dos funciones principales.

---

[481] Carrasco Delgado, Nicolás. «La contra cautela. Una mirada desde el análisis económico del Derecho Procesal». En *Derecho y Humanidades*. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010, n.° 16, vol. 2, p. 175. Consulta en: http://bit.ly/1wSnmHb.

En primer lugar, la prevención, y en segundo lugar, la resolución de disputas. La prevención, es justamente la función base de la eficacia del DB. Debido a las facultades y obligaciones de los adjudicadores, este mecanismo está hecho para acompañar la obra, prevenir posibles controversias, y velar por que se cumpla con el plazo de ejecución de la obra. En caso que surja una controversia, el DB tiene la facultad, el conocimiento y la experiencia técnica como para enfrentarlo y solucionarlo de inmediato.

Por ello, cuando se tienen dudas sobre la ejecución de las decisiones o el poder del cumplimiento, ello no quiere decir que se deba poner en tela de juicio la eficacia del DB. Sin embargo, es importante poder proporcionar mecanismos que contravengan esta ausencia de poder de parte de los adjudicadores.

Se debe entender que la «decisión» emitida por el DAB tiene naturaleza contractual, y debido a la voluntad de las partes, es desde el día siguiente de ser notificada. Como explicamos en el segundo capítulo, el que la «decisión» sea vinculante, quiere decir que su cumplimiento resulta obligatorio.

Nuestra misión es no «matar» el contrato sino mantenerlo «vivo». Por lo mismo, necesitamos de un mecanismo que desincentive que las partes incumplan lo señalado en las decisiones. Para ello, el mismo contrato de construcción debe prever dispositivos donde se generen que las mismas partes sean las impulsoras del cumplimiento del DB.

En el Perú, debido a que el DB es una manera poco conocida de resolver o prevenir las controversias, resulta poco efectivo exigir a las partes que cumplan con una «decisión» emitida por el DAB, ya que no existe un conocimiento ni experiencia previa sobre el uso del DB. Por ello, consideramos conveniente presentar instrumentos que pueden ir dentro del contrato de construcción, los cuales van a dar mayor fuerza

a las decisiones, teniendo que pensar dos veces en si es conveniente incumplir una «decisión» emitida por el DAB.

1.2.4.1. Resolución del contrato de construcción: ¿incentivo de cumplimiento?

El incumplimiento de la decisión del adjudicador es una consecuencia lamentable, pero real al momento de instalar un DB. Decimos que es lamentable debido a que muchos consideran que el adjudicador es solamente un tercero experto que no tiene poder alguno que lo respalde, y que el incumplimiento de su decisión no va a traer consecuencia alguna. Todo lo contrario al incumplimiento de una sentencia o laudo arbitral, cuya negativa a su ejecución afecta gravemente a la efectividad del sistema jurídico nacional (esfera objetiva), lo que, a su vez, atentaría *per se* contra el derecho fundamental a la ejecución de los pronunciamientos jurisdiccionales, contenido de la tutela judicial efectiva.

Una muestra de ello es lo señalado en el artículo 53 del CPC, que señala como una facultad coercitiva del juez, el imponer multas compulsivas y progresivas destinada a una de la partes, para que cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su sentencia, así como disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resista su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia. Cabe resaltar que las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato; siendo evidente que dicha facultad no va a corresponder a un adjudicador.

Por lo mismo, consideramos proponer como incentivo para el cumplimiento de las «decisiones» emitidas por el DAB, el mecanismo de resolución contractual estipulado por el Código Civil, el cual funciona como norma supletoria al contrato de construcción, siendo su función la de reducir los costos de transacción, previniendo la posible contingencia que podría presentarse.

¿Es posible emplear el mecanismo de resolución contractual dentro de un DB? El ordenamiento jurídico confiere a una parte el derecho de resolver judicial o extrajudicialmente la relación jurídica contractual. Sin perjuicio de ello, la resolución por incumplimiento es un mecanismo de tutela que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los contratantes para remediar la lesión que les provoca el incumplimiento de la otra parte. En el caso en concreto, lo que atenta contra el desarrollo normal y la finalidad del contrato de construcción es, precisamente, la situación de incumplimiento de la «decisión» del DAB por parte del deudor, de manera que la resolución debe ser entendida como un remedio para esa situación patológica y no como un atentado contra la finalidad del contrato.[482]

Bajo este razonamiento, el CC presenta tres formas de actuar la resolución por incumplimiento. En primer lugar, nos referíamos a la «resolución judicial», que está recogida en el artículo 1428;[483] es decir, a aquélla que se actúa a través de un proceso judicial (o arbitral) y en donde la ineficacia tiene lugar como consecuencia de una sentencia o laudo constitutivo.

Por otro lado, se encuentra, la «resolución por cláusula expresa», en caso las partes hayan pactado una cláusula resolutoria expresa a favor de una de las partes, estableciéndose claramente la prestación que debe incumplirse para dar lugar a la resolución, conforme lo establece el artículo 1430[484] del Código Civil; y, por último, la que vamos a analizar y utilizar, la «resolución por intimación» o también denominada

---

[482] Forno Flórez, Hugo. «Resolución por intimación». En *Thémis*. Revista publicada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Lima. Lima, 1998, n.° 38, p. 112.

[483] Artículo 1428 del Código Civil.- «En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios».

[484] Artículo 1430 del Código Civil.- «Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo,

«resolución por autoridad del acreedor», en la cual se puede resolver el contrato en caso de cualquier incumplimiento del contrato por una de las partes, para lo cual se debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 1429 del Código Civil, que a la letra dice:

> Artículo 1429 del CC
> En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.

Ahora bien, antes de analizar el presente artículo, nos gustaría aclarar el motivo por el cual consideramos el porqué funcionaría dicho mecanismo en el DB. Y es que el adjudicador deriva su poder de la facultad que le han conferido las partes en virtud del «Acuerdo Trilateral» y el «Acuerdo de DB» del contrato de construcción, y en base a que la «decisión» emitida por el DAB no es una verdadera sentencia o laudo, sino que su obligatoriedad deviene de la voluntad de las partes, la cual es obligatoria *per se*, como todo contrato.

El DB se encuentra circunscrito al contrato de construcción; podríamos decir que su existencia depende de la existencia del contrato principal, por lo que estaríamos dentro de una conexión accesoria. Es por ello que siendo la resolución contractual un remedio frente al incumplimiento de una prestación; en este caso, sería el incumplir una decisión del adjudicador, ello permitiría que la terminación del contrato de construcción funcione como un incentivo para que las partes cumplan con lo dicho por el adjudicador, debido a que las consecuencias

---

establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria».

y los costos de una resolución contractual son mayores a los costos de asumir una «decisión» del DAB.

Ante este panorama, es pertinente señalar que la resolución por intimación se encuentra dentro del Título vi relativo a los «Contratos con prestaciones recíprocas» del Código Civil que, a su vez, está comprendido por la Sección Primera que concierne a los «Contratos en general», dentro del Libro vii, que se ocupa de las Fuentes de las Obligaciones. Paralelamente, debemos señalar que el contrato de construcción es, fundamentalmente, un contrato bilateral, con prestaciones recíprocas, a través del cual el constructor se obliga a hacer una obra determinada y el propietario a pagar una retribución.[485]

Por tanto, no puede existir ninguna duda acerca de que el sistema de resolución por intimación es aplicable a todos los contratos con prestaciones recíprocas, entre ellos, el contrato de construcción.

Los contratantes, al momento de elaborar su cláusula de resolución contractual, deberían considerar como una causal de resolución del contrato de construcción, el incumplimiento o inejecución de la «decisión» emitida por el DAB; en base a lo estipulado por el artículo 1429 del Código Civil, o estipular dentro de las obligaciones esenciales de las partes, el cumplimiento de la «decisión» emitida por el DAB.

¿Por qué consideramos que este tipo de resolución es la mejor para el DB? El procedimiento que nos plantea el artículo 1429 del Código Civil, se podría considerar innovador, bajo los tradicionales tipos de resolución que hemos nombrado, pues la ley faculta al acreedor para comenzar el procedimiento de resolución cuando se incumple una prestación, en este caso el incumplimiento de la «decisión».

Si una de las partes incumple la «decisión» del DAB, se le puede requerir para que dentro de un plazo no menor de quince (15) días,

[485] Castillo Freyre, Mario y Laura Castro Zapata. *Op. cit.*, p. 939.

cumpla con la «decisión» del DAB. Si persiste con su incumplimiento, se le podrá resolver el contrato de construcción. El presupuesto de hecho de la norma se ajusta a la finalidad y a los efectos de un contrato de construcción. Ya que, si en un primer momento se incumple con la «decisión» del DAB, se brinda una segunda oportunidad a la parte deudora para que proceda a ejecutar la «decisión» del DAB. Este procedimiento es importante en el DAB, pues la «decisión» del adjudicador es primordial y constituye uno de los movimientos de la dinámica del mecanismo como método de resolución de controversias. Por ello, siempre es lo más recomendable buscar el cumplimiento de la decisión.

Lo que hace el artículo 1429 es conjugar dos alternativas de solución para el mismo problema. Sin embargo, se podría decir que estas alternativas se presentan de manera incongruente respecto a la finalidad de la norma. Por una parte, la exigencia de cumplimiento, que constituye el ejercicio del derecho de crédito; y, por otra parte, la resolución, eliminando toda relación contractual, ello sumado a los daños y perjuicios que se pueden solicitar.

Forno señala que la razón de que la norma establezca dos soluciones, es que constituyen la respuesta que el ordenamiento ofrece para la realización de dos tipos de intereses también distintos e incompatibles: el interés en la obtención de la prestación, y ante la lesión definitiva de este primer interés debido al incumplimiento, el interés del acreedor en la liberación de la relación contractual.[486]

En el caso concreto, está a disposición de la parte acreedora el exigir el cumplimiento de la ejecución de la decisión.

De la Puente, citando a Santiago, indica que: «debemos dejar bien sentado que este procedimiento extrajudicial está destinado más a la ex-

[486] Forno Flórez, Hugo. *Op. cit.*, p. 108.

tinción del contrato, que al cumplimiento del mismo».[487] Nosotros no estamos de acuerdo con esa postura, pues si bien es un procedimiento resolutivo, la norma ha previsto un plazo para el cumplimiento de dicha obligación; en consecuencia, si se cumpliera dicha obligación, desaparece la lesión que hacía surgir el derecho potestativo de resolución. Si la finalidad del mencionado método fuera la de resolver el contrato, estaríamos bajo la denominada cláusula resolutiva expresa, estipulada en el artículo 1430 del CC, donde el mero requerimiento del incumplimiento de una obligación expresada en la cláusula resolutoria genera la resolución de pleno derecho.

En ese sentido, De la Puente, citando a Mirabelli afirma que: «La ley une el efecto resolutorio al acto del requerimiento, en cuanto adjunto a ello viene tutelado el interés del deudor a obtener un tiempo suficiente para cumplir, evitando la consecuencia del precedente incumplimiento, y el acreedor queda vinculado al acto por el emitido».[488]

Dentro de un contrato de construcción, bajo el precepto de que ambas partes deben estar bajo un marco de cooperación, es necesario que la parte deudora deba contar con un tiempo suficiente para cumplir con la decisión. Obviamente, si no la cumple dentro del plazo establecido, la parte interesada podrá iniciar de manera automática la resolución del contrato, generando la ineficacia del mismo.

¿Qué pasaría si la parte incumple por causa no imputable a ella? ¿Es posible la resolución del contrato?

---

[487] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo ii, p. 422. Citando a: Santiago, Horacio C. *Pacto comisorio en contratos*, dirigido por Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1989, p. 347.

[488] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Loc. cit.*, citando a Mirabelli, Giuseppe. *Delle obligazioni-Dei contratti in generale*. Torino: Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1980, p. 619.

Sin lugar a dudas, esta pregunta es relevante para ser analizada en conjunto con el mecanismo del DB, ya que la regla general, de acuerdo al artículo 1431[489] del CC, en concordancia con el numeral 5 del artículo 1138,[490] y el artículo 1156[491] del mismo cuerpo normativo, es que en caso la prestación estipulada en un contrato de prestaciones recíprocas se torne imposible sin culpa de las partes, el contrato de construcción queda resuelto de pleno derecho, y las partes deben restituirse lo que hubieran ejecutado por razón del contrato.

Y si nos remitimos al artículo 1317[492] del CC, que establece que el deudor no responde del incumplimiento (o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso) cuando obedece a una causa que no le es imputable, ello significa que el deudor no sólo se libera de la obligación que se tornó imposible, sino que no responde frente al acreedor por el incumplimiento provocado por la imposibilidad.

---

[489] Artículo 1431 del Código Civil.- En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.

[490] Artículo 1138 del Código Civil.- En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

[…]

5. Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

[491] Artículo 1156 del Código Civil.- Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida.

[492] Artículo 1317 del Código Civil.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

Todos estos artículos nos indican que al existir una imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor no se configuraría ninguna indemnización, como bien señala el sistema de responsabilidad civil. Sin embargo, este marco de reglas supletorias que abogan por una injustificada asignación de riesgo debido a una causa externa no atribuible al deudor, está pensado cuando los contratantes realizan de manera regular sus obligaciones dentro de un contrato de prestaciones recíprocas.

Cuando se inicia el proceso de resolución, debido al incumplimiento de una prestación, y la imposibilidad de la prestación sobreviene después de efectuada la intimación, Forno señala que dicho deudor responde como un incumplidor incluso si la imposibilidad se debe a una causa que no le sea imputable; y es que para el citado autor, el plazo que prevé el artículo 1429 de nuestro Código, no es un plazo de cumplimiento; ni, por tanto, debe tener una extensión suficiente para que el deudor pueda, durante su transcurso, ejecutar la prestación.[493]

En lo personal no estamos de acuerdo con lo señalado por Forno, y es que debemos recordar que la finalidad de todo contrato es su cumplimiento, y eso es lo que resalta el legislador al poner un plazo para que justamente se pueda subsanar la lesión constituida por el incumplimiento.

Si bien la resolución es un remedio para enfrentar esta situación patológica que deviene del incumplimiento, ello no quiere decir que va a ir contra la finalidad del contrato, y es que si nos situamos en específico dentro del contrato de construcción, el resolver el contrato teniendo facultad para ello, va a perjudicar de manera innecesaria no sólo a las partes, sino a los terceros que se verían beneficiados por su interrupción. Por eso, el legislador ha establecido un plazo mínimo de quince (15) días para poder subsanar el incumplimiento, basándose en el principio de cooperación entre las partes. Éstas están encaminadas a facilitar el cumplimiento del contrato, además de comportarse lealmente en caso

[493] Forno Flórez, Hugo. *Op. cit.*, p. 111.

de incumplimiento e incluso en la dificultad en el incumplimiento por causas externas a la relación obligacional.[494]

Por ello, no es el acreedor quien debe establecer un plazo de acuerdo a sus intereses de cumplimiento; el plazo debe configurarse respecto al tiempo que necesite el deudor para poder ejecutar íntegramente la prestación.

Analizando el procedimiento del artículo 1429 del Código Civil, el mismo se inicia mediante un primer requerimiento o intimación al deudor vía carta notarial.

Dicha comunicación debe contener tres conceptos de manera expresa, que analizaremos bajo el supuesto de la inejecución de una «decisión» emitida por el DAB. En primer lugar, en la carta notarial se debe exigir al deudor que cumpla con la «decisión» del DAB. Para esto, De la Puente señala que no es suficiente que se requiera a la parte deudora para que cumpla con su obligación, sino que es necesario que se precise en qué consiste esa prestación y se le conmine para que la satisfaga.

Como se ha puntualizado, la resolución por intimación supone una actual subsistencia del interés en el cumplimiento por parte del acreedor, y es que se debe pensar en la obra, y el futuro mismo que van a tener ambas partes si cumplen con la decisión, debiendo mencionar que al momento de intimar el acreedor, pierde la facultad de exigir judicial o arbitralmente el cumplimiento, si su intimación no fuera acatada, y es que si no es acatada, debe resolverse el contrato de pleno derecho.[495]

Como segundo requisito, la carta notarial debe fijar un plazo para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Parte de la doctrina nacional considera que debe ser pensando sobre el momento en

---

[494] Breccia, Umberto. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 149.

[495] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, p. 426.

que decaerá el interés del acreedor sobre la prestación. En nuestro caso, consideramos que el plazo que debe estipular el acreedor tiene que ser el necesario para que la otra parte cumpla con la «decisión» del DAB. Recordemos que el plazo es de cumplimiento y debe ser idóneo para la ejecución de la prestación insatisfecha. Ello, porque dentro del contrato de construcción, resulta mucho más eficaz para las partes cumplir las obligaciones bajo esta interpretación.[496]

En el mismo sentido, la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, dice que la fórmula elegida por el legislador de establecer un plazo mínimo de quince (15) días, si bien puede resultar en algunos casos flexible, es preferible en aras de evitar la incertidumbre que se originaría de adoptarse un «plazo conveniente».[497]

Lo que se genera con este plazo mínimo que estipula el Código Civil, deja a salvo el derecho del deudor para que si encuentra no arreglada a derecho la resolución extrajudicial, pueda impugnarla arbitral o judicialmente. Es obvio que si las partes acuden a este método y no al estipulado en el artículo 1430 del CC o en el artículo 1428 del CC, tienen más interés en el cumplimiento del contrato que en su resolución.

Entonces, cabe preguntar si el plazo que se debe estipular en la carta notarial de requerimiento puede modificarse, reducirse o, inclusive revocarse. Mirabelli[498] y Spallarossa[499] consideran que la parte acreedora no

---

[496] Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1981, pp. 384 y Venni, Juan Carlos. *La revisión del contrato y la protección del adquiriente*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983, p. 378.

[497] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.,* p. 428.

[498] Mirabelli, Giuseppe. *Dei Contratti in Generale.* En: *Commentario del Codice Civile*. Torino: UTET, 1980, p. 619. Citado por: Forno Flórez, Hugo. *Op. cit.,* p. 112.

[499] Spallarossa María Rosa. *Giurisprudenza Sistematica di Diritto Civile e Commerciale, fondata da Walter Bigiavi, I Contratti in Generale, direttoda Alpa e Bessone*. Torino: UTET, 1992, vol. iv, tomo 2, p. 885. Citado por: Forno Flórez, Hugo. *Op. cit.* p. 117.

puede revocar, reducir, ni ampliar el plazo establecido en el requerimiento, por cuanto existe un interés del deudor en la certeza de la situación. Como hemos demostrado, dicho interés es el que protege la ley. En el caso concreto, nos adherimos a la tesis de los citados autores, pero consideramos que si bien se está llevando a cabo un contrato en buenos términos, donde los adjudicadores están haciendo una labor excepcional y donde en un primer momento se nota la intención de cumplir con la «decisión» del DAB. Sin embargo, si la parte deudora necesita que se le amplíe el plazo, estaríamos de acuerdo con ello, dado que es muy posible que el plazo otorgado haya sido ajustado para el cumplimiento de la obligación. Además, no contraviene los derechos ni los intereses del deudor, ya que ambas partes pueden ir bajo un mismo interés en dicho momento, que es el cumplimiento de la «decisión» emitida por el DAB.

Debemos enfatizar que el plazo que conceda el acreedor no debe basarse en premisas relativas, sino que debido a su experiencia en construcción, debe fijar un plazo correcto y consciente, para que la otra parte pueda cumplir con ejecutar la «decisión» emitida por el DAB.

Como último requisito, la carta notarial debe llevar consigo una advertencia sobre el efecto resolutorio para el caso en que al final del plazo la prestación permanezca insatisfecha, como bien lo señala el artículo 1429 del CC.

La Comisión Reformadora del Código Civil, señaló que la expresión «pleno derecho» se configura como una hipótesis de resolución automática, que no exige intervención judicial. De la Puente señala que bajo este razonamiento, es erróneo denominar este tipo de resolución como «por autoridad del acreedor», pues esto puede llevar a creer que es el acreedor el que declara la resolución, lo cual no es cierto, pues el artículo analizado señala que si no se cumple dentro del plazo establecido, el contrato se resuelve de pleno derecho, lo que significa que la resolución opera automáticamente, por ministerio de la ley, sin que sea necesaria declaración alguna. En el caso concreto, para poder fortalecer

el derecho, se puede acudir al panel de adjudicadores para que éste compruebe que se han realizado todos los presupuestos del artículo 1429 del CC, y declare que el contrato de construcción ha quedado resuelto.[500]

Una vez que la carta notarial de intimación ha sido recibida por la parte deudora, la parte que ha incumplido con ejecutar la *decisión* emitida por el DAB tiene varias posibilidades de actuación. La primera, es ejecutar la prestación a su cargo dentro del plazo señalado en la carta notarial, evitando la resolución de la relación jurídica; obviamente, la ejecución deberá ser total, pues en caso contrario no habría propiamente cumplimiento. Un segundo caso puede representar, el que la parte deudora considerase que el plazo concedido no es idóneo para la ejecución de la decisión. Es decir, el acreedor puede ampliar el plazo de la intimación para permitir que dicha parte cumpla con su prestación o no desea ampliar el plazo, a sabiendas de que ello es necesario para el cumplimiento del deudor.

En este último supuesto, consideramos que el deudor puede solicitar al DB que brinde su asistencia informal respecto a la ampliación de plazo de la intimación y, en caso las partes no puedan llegar a un acuerdo a pesar de la opinión del DB o sus buenos oficios, el deudor puede someter formalmente la disputa sobre el plazo para que el DB emita un pronunciamiento al respecto, ya sea determinando que el plazo de la intimación se prorrogue, atendiendo a los motivos expuestos en dicho procedimiento o mantenga el plazo previamente establecido.

Por otra parte, el deudor puede alegar que no se ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 1429 del CC, así como que no se ha cumplido con los presupuestos de la resolución por intimación. Lo mejor es que dicha impugnación sea discutida por el DB, donde su emisión no sea constitutiva, sino que se declare mediante una decisión, que la resolución efectuada por el acreedor es ineficaz o inválida. En la eventualidad de que el DB considere que el procedimiento de resolu-

[500] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.* pp. 430-431.

ción devenga en ineficaz e inválido, se tendrá que retrotraer los actos a la fecha del derecho vulnerado.

La última posibilidad y la menos deseada, es que el deudor incumpla con ejecutar la decisión dentro del plazo establecido por el acreedor. En ese caso y bajo los intereses del acreedor, se procederá a resolver el contrato de construcción, si se rehusara a cumplir con la ejecución. Ello de ninguna manera va a ser una excusa para que se paralice el plazo otorgado por el acreedor, y si el acreedor considera conveniente paralizar el plazo de cumplimiento para resolver el contrato, esto debe ser bajo su propio riesgo.

Si realmente deseamos que este mecanismo de resolución funcione como un incentivo para el cumplimiento de las «decisiones» emitidas por el DAB, es necesario que las partes consideren como obligación contractual el cumplimiento de las decisiones emitidas por el DAB o lo estipulen como causal de resolución del contrato de construcción bajo el procedimiento establecido en el artículo 1429 del CC.

1.2.4.2. ¿Es posible imponer penalidades para el cumplimiento de una determinación emitida por el Dispute Board*?*

Existe un riesgo considerable al momento de constituir un DB y es que, por su misma naturaleza, existe la inseguridad que se asume al confiar en la contraparte para la ejecución de manera oportuna y adecuada una «determinación». Por ello, analizaremos si es eficaz y práctica la aplicación de una cláusula penal, para la tutela de la confianza del acreedor.

Los contratantes pueden estipular, conjuntamente con la obligación o por acto posterior, la cláusula penal, siendo lo más recomendable fijar convencionalmente el monto de los daños y perjuicios, el cual va a corresponder y beneficiar al acreedor en caso el deudor incumpla tal obligación. En el caso en concreto, sería el incumplimiento de una «decisión» emitida por el DB.

La cláusula penal tiene dos características principales. La primera es su accesoriedad, siendo que va a existir en razón de una obligación principal. C*ontrario sensu*, si esta obligación principal dejara de existir, la cláusula penal carecería de función jurídica. Sin embargo, de acuerdo al artículo 1345 del CC, la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. Por otro lado, pese a tener carácter accesorio, la cláusula penal permite que la pena a imputarse pueda ser una obligación divisible, sin que la obligación principal cuente con la misma naturaleza de divisible; es decir, es posible pactar penas de naturaleza divisible por incumplir prestaciones indivisibles.

Por otro lado, tenemos que la cláusula penal es subsidiaria, porque no sustituye a la obligación principal; ella no permite al deudor liberarse de la obligación principal prometiendo cumplir la pena, esto es visto más que todo como una medida de seguridad del cumplimiento de la obligación principal, que la acompaña y no la reemplaza. Si bien el CC no lo señala, es ilógico e iría contra su naturaleza, que la cláusula penal se estipule de manera posterior al incumplimiento, y es que la cláusula penal es la evaluación anticipada de los daños y perjuicios.

Debemos resaltar que la cláusula penal, al igual que los daños y perjuicios, puede asumir naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que se pretende indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación.[501] En nuestro caso, lo que deseamos es que esta modalidad contractual se tome como un incentivo para que las partes acaten lo establecido por los adjudicadores, y más que todo, se desincentive el incumplimiento de la decisión, ya que esto ocasiona externalidades negativas, las cuales al final deben ser asumidas por ambas partes y personas ajenas a la obra.

---

[501] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Obligaciones con cláusula penal». En *Revista de Investigación Jurídica Ius*, vol. v, p. 2. Consulta en: http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf.

Para ello, lo que nos llama la atención de la cláusula penal son los efectos que acarrea por medio de sus funciones. En primer lugar, su función compulsiva, ya que tiende a reforzar el cumplimiento de las obligaciones sin constituir, en estricto, una garantía en términos jurídicos. Lo que se desea es agregar un estímulo que incentive psicológicamente al deudor a cumplir con la prestación principal para eludir el efecto gravoso de la pena. En realidad, el estímulo que impulsa al cumplimiento se puede expresar de manera objetiva, siendo la cuantía de la pena que deberá pagar en caso de incumplimiento.[502]

Por otra parte, Díez-Picazo, considera que la cláusula penal cumple una función punitiva. De este modo, se entiende a esta institución como la sanción que puede sufrir el deudor en caso no cumpla debidamente su obligación.[503]

Esta función solamente va a operar cuando así lo hayan pactado las partes. Es ahí que ella se encuentre cercana en relación con la facultad que tienen las partes de estipular penas privadas para los supuestos de incumplimiento, generando un mecanismo útil que va a fortalecer el vínculo obligacional. Cabe precisar, que debido al artículo 1346 del CC, esta función es relativa, como veremos más adelante.

Como tercera función principal, tenemos que la cláusula penal puede llegar a ser acumulativa; es decir, que se permite la agravación de responsabilidad, y que las partes pacten de manera expresa que el acreedor podrá pedir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena. Cabe señalar que esta función se encuentra negada para las penalidades compensatorias. La que busca que el deudor no deje de cumplir de manera íntegra e idónea la prestación debida;[504]

---

[502] Gutiérrez, Walter y Alfonso Rebaza. «Cláusula Penal». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 1054.

[503] Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1993, 4.ª edición, tomo 1, p. 60.

[504] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit*. p. 4.

en cambio, cuando nos encontramos en cláusula penal de mora o en seguridad de un pacto determinado, se puede estipular dicha función, como bien lo establece el artículo 1342 del CC.

Bajo este último artículo, encontramos que el ordenamiento legal, si bien regula la función acumulativa para los casos de mora, también admite un segundo supuesto de penalidades acumulativas, relativo a las cláusulas penales pactadas en seguridad de un pacto. Dicha regla otorga la facultad para que los contratantes, bajo el ejercicio de su autonomía, le den importancia a un interés no protegido ni prohibido por el derecho, pero que ellos anhelan tutelar. Este supuesto sería el indicado en caso las partes deseen estipular una penalidad sobre el incumplimiento de una «determinación» emitida por el DB, y es que, justamente, las partes necesitan de este mecanismo para confrontar sus dudas y temores.[505]

De manera precisa, Walter Gutiérrez y Alfonso Rebaza,[506] analizan el supuesto de hecho del artículo 1342 del Código Civil, en el caso de la penalidad del pacto determinado, indicando que la pena se aplica como sanción privada —voluntariamente asumida por las partes— para el caso de retardo en el cumplimiento. No obstante, se advierte que este tipo de penalidad cumple una función semejante a la de las penas pactadas para el caso de mora, por cuanto ambas resarcen el retardo en el cumplimiento de la obligación; es decir, repara el daño para su cumplimiento.

De este modo puede entenderse este tipo de penalidad, habida cuenta de que no resulta posible pactar penalidades en seguridad de un pacto para el caso de incumplimiento definitivo, por cuanto, si bien se podría demandar el pago de la penalidad, el cumplimiento de la obligación ya no sería exigible, con lo cual se pierde el carácter acumulativo de la pena a que se refiere la norma bajo análisis, que es el que nos interesa en el presente trabajo, ya que bajo un contrato de construcción si una parte

---

[505] Albaladejo, Manuel. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Librería Bosch, 1980, vol. 2 tomo 2, p. 185.

[506] Gutiérrez, Walter y Alfonso Rebaza. *Loc. cit.*

no cumple con una «decisión» del DAB, no es que la otra parte queda tranquila si es que se compensa en dinero, ya que pueden ser trabajos técnicos para lo cual es necesario que se cumplan —sí o sí— en beneficio de la obra. Por lo mismo, no estamos ante una función compensatoria.

Asimismo, Enneccerus considera que la pena convencional contiene la promesa de una prestación que sirve exclusivamente a la obligación principal, debiendo asegurar el cumplimiento de la misma como medio de presión.[507]

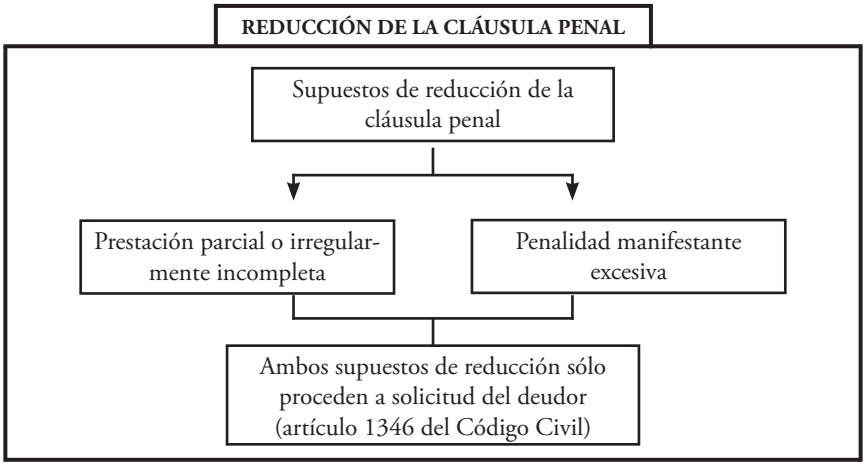
Por todo lo expuesto, resaltamos la importancia de lo señalado por Mattei,[508] quien indica que bajo un sistema jurídico eficiente, la cláusula penal es una figura muy útil, pues trae consigo muchos beneficios; entre ellos, que las partes persigan sus intereses (el acreedor, un «seguro» frente al incumplimiento; y el deudor, un mejor margen de ganancia), además de que los deudores den una señal al mercado sobre su confiabilidad; se refuerce la vigencia del principio *pacta sunt servanda*; y, por último, se evite el ingreso a un sistema de solución de controversias para fijar el monto del daño. Sin embargo, estas dos últimas características, muchas veces no se cumplan e incluso procede ir contra ellas, bajo lo establecido en nuestro Código Civil.

Lastimosamente en el caso peruano, el artículo 1346 del CC señala que: «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida». En dicho artículo, se faculta al deudor a solicitar judicialmente su reducción por considerarla manifiestamente excesiva. Nos queda claro que bajo este presupuesto se desnaturaliza la institución jurídica de la cláusula penal. Lo graficamos de la siguiente manera:

---

[507] Enneccerus, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1947, vol. 1, tomo ii, p. 185.

[508] Mattei, Ugo. «The comparative law and economics of penalty clauses in contracts». En *American Journal of Comparative Law*, 1995, vol. xliii, n.° 3, p. 429.



Osterling Parodi, Presidente de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, bajo este supuesto de mutabilidad de la cláusula penal estipulada en el artículo 1346 de nuestro Código señala que: «para que los jueces estén en aptitud de acceder a la reducción de la pena "manifiestamente excesiva", tendrá necesariamente que ventilarse en juicio la eventual existencia y cuantía de los daños y perjuicios».[509]

Ferrero Costa critica el inconveniente de la fórmula adoptada, pues para ello el juez deberá entrar a la evaluación de la existencia y cuantía de los daños y perjuicios.[510] Sin lugar a dudas, se está vulnerando el principio *pacta sunt servanda*, que determinaba su inalterabilidad.

Todo aquello que en buena parte se desea evitar, si aplicamos penalidades como un castigo al incumplimiento de la «determinación» del DB, se procederá a iniciar una discusión paralela sobre el *quantum* de la penalidad, donde las partes van a tener que discutir el monto de los daños. El deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de

---

[509] Osterling Parodi, Felipe. *Las obligaciones*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 267.

[510] Ferrero Costa, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones.* Lima: Grijley, 2000, 3.ª edición actualizada, p. 292.

la inejecución son menores a la suma estipulada, o que la obligación ha sido cumplida en parte o irregularmente; y ello se va a dejar a criterio del juez o árbitro, donde se tendrá que analizar todo lo actuado, pudiendo incurrir en arbitrariedades. Este procedimiento paralelo para la imputación de penalidades no es eficiente dentro de un contrato de construcción, en el cual se desea incentivar el cumplimiento de la decisión emitida por el panel de adjudicadores.

Por ello, nos preguntamos, ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez verificada la inejecución, las partes se verán irremediablemente sumergidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores (dependiendo del caso) que el monto de la cláusula penal?[511]

Existen razones por las cuales se consideró viable el planteamiento del artículo 1346 del CC, «con referencia a la moral y a las buenas costumbres, al enriquecimiento sin causa, al abuso del derecho, a la necesidad de moralizar el derecho y reprimir el negocio usurario, etc.».[512] Sin embargo, Osterling y Castillo, señalan que dichos argumentos han conspirado contra la seguridad contractual que se buscaba,[513] sumado a que el juez o árbitro entienden que lo pactado puede ser un síntoma de un abuso del acreedor. Volvemos a sufragar que ello es solamente una expresión del interés de ambas partes incorporado en el contrato.

¿Existen problemas arbitrales bajo lo estipulado en el artículo 1346 del Código Civil? En realidad, no debería existir problema. Lo único problemático es el tiempo y los recursos que se pueden destinar para discutir un problema cuantitativo, y engorroso, ya que se deberá de contar a los árbitros cuáles fueron los hechos que llevaron a estar en dicha situación. Discutir sobre el monto de una penalidad, puede aca-

---

511 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, p. 4.

512 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo I, p. 245.

513 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, p. 12.

rrear, debido a una estrategia legal, el discutir también sobre si le corresponde o no la penalidad. Asimismo, indirectamente se va a discutir sobre la razonabilidad del daño sufrido por el acreedor.

Encontramos una paradoja en el análisis de la cláusula penal, y es que si por voluntad del propio legislador se decide instituir una cláusula penal para evitar la discusión probatoria de los daños y su cuantía y, a la vez, la reducción de la penalidad mediante un debate probatorio. Entonces, en la práctica se está constituyendo una traba legal para un desarrollo eficaz de este mecanismo.

Habiendo analizado la figura de la cláusula penal en el CC, llegamos a la conclusión de que dicha figura no siempre va a ser conveniente dentro del marco operativo del DB; y es que si bien permite que los riesgos del incumplimiento se asignen adecuadamente entre las partes, logrando minimizar el riesgo de conductas estratégicas y recortando el margen de los daños causados por el incumplimiento de una «determinación» del DB, su regulación en el CC no es la más feliz.

Dentro de un procedimiento, si una parte incumple una decisión, la parte acreedora le impone la penalidad y le exige el cumplimiento de la «determinación» del DB. Sin perjuicio de ello, el deudor tiene todo el poder y facultad que le ha dado el Código Civil para poder cuestionar el monto de la penalidad mediante un arbitraje. Si bien puede ser o no justa la imposición de la cuantía de la penalidad, ésta se tendrá que discutir en el arbitraje, donde las partes van a tener un largo camino por recorrer para poder llegar a un laudo que faculte o no la posibilidad de cobrar la penalidad. Todo ello, va contra la razón del porqué constituir un DB, pues no es práctico para las partes concentrarse en un arbitraje paralelo al momento en que deben resolver de manera rápida sobre el incumplimiento de una decisión.

No es útil posibilitar que el deudor del incumplimiento acuda a un tribunal jurisdiccional a discutir sobre el *quantum* de la penalidad. Ello

resta atribuciones a la función compulsiva de la cláusula penal. No va a existir un verdadero incentivo para que realmente el deudor cumpla con la «determinación» del DB y, más bien, se pueden crear estrategias con el fin de disuadir dicho cumplimiento. Si se recurre al arbitraje, lo más probable es que las partes vayan con una actitud confrontacional, lo cual generaría un desgaste en la relación, lo que puede ser perjudicial para la propia obra. ¿Cuál habría sido, entonces, la finalidad de pactar una penalidad, si en los hechos, ella no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propia de su naturaleza?[514]

Se puede decir que el CC estuvo muy cerca de llegar a ser un sistema jurídico eficiente. Ya que, comprobamos en un primer momento, que sí es viable estipular una penalidad por el incumplimiento de la decisión. Sin embargo, la regulación del CC ha generado que su aplicación sea improductiva dentro del DB y es que las partes, mediante la liquidación convencional anticipada de los daños, trataron de evitar que se probaran los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación. Sin embargo, el Código Civil genera que dicha discusión se traslade frente a un árbitro o juez.[515]

2. Ámbito público

El Estado peruano actualmente aplica una política pública de liberalización de la economía y apertura de los mercados a la competencia, dictándose dispositivos legales con el objeto de generar condiciones para promover la inversión privada en diferentes ámbitos de la actividad económica para la mejor distribución de sus fondos públicos y así lograr una satisfacción de los intereses de esta naturaleza.

---

[514] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, p. 15.

[515] Saavedra Velazco, Renzo. «Interés creditorio y su incorporación en la cláusula penal: Un análisis desde el comparative law and economics». En *Enfoque Derecho*, 2010. Consulta en: http://bit.ly/TEZloE.

Como hemos visto en esta investigación, por medio de la voluntad de las partes se autoriza a terceros independientes y especialistas, para que tengan autoridad sobre las controversias derivadas de un contrato de construcción. Resaltando que el DB es un método de prevención y solución de disputas al momento de construir una obra.

De allí que, en el ámbito privado, los sujetos tienen la capacidad para actuar con autonomía dentro de sus relaciones sociales, sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otros o con normas imperativas. Bajo esa línea, el contrato se encuentra celebrado con el simple acuerdo de voluntades, debido a que cada uno de los contratantes puede disponer libremente de su patrimonio.

Sin embargo, en el ámbito público ello no es así. Debido a que es imposible mantener un régimen de libre negociación, ya que el dinero que se usa para las transacciones proviene de los fondos públicos. Esto genera que exista una fiscalización y control permanente para determinar si se han hecho las transacciones de acuerdo a ley. Por lo mismo, no existe una libre voluntad de cada entidad para el uso de los fondos públicos.

Para la contratación en el ámbito público, se establecen procesos de compras y adquisiciones, los cuales están orientados «a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las entidades del sector público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad».[516]

En ese sentido, el sistema de contratación estatal está establecido en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú,[517] exigiendo a la Administración Pública que la contratación de bienes, servicios y obras se realice a través de procesos de selección.

---

[516] Artículo 2 de la LCE.

[517] Artículo 76 de la Constitución: «Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes».

A decir de Ricardo Salazar Chávez, «[…] el Contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental. Su existencia se justifica como medio para el cumplimiento de los objetivos y metas de la Administración Pública»,[518] siendo que su actuación es «vicarial», en el sentido de que las entidades no actúan en la búsqueda de satisfacción de un interés propio, sino en procura de satisfacción de los intereses públicos. Como lo indica Morón, «[…] en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho, ámbito y fin predeterminado, más bien sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas».[519]

Ello implica el reconocimiento del principio de legalidad, lo que en buena cuenta se traduce en que las entidades públicas están sometidas a un principio de vinculación positiva de legalidad; es decir, una sumisión completa a la ley. Las entidades estatales no pueden tomar decisiones sin una atribución de potestades, la misma que debe efectuarse por ley expresa.

Dicha atribución está reconocida en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG establece que:

> Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Asimismo, la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en la Opinión n.º 005-2008/DOP, señala que:

---

[518] Salazar Chávez, Ricardo. «La contratación de la administración pública en función a los intereses involucrados en cada contrato». En *Derecho & Sociedad*, 2004, n.° 23, p. 36.

[519] Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica. 2008, 7.ª edición, p. 60.

> En relación con la aplicación de la normativa, debe indicarse que **la actuación de la Administración Pública se encuentra regida por el principio de legalidad**. Por lo tanto, todo acto de la Administración debe fundarse en la normativa vigente; es decir, existe una **vinculación positiva de la Administración a la ley, de modo que toda actuación administrativa deba referirse a un precepto jurídico**.
>
> En el caso de la contratación pública, la Ley y el Reglamento consagran las normas básicas y los procedimientos que deben observar las Entidades del sector público para adquirir o contratar bienes, servicios u obras. Ello por cuanto el artículo 76 de la Constitución Política del Perú reconoce a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado como de orden público, y, por ende, de cumplimiento obligatorio. (Resaltado nuestro).

En ese sentido, la actuación de los sujetos de la administración pública requiere de una habilitación legal previa, sin la que carecería de todo poder jurídico, es decir, dicha parte sólo puede actuar ejecutando el contenido de la ley.

Adaptando dicho concepto a los métodos de resolución de controversias en materia de contrataciones para obras, correspondería al Estado determinar cuáles son los métodos para que la Administración Pública pueda resolver sus controversias.

En la misma línea, si el Estado dispone que los problemas derivados del uso de esos fondos se vayan a resolver a través de un mecanismo de solución de controversias, la única pregunta relevante es si el pacto en el cual está recogido el método alternativo elegido, cumple con los requisitos de validez y eficacia previstos en la ley aplicable.[520]

---

[520] Bullard González, Alfredo. «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora jurídica Grijley, 2006, n.° 2, p. 188.

Sin embargo, teniendo en cuenta la disposición de fondos públicos y la necesidad de satisfacer los intereses públicos al menor costo posible y de manera inmediata, existe la necesidad de proporcionar un mecanismo rápido y eficaz de resolución de conflictos, puesto que la existencia del conflicto y su manejo no se encuentran cotizados en el presupuesto.

Uno puede apreciar que, de una revisión general de la legislación pública referente a los proyectos públicos relacionados a la construcción de obras públicas, el legislador ha mantenido al arbitraje como método de resolución de controversias por excelencia, siendo este método en su mayoría de uso obligatorio en cada contrato de obra pública.

Por ejemplo, podemos encontrar que, en el último párrafo del artículo 63 de la Constitución se establece que: «El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley», observando que la Constitución contiene una habilitación general para que el Estado y las dependencias que lo integran puedan someter a arbitraje las controversias derivadas de sus relaciones contractuales.

Asimismo, el último párrafo del artículo 17 del DS de Concesiones: «El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63 de la Constitución Política del Perú [...]»; lo cual se traduce en una autorización para el acceso al arbitraje en torno a las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones que se otorgan a los particulares, ya sea nacionales o extranjeros.

Por otra parte, el numeral 6 del artículo 9 de la Ley de APP establece que: «los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias y deberán

contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de los contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual». Así, estableciendo la obligación (deberán y no podrán) de derivar las controversias a arbitraje.

Bajo lo mismo, la LCE señala que: «Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes». Es decir, dispone que las controversias que se susciten durante la vida del contrato (fase de ejecución) deban ser resueltas obligatoriamente en la vía arbitral.[521]

Finalmente, la NLCE señala que: «Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje».

Sin embargo, como se ha señalado en esta investigación, si bien el arbitraje sigue siendo el foro de atracción para resolver conflictos, en la práctica, dicha forma de resolución de controversias no termina de satisfacer plenamente las exigencias de tiempo y costo en el ámbito de la construcción.

Así como surgió el arbitraje, donde los comerciantes resolvían sus problemas de forma consuetudinaria y usaban mecanismos privados como la base para resolver controversias, surge el DB, frente a una posible administración incorrecta del contrato de construcción y frente a la ineficiencia de los métodos de resolución de controversias tradicionales.

---

[521] Danós Ordoñez, Jorge. «El régimen de los contratos estatales en el Perú». En *Contratos Públicos en España, Portugal y América Latina*. Un estudio de Derecho comparado. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008, p. 160.

Entonces, como hemos demostrado en esta investigación, el DB es un mecanismo eficiente en materia de construcción, siendo posible que el Estado resuelva sus controversias mediante la aplicación del DB.

En la actualidad, existen casos que en las controversias surgidas en proyectos de infraestructura entre el sector público y el privado se resuelven mediante un DB.

En dichos proyectos, se puede apreciar que están involucrados fondos internacionales, a los cuales no se les aplica la legislación referida a la Ley de Contrataciones del Estado. Ello, debido a que son ejecutados bajo los procedimientos específicos de organismos internacionales o acuerdos de cooperación,[522] como en los casos donde se obtienen fondos del BM y la JICA. Así, son los propios organismos quienes fijan las reglas y mecanismos aplicables a los contratos para tales proyectos, entre los cuales se pueden encontrar los mecanismos de solución de controversias.[523]

Un claro ejemplo, es el Proyecto de Mejoramiento Sanitario de las Áreas Marginales de Lima, Lotes 1, 2 y 3, Licitación Pública Internacional n.° 0004-2007/JBIC-SEDAPAL Llave en Mano-Suma Alzada para la Contratación de la Bocatoma, Planta de Tratamiento de Agua Potable de Huachipa y Ramal Norte,[524] donde se estableció como método de solución de controversias el DB.

Mediante dicho proyecto, se aumentó la capacidad de abastecimiento de agua potable de Lima Metropolitana, a través del tratamiento en una primera etapa de 5 m^3/s de agua superficial y su conducción hacia

---

[522] Bravo, Jonnathan y Jaime Gray. *Construction and Infrastructure Disputes: A Global Handbook*. Surrey: Globe Law and Business, 2013, p. 144.

[523] Sin embargo, por efectos metodológicos y por extensión de la presente investigación, no se va a desarrollar la Contratación Estatal mediante la utilización de fondos internacionales.

[524] Para más información sobre el Proyecto Bocatoma, Planta de Tratamiento de Agua Potable de Huachipa y Ramal Norte. Consultar en: http://bit.ly/1spMoxZ.

áreas al norte de Lima hacia el margen derecha del Río Rímac, donde la actual planta de tratamiento de La Atarjea no llega por gravedad.

El proyecto está constituido básicamente por una bocatoma de 10m^3/s en el Río Rímac, a la altura de Huachipa, una Planta de tratamiento de 5m^3/s de capacidad inicial, y una conducción a presión denominada Ramal Norte, del orden de 26 km. de longitud, incluyendo aproximadamente 10 km. de túneles de 2 m. de diámetro y 5 reservorios de compensación de volúmenes comprendidos entre los 2,000 m^3 y los 13,000 m^3 de capacidad.

De una revisión de las Condiciones Generales, en el punto 20.2[525] se establece la cláusula de resolución de conflictos, que a la letra señala:

20.2 Nombramiento de la MRC

Los conflictos serán resueltos por una Mesa de Resolución de Conflictos (MRC) de acuerdo con lo establecido en la Subcláusula 20.4 (Solicitud de Decisión de la MRC). Las Partes deberán nombrar conjuntamente una MRC en la fecha establecida en el Apéndice a la Oferta.

Como se puede apreciar, en el Perú se ha utilizado una cláusula estándar del Libro Rojo Fidic, el cual es un muy usado en materia de contratación internacional, ello es, debido al equilibrio de las obligaciones, la claridad de sus condiciones contractuales y la diligente distribución de riesgos entre las partes, lo que genera una aceptación considerable por parte de los usuarios.

Sin embargo, en los casos de utilización de fondos públicos nacionales, tal como lo hemos señalado, de una revisión de la legislación en materia de obras públicas, en principio, no sería posible que el Estado pueda resolver sus controversias mediante la aplicación del DB, salvo en

[525] En el punto 1, Definiciones, se señala al pie de página de la definición de la MRC, que en inglés significa (DAB) *Dispute Adjudication Board*.

los contratos bajo la modalidad de la APP o bajo la NLCE, los cuales se verán posteriormente.

Debido a que, en el estado actual de la legislación, como se ha visto anteriormente, no existe un reconocimiento legal de los DB como método alternativo de resolución de controversias bajo una ley marco como el DLA, estamos de acuerdo en señalar que su aplicación en los contratos de obra pública es parte de una actividad administrativa, que puede desarrollarse sólo con arreglo a los procedimientos fijados por la ley.

Por ello, necesariamente la ley debe fijar los medios concordados alternativos, como, entre otros, los conciliatorios, los transaccionales y los arbitrales.[526]

En ese sentido, procederemos a analizar los casos donde las partes, en el ámbito público, actualmente pueden acceder a un DB para resolver sus controversias.

2.1. La Ley de APP: el primer acercamiento a los **Dispute Boards** *en la legislación nacional*

2.1.1. Antecedentes y definición

Como se señaló en la primera parte de este capítulo, en los noventas, se buscó terminar con el intervencionismo estatal, pasando de un Estado intervencionista a un Estado regulador, generando un ambiente propicio para la inversión privada, y que sea ésta la que proporcione la gran mayoría de los bienes y servicios requeridos por la población, redefiniéndose el marco legal y regulatorio vigente, con el propósito de atraer mayores inversiones mediante un proceso de privatización y de concesiones.

---

[526] Blanco-Uribe, A. «La conciliación, el arbitraje y la transacción como métodos de resolución de conflictos administrativos». En *El Arbitraje en la Práctica II, Colección Cuadernos de Arbitraje 2*. Lima: Cámara de Comercio de Caracas, Centro de Arbitraje, 1998, p. 47.

En ese sentido, podemos encontrar como primer antecedente de dicho proceso al Decreto Legislativo n.° 758,[527] donde se establece por primera vez la posibilidad de que sea el sector privado quien pueda presentar proyectos a manera de sugerencia sobre posibles obras públicas de infraestructura o de servicios públicos susceptibles de entregarse en concesión al sector privado; y el Decreto Supremo n.° 059-96-PCM, donde se regula la entrega en concesión al sector privado de las obras de infraestructura y servicios públicos.

Sin embargo, es en el marco de la Ley n.º 28059, donde se establecen modalidades de participación de la inversión privada distintas a las del Contrato de Concesión, como la venta de activos, asociación en participación, *joint venture*, contratos de gerencia, etc.[528] Y es en esta situación que se asume la importancia de brindar un marco normativo donde se reconozca directamente la asociación entre el Estado público y los particulares para la provisión de infraestructura y servicios públicos.

Por ello, en mayo del 2008, se formaliza este tipo de provisión mediante la aprobación de la Ley de APP, mediante Decreto Legislativo n.°1012, «Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada».

Sin embargo, si bien la figura de la APP recién se materializó en el 2008 con la emisión de la Ley de APP, cabe precisar que dicha figura ya era reconocida en el 2005, pues la Agencia de Promoción de la Inversión Privada publicó el documento «Las Asociaciones Público-Privadas

---

[527] Modificado por Decreto Legislativo n.° 839.

[528] O'Neill de la Fuente, Cecilia. «Asociaciones Público-Privadas: lo bueno, lo malo y lo feo». En *Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte*, 2009, año 2, n.° 3, p. 66.

en el Perú»,[529] en el cual se establecía una suerte de equiparación entre las APP y las concesiones cofinanciadas de provisión de servicios o infraestructura pública.

Pero, ¿qué es la APP?

No hay una definición extensamente aceptada sobre qué significa o qué es una APP.

Sin embargo, podemos rescatar que las APP provienen de un término traducido del inglés de *Public Private Partnerships* (PPP), que data de 1992, usados por primera vez en Inglaterra; cuyo fin era destinar capitales privados a los sectores de cuyo desarrollo no se podía ocupar el Estado por problemas de financiamiento.[530]

En las APP, a diferencia de la privatización donde el Estado transfiere activos o instalaciones existentes al sector privado, el Estado es el promotor del proyecto y el que establece como punto de partida los resultados que deben ser alcanzados, dejando en manos del inversionista los medios a través de los cuales hacerlo,[531] permitiendo la participación de la inversión privada donde 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.

Esto se debe a que ningún actor posee todo el conocimiento y la información requerida para afrontar problemas complejos.[532]

---

[529] ProInversión. «Las Asociaciones Público Privadas en el Perú». Documento de Trabajo n.° 4, 2005. Consulta en: bit.ly/1q7VpXN.

[530] United Nations. Economic Commission for Europe. Guidelines on Private Partnerships for Infrastructure Development. UN/ECE Forum, 2000, p. 33.

[531] O'Neil de la Fuente, Cecilia. *De las privatizaciones a las Asociaciones Público-Privadas*. En *Ius et Veritas*. Lima, n.° 37, p. 67.

[532] Kooiman, Jan. «Activation in Governance». En *Governance as Social and Political Communication*. Manchester: Manchester University Press, 2003.

Por ello, en líneas generales, una APP es un acuerdo entre el sector público y el sector privado, en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública. Usualmente, no incluye contratos de servicios ni contratos llave en mano, ya que éstos son considerados como proyectos de contratación pública, o de privatización de servicios públicos en los que existe un rol continuo y limitado del sector público.[533]

En ese sentido, participan en una APP: el Estado y uno o más inversionistas privados, mediante los cuales se tienen que desarrollar esquemas donde el sector público y el privado se reparten tareas respecto al financiamiento e impulso de proyectos de obras públicas de infraestructura.

Las principales modalidades de APP encontramos son las siguientes:[534]

[533] World Bank-PPP in Infrastructure Resource Center. ¿Qué son las asociaciones público-privadas? Consulta en: bit.ly/1nML5Hy.

[534] Cuadro tomado de Alborta, Guillermo, Claudia Stevenson y Sergio Triana. *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro*. Banco Interamericano de Desarrollo, División de Mercados de Capital e Instituciones Financieras (ICF/CMF), Documento de Debate # IDB-DP-195, noviembre 2011.

Cuadro 1 Principales modalidades de APP		
Modalidad	**Descripción**	**Ejemplos**
Contratos de prestación de servicios	Contrato de prestación de un servicio determinado. El Estado mantiene la propiedad y exige un nivel de servicio especificado. Puede haber asignación de riesgos, lo cual depende del esquema contractual.	• Contratos de mantenimiento de carreteras por niveles de servicio. • Contratos para la facturación de servicios de agua potable. • Contratos para recolección de impuestos locales.
Contratos de administración	Un bien público es operado y administrado por un agente privado bajo un esquema de riesgo compartido y de utilidades compartidas.	• Contrato de administración de una empresa de agua potable. • Contrato de administración de una cárcel.
Concesiones	El Estado concede el derecho al usufructo de un bien (por ejemplo: una carretera, una planta eléctrica) a cambio de un acuerdo económico entre las partes por un período determinado.	• Concesiones de carreteras. • Concesiones aeroportuarias.
BOT (Construir-Mantener-Operar-Transferir)	La entidad privada se encarga de la construcción y el mejoramiento de un bien, y de su operación, y la propiedad o bien se mantiene con el Estado o vuelve a manos del Estado al final del proceso.	• Construcción de una planta generadora de energía. • Construcción de un hospital.

Cooperativas	Organizaciones comunitarias se asocian con instituciones públicas para apoyar un bien común.	• El gobierno realiza un pago o una contribución a una organización local, basado en indicadores de desempeño.
Asociaciones a riesgo compartido	Los agentes públicos y privados se asocian a través de una compañía mixta o de un vehículo similar, y comparten riesgos, costos y utilidades.	• Un gobierno crea una compañía con un propósito específico; por ejemplo, construir una carretera.

Cabe señalar que el Perú no es ajeno a los proyectos de obra desarrollados mediante una APP, puesto que dentro de los principales proyectos adjudicados en el Perú desde julio 2011 a diciembre 2013, podemos encontrar los siguientes:[535]

Proyecto	Fecha de Adjudicación	Plazo de concesión	Estimada (US$MM)	Sector
Banda 10.15-10.30 GHz y 10.50-10.65 GHz en la provincia de Lima y provincia constitucional del Callao	15.12.11	20 años	1.0	Telecomunicaciones
Reserva Fría de Generación: Planta Eten 200 Mw (ubicación anterior Trujillo)	10.05.12	20 años	55.0	Electricidad

[535] Cuadro tomado de: Proinversión. *Las APP en el Perú*. Consulta en: bit.ly/1xnofpE.

Bandas 899.915 MHz y 944-960 MHz en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao y las Bandas 902-915 MHz y 947-960 MHz en el resto del país.	14.08.12	20 años	343.4	Telecomunicaciones
Panamericana Sur: Ica-Frontera con Chile (Tramo Dv. Quilca - Dv. Arequipa; Dv. Matarani - Dv. Moquegua; Dv. Ilo - Tacna - La Concordia)	16.08.12	25 años	196.0	Transporte
Línea de Transmisión Carhuaquero - Cajamarca Norte - Cáclic - Moyobamba en 220 KV.	22.11.12	30 años	106.9	Electricidad
Chaco la Puntilla Lote E	12.12.12	20 años	0.2	Turismo
Línea de Transmisión - Machupicchu - Quencoro - Onocora - Tintaya y Subestaciones Asociadas	21.02.13	30 años	122.7	Electricidad

Energía de Centrales Hidroléctricas (CH Molloco)	21.03.13	-	600	Electricidad
Suministro de Energía para Iquitos	16.05.13	20 años	100	Electricidad
Línea de Transmisión 500 KV Mantaro - Marcona - Socabaya - Montalvo y Subestaciones Asociadas	18.07.13	30 años	278.4	Electricidad
Concesión Única para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y Asignación de las Bandas 1710-1770 MHz y 2110-2170 MHz a Nivel Nacional	22.07.13	20 años	1018.4	Telecomunicaciones
Masificación del Uso de Gas Natural a Nivel Nacional	25.07.13	20 años	205.0	Hidrocarburos
Nodo Energético en el Sur del Perú	29.11.13	-	700.0	Electricidad
Provisión de Servicios de Saneamiento para los Distritos del Sur de Lima	17.12.13	25 años	100.0	Saneamiento

Integración Amazónica Loreto - San Martín a la Red Terrestre de Telecomunicaciones	18.12.13	10 años	25.3	Telecomunicaciones
Proyecto Chavimochic - Tercera etapa	18.12.13	25 años	573.7	Irrigación
Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chipe, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Empalme PE-3N.	19.12.13	25 años	552.0	Transporte
Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro	23.12.13	20 años	273.7	Terrestre
Total			**5,243.3**	

De los cuadros anteriores podemos destacar que el rango de actividades susceptibles de ser desarrolladas mediante una APP es amplio.

En vista de que el mismo no sólo se limita al desarrollo de proyectos de infraestructura, como la construcción de una carretera, sino también se puede realizar prestaciones de servicios conexos, como la administración o mantenimiento de la misma.

En ese sentido, tal como es reconocido, no se puede negar la aplicación de los DB a otras controversias surgidas de otra fuente que no sea

el rubro de construcción, como en los casos de los contratos BOT,[536] contratos que requieran la provisión de varios servicios o bienes o los contratos que se desarrollan en el transcurso de un período de tiempo y que requieren algún grado de cooperación entre las partes.[537]

Sin embargo, al estar dirigida la presente investigación a la aplicación de los DB como método de resolución de controversias en la construcción, nos centraremos en dicho rubro.

2.1.2. Modificación de la Ley de APP para la aplicación del **Dispute Board**

El 2 de diciembre de 2013 se publicó la Ley n.° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014. En su Undécima Disposición Complementaria Transitoria, se contempla la creación de un DB denominado Junta de Resolucion de Disputas, la cual modifica la Ley de APP, y a la letra dice:

> Ley n.° 30114: Disposición Complementaria Transitoria
> UNDÉCIMA: Modifícase el numeral 9.6 del artículo 9 del Decreto Legislativo n.° 1012 que aprobó la «Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada», el mismo que queda redactado de la siguiente manera:
> 9.6. Los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de con-

[536] El contrato BOT es un Contrato en el que se establece que la sociedad vehículo del proyecto (SVP), es decir la que tiene a cargo todos los componentes del proyecto, como levantar los fondos, pagar las deudas y a los accionistas, contratar y supervisar al constructor, etc., deberá **construir**, **operar** (lo que supone llevar a cabo su mantenimiento) y luego **transferir la obra** al Estado. Definición tomada de: «ProInversión. Las Asociaciones Público-Privadas en el Perú», Documento de Trabajo n.° 4, noviembre 2005.

[537] Bunni, Naël, Paul-A. Gélinas, Pierre Genton y Peter Wolrich. *Op. cit.*, pp. 2-3.

troversias y deberán contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de los contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual.

Cuando en los contratos se establezca una etapa de Trato Directo previa al inicio de un arbitraje nacional, las partes podrán acordar la intervención de un tercero neutral, denominado Amigable Componedor, quien será designado por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. El Amigable Componedor propondrá una fórmula de solución de controversias, que de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, producirá los efectos legales de una transacción.

De igual modo en los nuevos contratos a suscribirse, podrá considerarse en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional, que las partes puedan someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, a solicitud de cualquiera de ellas, la cual estará conformada por uno (1) o tres (3) expertos que serán designados por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La Junta de Resolución de Disputas emitirá una decisión vinculante para las partes, la cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje.

Los procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución del Amigable Componedor y de las Juntas de Resolución de Disputas serán establecidos en el reglamento de la presente Ley. Tanto el Amigable Componedor, como los miembros de la Junta de Resolución de Disputas podrán ser terceros neutrales de nacionalidad distinta a la de las partes.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes, no es de aplicación cuando se remite la controversia a un Mecanismo Internacional de Solución de Controversias a que se refiere la Ley n.° 28933.

No se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo n.° 1017, que aprueba la Ley de Con-

> trataciones del Estado, los servicios a ser brindados por el Amigable Componedor, los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, los Centros ni las Instituciones que administren los citados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, siempre que dichos servicios sean requeridos dentro de la ejecución de los contratos de Asociación Público-Privada.
> El Ministerio de Economía y Finanzas, en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario, adecuará el reglamento del Decreto Legislativo n.° 1012, en el marco de lo dispuesto en la presente disposición.

Podemos apreciar que se otorga a las partes un mayor margen de control de sus propias disputas, al establecerse la posibilidad, en primer lugar, de recurrir a una etapa de «trato directo», antes de iniciar el arbitraje, que sería la vía en la que se solucionarán en forma definitiva todas las controversias.

En ese sentido, dicha modificación permite la intervención de un tercero, ya sea mediante un amigable componedor o una JRD, para intentar solucionar los problemas y desavenencias que pudieran presentarse en el marco de los contratos que ella regula como una etapa previa para recurrir a un arbitraje.

En caso las partes adopten la etapa de trato directo como un requisito previo para acudir a arbitraje, ellas designarían por sí mismas de manera directa o por delegación o de manera indirecta, a través de un centro o institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos, a un tercero neutral, a quien se le denomina amigable componedor.

Consideramos, de la redacción de la norma, que el objetivo del amigable componedor es lograr una solución negociada entre las partes con la ayuda de un tercero neutral, acercando a las partes para poder identificar los elementos principales de la disputa y su posible solución, propo-

niendo una fórmula de solución, la cual habría sido creada en base a la identificación de los intereses y necesidades de las partes.

La norma también señala que, en los nuevos contratos, antes de iniciar un arbitraje, las partes podrán someterse a una JRD, la cual se activaría a pedido de parte y estaría conformada por uno o tres expertos designados por las partes o por un centro o institución que administre esta clase de mecanismos de resolución de conflictos, estableciendo un número específico (1 ó 3 miembros), quienes deberían resolver la disputa surgida entre las partes.

Cabe señalar que en la modificación se precisa que el amigable componedor, así como los miembros de la JRD, podrán ser terceros neutrales de nacionalidad distinta de las partes.

Finalmente, se dispone que la JRD emita una «decisión» vinculante, la cual no impide que, en última instancia, se recurra a un arbitraje.

Motivo por el cual, se debía promulgar un reglamento, que regule los procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución de la JRD, tal como se ha señalado en el artículo antes citado.

Al respecto, el 31 de mayo del año 2014, se publicó en el Diario Oficial «El Peruano», el Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (Decreto Supremo n.° 127-2014-EF).

Sin embargo, el legislativo, al momento de emitir dicho reglamento únicamente abordó la reglamentación del procedimiento de solución amigable de controversias en trato directo mediante el amigable componedor, mas no de la JRD.

Dicha omisión ocasionaría que cualquier intento de utilizar una JRD sea infructuoso e inútil, debido a que la misma Ley de APP, señala:

> Los procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución del Amigable Componedor y de las Juntas de Resolución de Disputas serán establecidos en el reglamento de la presente Ley.

Por lo que la falta de reglamentación genera que la puesta en práctica de la JRD sea inoperante; en vista de que es considerada una norma heteroaplicativa; es decir, «[…] para que tenga plenos efectos requiere de actos legislativos o reglamentarios posteriores, sin cuya existencia la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad para alterar la realidad existente».[538]

En lo particular cuestionamos dicha omisión, más aún cuando supuestamente existe un interés por parte del Estado al implementar el DB en la legislación nacional.

2.1.2.1. Las modificaciones a la Ley de APP respecto de la Junta de Resolución de Disputas: comentarios y críticas

Sin perjuicio de la deficiencia legislativa señalada anteriormente, se procederá a analizar la modificación a la Ley de APP, la cual faculta a las partes a que recurran a resolver sus controversias mediante una JRD. A continuación se analizará más a profundidad lo que implica dicha modificatoria, así como sus beneficios y desaciertos.

2.1.2.1.1. Cláusula escalonada de resolución de controversias

En primer lugar, podemos observar que esta nueva opción legislativa establece la posibilidad de que las partes puedan pactar un paso previo

[538] Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 4119-2005-PA/TC. Fundamento 77.

al arbitraje, mediante un amigable componedor o una JRD, lo cual se traduce en una forma escalonada de resolución de controversias, permitiendo «a las partes mantener el control de su disputa de forma previa a la estación de definición arbitral, de ser necesario».[539]

A dicha forma escalonada se le conoce como «*escalation clauses, multi-tier clauses, multi-step alternative dispute resolution clauses*»[540] y hasta como «*Wedding Cake Clauses*»,[541] representando las capas del pastel de bodas con las etapas que uno debe seguir con respecto a este tipo de cláusulas, para resolver las disputas de las partes.

Las cláusulas escalonadas de resolución de controversias son cláusulas «en un contrato que prevén distintas etapas, que involucran procedimientos separados para resolver disputas».[542]

Y es tal como se señala en las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional,[543] es común que en las cláusulas de resolución de controversias se contemple la negociación, mediación u otro mecanismo alternativo de resolución de disputas como paso preliminar al arbitraje. No sólo ello, sino que en dichas directrices se establece que en los contratos de construcción, por ejemplo, a veces se

---

[539] PAREDES CARBAJAL, Gustavo. *Un Tiro IPSC, Rápido y Certero: Las Juntas de Resolución de Disputas en las Asociaciones Público-Privadas*. Consulta en: http://bit.ly/1fy1gBF.

[540] FILE, Jason. «United States: Multi-step Dispute Resolution Clauses». En *IBA Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter*. Londres, 2007, p. 36.

[541] CRAVEN, Richard. «The Wedding Cake Strikes Back (Or does it all end in Tiers?)». En *ADR Newsletter,* 2002, n.° 1, p. 3.

[542] Traducción libre de: «*a clause in a contract which provides for distinct stages, involving separate procedures, for dealing with and seeking to resolve disputes*». PRYLES, Michael. «Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses». En *Journal of International Arbitration*, 2001, n.° 159.

[543] Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. Adoptadas por Resolución del Consejo de la IBA 7 de octubre de 2010. International Bar Association.

requiere que las controversias sean sometidas a una junta permanente de resolución de controversias antes de someter las mismas a arbitraje.

Dichos procedimientos se inician con la notificación y descripción de la disputa por la parte perjudicada, seguida por un período de negociación, conciliación o mediación, dependiendo del pacto entre las partes. En caso las partes no puedan resolver sus disputas por completo o parcialmente, este tipo de cláusulas prevén que se continúe con la siguiente etapa, la cual consistiría en resolver las controversias en un litigio o mediante arbitraje.

Entonces, se puede decir que la lógica detrás de una cláusula de este tipo es como la de la construcción de un edificio de varios pisos. Para llegar al piso arbitral o judicial, es necesario construir el piso de la negociación previa, mediación, conciliación o cualquier tipo de resolución de controversias que esté previsto en el plano acordado por las partes, es decir, la cláusula de solución de controversias.

Por ello, uno puede apreciar que lo que se busca con este tipo de cláusulas es «poner en conocimiento de la otra parte la existencia de la controversia y de darle la oportunidad de obtener una solución «extra-arbitral», evitándose así los costes económicos y temporales que todo proceso arbitral encierra. Junto a esta finalidad, el pacto puede tener también por objeto conceder a la parte reclamada la oportunidad de preparar mejor su defensa, en caso de que la solución negociada no pueda ser finalmente alcanzada».[544]

Así, las partes se encuentran obligadas a «pasar» por varias etapas antes de recurrir a un arbitraje o litigio para la resolución de sus controversias, buscando la mayor eficiencia en tiempo y dinero, al apuntar a

---

[544] López de Argumedo Piñeiro, Álvaro. «El pacto de negociar con anterioridad a la iniciación del arbitraje (Multi-Step Dispute Resolution Clauses)». En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010* (autores diversos). «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011, p. 110.

una cooperación mediante el *management* de la disputa, antes que a la confrontación en el arbitraje o en el litigio.

Cabe precisar que, a diferencia del proceso judicial, el cual es eminentemente contradictorio, se dice que mediante el arbitraje se puede salvar el peligro de dañar definitivamente las relaciones de las partes, dejando a salvo la colaboración conjunta y ulterior.[545] Sin embargo, no cabe duda de que cuando uno inicia un arbitraje, la posible cooperación que pueda existir entre las partes se deja de lado, puesto que, «en un significativo número de casos, la actitud cooperacional es olvidada cuando una de las partes inicia el arbitraje».[546]

En el caso concreto, la modificación de la Ley de APP, otorga una ventaja considerable para el *management* de la controversia, dando un marco de elección para el caso concreto, en tanto se permite a las partes elegir, como una etapa previa al arbitraje, a un amigable componedor o a una JRD, para resolver sus controversias, ya que esa elección dependería del tipo de prestaciones que se estarían ejecutando.

Sin embargo, ¿qué sucede en los casos en que las partes no acudan a la vía previa arbitral para solucionar sus disputas?

En principio, se tiene que analizar si las partes se encuentran de acuerdo en acudir a un arbitraje para solucionar sus controversias. Puesto que si la parte «perjudicada» por el incumplimiento de la etapa previa no objeta que la controversia se vea en arbitraje, habrá que entender que ambas partes están de acuerdo en eliminar el requisito. Es decir, existiría

---

[545] Al respecto, consultar en: Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 12.

[546] Traducción libre de: «in significant number of cases this co-operative attitude is forgotten after one of the parties sets the arbitration process into motion». En Várady, Tibor. *The Courtesy Trap Arbitration: If No Amicable Settlement Can Be Reached.* En *Int. Arb.* vol. 14. n.º 4, 1997, p. 9.

un consentimiento tácito a la modificación de la cláusula escalonada de resolución de controversias.

En caso no suceda lo anterior, consideramos que, viéndolo desde una óptica procesal, cuando uno no acude a la vía previa, dicha parte carecería de interés para obrar. Se entiende por interés para obrar, «el estado de necesidad de tutela jurisdiccional en que se encuentra una persona en concreto y que lo determina a solicitar, por vía única y sin tener otra alternativa eficaz, la intervención del respectivo órgano jurisdiccional con la finalidad de que resuelva el conflicto de interés en el cual es parte».[547]

Si se ha pactado una cláusula escalonada de solución de controversias, no se puede recurrir directamente a un arbitraje, ya que no se han agotado todas las posibilidades para que la disputa se resuelva fuera del órgano jurisdiccional, al tener una alternativa eficaz, la cual se traduciría en la vía previa pactada.

En ese sentido, en principio, si una de las partes recurre directamente a la vía arbitral sin cumplir con la vía previa, el tribunal arbitral no puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la disputa, al no haberse cumplido con la disposición contractual.

Sin embargo, consideramos que en los casos en que las partes pacten como vía previa el amigable componedor y las posiciones de las partes sean opuestas, sería imposible alcanzar una solución negociada, y mantener la exigencia de negociar hasta el final del plazo pactado, carece de justificación.

Al respecto, Jiménez señala que:

---

[547] Ticona Postigo, Victor. «Las condiciones de la acción y el nuevo Código Procesal Civil». En *Revista Jurídica del Perú*. 1995, año xlv, n.º 4, p. 78.

> Al final, los árbitros tienen la libertad de emitir cualquier decisión que sea la más apropiada dependiendo de las circunstancias. La importancia de la buena fe en la solución amistosa de disputas algunas veces ha llevado a los árbitros a creer que rechazar una solicitud de arbitraje, cuando era obvio que las partes han estado muy divididas para arribar en una solución amistosa, no habría sido el mejor interés de las partes.[548]

Un caso donde se puede apreciar la obligatoriedad para acudir a una JRD y la flexibilidad respecto a acudir a un amigable componedor, se puede observar en el Laudo Parcial del Caso n.° 6276 de la ICC.[549]

En la cláusula de resolución de controversias, se establecía que las partes, antes de recurrir a un arbitraje, tenían que resolver sus controversias, primero, mediante una solución amistosa; y si no prosperase la misma, mediante la decisión del ingeniero. Y si las partes se encontraban insatisfechas con la solución brindada por el ingeniero, podían recurrir a un arbitraje.

En ese caso, se discutía si el demandante cumplió con las dos vías previas establecidas para acudir a un arbitraje.

Respecto a la primera vía, la solución amistosa, el tribunal arbitral observó que el demandante intentó mediante esfuerzos genuinos solucionar la disputa de forma amistosa como, por ejemplo, posibilitar al demandado que la cancelación de la suma adeudada se efectúa me-

---

548 Traducción libre de: «In the end, of course, arbitrators have the freedom to make whatever decision is most appropriate in the circumstances. The importance of good will in amicable dispute resolution may in the past sometimes have led arbitrators to believe that refusing to allow a request for arbitration when it was quite obvious that the parties were too divided to entertain an amicable settlement may not have been in the parties' best interests». JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. «Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2003, vol. 14, n.º 1, p. 72.

549 Laudo Parcial de fecha 29 de enero de 1990, Caso n.° 6276 de la ICC. Citado por: *Idem.*

diante la entrega de petróleo y no mediante dinero, las tratativas que se llevaron a cabo entre la conclusión de la obra y la solicitud de arbitraje, entre otros. Y, como esos intentos fallaron, el demandante cumplió con la primera vía.

Sin embargo, respecto a la segunda vía, el demandante argumentó que no se siguió con el procedimiento establecido, por dos motivos: i) el demandado no señaló quién debería ser el ingeniero encargado de resolver dicha controversia y ii) era muy tarde para designar a un ingeniero en tanto la obra ya había concluido.

Respecto al primer motivo, el tribunal arbitral rechazó dicho argumento, señalando que la no designación por parte del demandado, no dispensa que se lleve a cabo esta vía previa al arbitraje, debido a que la solución de la controversia realizada a cabo mediante el ingeniero, ha sido pactada voluntariamente por las partes, y esto ha sido establecido en las reglas para la actuación de la misma. Por ello, si el demandado no había designado al ingeniero encargado, el demandante debía haberlo intimado para que lo designe, y sólo en caso de negativa por parte del demandado en designar al ingeniero o en el caso que haya habido una dispensa expresa por parte del demandado respecto a esta etapa, el demandante podría recurrir a un arbitraje para resolver las controversias.

Respecto al segundo motivo, el tribunal arbitral señaló que, si bien dicho argumento es relevante para funciones técnicas del ingeniero, como las labores de control, las funciones relacionadas con la resolución de controversias se ejecutan durante el desarrollo de la obra y posterior a la misma, siendo que no ha concluido su labor de acuerdo al contrato.

En tal sentido, el tribunal arbitral concluyó en que el demandante no cumplió con la vía previa establecida en el contrato, ya que la solución de controversias mediante arbitraje fue prematura, señalando que la solicitud de arbitraje no es imposible en el futuro, pero en el presente caso ha sido prematura.

Entonces, surge la siguiente pregunta: ¿qué sucede cuando las partes acuden directamente a un arbitraje para resolver las controversias sin respetar la vía previa?

En caso no se cumpla con recurrir a los procedimientos previos pactados, no es que el tribunal arbitral no se pueda pronunciar respecto de un posible incumplimiento respecto a la cláusula escalonada de solución de controversias. En caso una de las partes acuda a un arbitraje teniendo este tipo de cláusula, es el mismo tribunal quien debería emitir un pronunciamiento al respecto.

A modo de ilustración, en el artículo 13 de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Conciliación Comercial Internacional, se establece que:

> Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, **el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso** en tanto no se haya cumplido lo estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta. (Resaltado nuestro).

En ese caso, al señalarse que «el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso», consideramos que es claro que el tribunal tiene competencia para emitir un pronunciamiento al respecto y debería hacer cumplir la cláusula pactada.

Consideramos que el tribunal arbitral tiene dos formas de hacer cumplir dicha cláusula, archivando el arbitraje, precisándose que nada impide a la parte, una vez que cumpla con dicho requisito, iniciar un

nuevo arbitraje con posterioridad,[550] dejando a salvo el derecho de las partes de plantear sus respectivas pretensiones en otro arbitraje, de así ampararlo la ley, o suspendiendo el arbitraje, remitiendo a las partes a la vía previa respectiva y reiniciarlo una vez que se haya cumplido con el trámite de la vía previa.[551]

Por lo mismo, en el presente caso, es necesario que las partes cumplan con los presupuestos prearbitrales; y es que, en caso el tribunal arbitral se declare competente para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, a pesar de que exista una vía previa, la parte afectada no haya convalidado que se lleve a cabo la solución de la disputa mediante arbitraje y no haga cumplir la cláusula escalonada, en el marco de la Ley de APP, consideramos que la parte afectada debería iniciar un proceso de anulación de laudo, bajo el supuesto establecido en el literal c) del numeral 1 del artículo 63 del DLA, en el cual se establece que el laudo sólo podrá ser anulado en caso de la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable.

Es por ello que es importante poner en contexto cuál es la situación jurídica que ha impuesto la Ley de APP a las partes para la aplicación de una cláusula escalonada en la cual incurre una JRD; y, posteriormente, un arbitraje.

2.1.2.1.1.1. ¿Y el plazo de caducidad?

Una preocupación legítima que puede surgir al momento de pactar una cláusula escalonada de resolución de controversias, como en el caso de la Ley de APP, es que se retrase innecesariamente la resolución de una disputa por acción o inacción de alguna de las partes al no recurrir a la vía establecida dentro de un tiempo determinado.

---

[550] Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2009, 3rd edition, p. 846.

[551] López de Argumedo Piñeiro, Álvaro. *Op. cit.*, p. 129.

Al respecto, podemos observar que las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional establecen una recomendación puntual al respecto:

> Para minimizar el riesgo de que una parte use la negociación o mediación para demorar el proceso o como táctica ventajosa, la cláusula debe especificar un período de tiempo después del cual la controversia puede ser sometida a arbitraje, y dicho período generalmente debe ser corto. Al especificar dicho período de tiempo, las partes deben tener en cuenta que el inicio de la negociación o mediación podrá no ser suficiente para suspender términos de prescripción.[552]

Es que, si bien dicho comentario va dirigido sólo a los casos en que se pacten negociaciones o mediaciones, consideramos que el mismo puede ser aplicable a cualquier tipo de medio alternativo de solución de controversias donde interviene un tercero. En ese sentido, podemos observar que, en la práctica, se recomienda que se establezcan plazos de duración de los procedimientos para que los mismos no tengan efectos dilatorios.

De una revisión de la modificación de la Ley de APP y del Reglamento, apreciamos que no se establece plazo de duración alguno para el trámite de las vías previas.

Por ello, es necesario que en una modificatoria de la Ley o Reglamento se prevea el plazo de duración, pudiéndose establecer diversas consecuencias, dentro de las cuales se encuentran la invalidez de la «decisión» emitida por la JRD.

Sin embargo, ¿qué tipo de plazos se deberían establecer para que las partes acudan a la vía establecida para la resolución de controversias?

---

[552] Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. Adoptadas por Resolución del Consejo de la IBA el 7 de octubre de 2010. International Bar Association, p. 33.

Nosotros consideramos que para evitar los problemas señalados al inicio del presente rubro, se deben establecer plazos de caducidad para cada una de las etapas previstas en la cláusula de solución de controversias.

En términos de lo dispuesto por la Real Academia Española,[553] la caducidad se define como la extinción de una facultad o de una acción por el transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquéllas. Dicho concepto atiende, además, al hecho objetivo de la falta de ejercicio durante un término prefijado y a la intención del ordenamiento en dar seguridad al tráfico jurídico.[554]

Al respecto, Monroy Gálvez define a la caducidad como:

> […] aquella institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Asimismo, agrega que se caracteriza porque se extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. En ese sentido, si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha venido en caduco, entonces en estricto la pretensión no tiene fundamento jurídico, por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso, que el Código Civil le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda si aparece del solo examen de ésta al momento de su calificación inicial.[555]

De esta manera, tenemos que la caducidad es una institución de orden público[556] que busca mantener la seguridad jurídica velando por el interés colectivo, y para que los intereses individuales no perjudiquen

---

[553] Definición obtenida de la página web oficial de la Real Academia Española. Consulta en: www.rae.com.

[554] Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001, p. 254.

[555] Monroy Gálvez, Juan. «El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad». En *Thémis*. Lima, 1988, n.° 10, pp. 24-28.

[556] Casación n.º 2021-98. Lima, *El Peruano*, 18-10-1999, p. 3761.

a los colectivos, mediante la cual, quien deja transcurrir el tiempo para ejercitar la acción sin ejercitar la misma, pierde el derecho y también la acción.

Es por esa razón que el artículo 2006 del CC, establece que la caducidad puede ser declarada de oficio, y el artículo 2004 del CC, ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad; con la finalidad de que no se haga un uso abusivo de la misma, señalando expresamente lo siguiente:

> Artículo 2004 del CC
> Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario.

Así, de lo expuesto se puede apreciar que la caducidad debe estar contemplada en una norma con rango de ley y no prevista en un reglamento de ley.

Por lo que, Gandolfo, reseñando la Casación n.° 1802-99-Lima, explica que:

> […] las relaciones jurídicas y sus derechos se fijan en el tiempo de la concepción y al momento de su nacimiento y, por consiguiente, es el transcurso del tiempo, como fenómeno jurídico, el que se recoge en la norma para precisar sus efectos, razón por la que el derecho emerge ligado a un plazo para su ejercicio, plazo que sólo puede ser, en virtud de un mandato de carácter imperativo, fijado por ley, sin admitirse como queda dicho, pacto en contrario.[557]

[557] Gandolfo Cortés, Ricardo. «Revisión de la aplicación práctica de las principales modificaciones en materia de arbitraje en la Ley de Contrataciones del Estado». En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010* (autores diversos). «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011, p. 129.

Y, siguiendo con el razonamiento anterior, resulta importante mencionar lo establecido por el artículo IX del Título Preliminar del CC, que a la letra dice:

> Artículo IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

De lo antes mencionado, queda claramente establecido que el Código Civil determina y fija que los plazos de caducidad se establecen por ley y que sus disposiciones resultan de aplicación supletoria a las disposiciones de la normativa relacionada con la contratación estatal, en la cual se incluye la Ley de APP y su modificatoria.

Por lo que, consideramos un desacierto que en la modificatoria no se haya previsto el tema de los plazos de caducidad para recurrir a la vía previa. Teniendo como precedente los problemas que trajo ese tipo de regulación en la Ley y el Reglamento de Contrataciones con el Estado, antes de su modificatoria,[558] donde las partes hacían caso omiso a los plazos previstos en el Reglamento deduciendo que los mismos no eran de caducidad, dado que no lo establecía la ley. Todo ello era cuestionado en sede arbitral, lo que generaba una demora innecesaria en los precitados arbitrajes.[559]

---

[558] Modificatoria a la Ley de Contrataciones con el Estado mediante la Ley n.º 29873 - Ley que modifica el Decreto Legislativo n.º 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, mediante el Decreto Supremo n.º 138-2012-EF - Modificatoria del Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

[559] Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *El arbitraje en la contratación pública*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 7 y Rodríguez Ardiles, Ricardo. «La caducidad del arbitraje en la Contratación con el Estado». En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima: Grijley Editores, 2006, n.º 1, p. 334.

Por ello, consideramos necesario y obligatorio que se realice una modificación a la Ley de APP, señalando expresamente el plazo de caducidad para acudir a un arbitraje.

2.1.2.1.2. Junta de Resolución de Disputas: ¿Ad-Hoc o Institucional?

Llama la atención cómo el legislador ha redactado la posibilidad de que las partes acudan a una JRD para resolver sus controversias.

El legislador ha señalado que las partes, de considerarlo conveniente, someterán sus controversias a una JRD. Al respecto, consideramos que nos encontramos frente a un desacierto subsanable por parte del legislador.

¿Por qué nos encontramos frente a un desacierto? Y es que, al no señalar expresamente si estamos ante una JRD *Ad-Hoc* o una JRD Institucional, no se puede determinar con exactitud en qué momento se constituye la JRD.

Como recordaremos, cuando las partes pactan una JRD *Ad-Hoc*, ésta se constituirá después de generada una controversia en la ejecución de la obra. En contraposición a una JRD Institucional, la cual se encuentra constituida desde el inicio de la ejecución de la obra, teniendo una obligación contractual de visitar periódicamente la obra y se entiende que los adjudicadores van a estar familiarizados con el contrato de construcción.

Entonces, en la modificación, el legislador no ha establecido si se está refiriendo a uno *Ad-Hoc* o uno Institucional. Al respecto, el legislador ha señalado lo siguiente:

> *De igual modo en los nuevos contratos a suscribirse, podrá considerarse en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional, que* las partes puedan someter sus controversias a una Junta de Resolu-

> ción de Disputas, a solicitud de cualquiera de ellas [...]. (Énfasis nuestro).

De la redacción del párrafo precedente, uno puede deducir que el legislador se está refiriendo a uno *Ad-Hoc*, en tanto: i) hace referencia a la remisión a la junta una vez surgida la controversia; ii) no hace mención alguna, respecto a la composición de la JRD en un momento anterior al surgimiento de la controversia; y iii) en ninguna parte se alude a la labor de prevención de disputas por parte de la JRD.

En ese sentido, podemos concluir que la norma es incompleta al no establecer cuál es el tipo de JRD que acompañará la obra. Por lo que, el Reglamento debió prever el supuesto de hecho olvidado, señalando claramente en qué situación se está poniendo el legislador respecto a la implementación de la JRD.

Sin perjuicio de ello, consideramos que la JRD debería llevarse bajo la modalidad de institucional. Como bien hemos expuesto, las partes contarían con un panel de adjudicadores que se encuentren familiarizados con la obra, con el contrato y brinden un trabajo de prevención de conflictos. De esta manera, se evitaría que escalen los conflictos a posteriores arbitrajes, lo cual tiene como efecto el encarecimiento de la obra y los gastos asumidos por las partes.

Es así que, se debe modificar la ley o modificar el reglamento que prevea dicha situación, debido a que al ser una de las partes un funcionario público, no podría ser abordada en el Acuerdo de *Dispute Board* o el Acuerdo Trilateral, al no tener una habilitación expresa en la norma para poder elegir el tipo de JRD.

2.1.2.1.3. Número de adjudicadores de la Junta de Resolución de Disputas

Por otra parte, respecto al número de miembros de la JRD, consideramos que ha sido un desacierto que la modificatoria de la Ley de APP

establezca que sólo pueden ser uno o tres miembros, sin la posibilidad de que quepa pacto en contrario.

Entendemos que la intención del legislador para el establecimiento de un número de miembros descarta la posibilidad de que las partes pacten un número par de miembros, «previniendo» que se dé la posibilidad de que se llegue a un *impasse* en caso los miembros no se pongan de acuerdo respecto de la disputa, llegando a un *deadlock* o callejón sin salida, siendo las consecuencias desastrosas para la eficacia de la JRD.

Sin embargo, dicho *impasse* sólo podría suceder si uno analiza la situación desde la óptica arbitral respecto de la resolución de la controversia. Por tanto, tal como se ha señalado anteriormente, la JRD es tan flexible que puede pactarse una junta consistente en sólo dos miembros, los cuales tienen que ser profesionales de dos disciplinas diferentes, lo que no es posible bajo el marco de la modificatoria.

En ese sentido, consideramos que el establecimiento de un número fijo de miembros (1 ó 3) implica un desconocimiento de la flexibilidad y adaptabilidad de la JRD respecto del *management* del contrato, así como también de las disputas que pueden aparecer.

Además, pueden existir situaciones en las cuales se requieran diversos adjudicadores para la prevención y resolución de las disputas, al ser complejas las controversias dentro de un contrato de construcción. Las partes, con la modificación establecida, ya no podrían tener la libertad en la configuración de la JRD, limitándose en la cantidad de adjudicadores.

En la experiencia internacional tenemos que, por ejemplo, en el proyecto *Channel Tunnel Rail Link,* en el cual se constituyeron dos paneles, uno emitía decisiones respecto a disputas técnicas relacionadas con la construcción, y el otro emitía decisiones respecto a temas financieros, así como en el Aeropuerto de Hong Kong, donde se habían

designado a seis adjudicadores y un coordinador para que cubran todos los contratos celebrados para llevar a cabo dicha obra. Sin embargo, de esos miembros de la JRD, se elegían a uno o tres miembros, dependiendo de la naturaleza o complejidad de la disputa, para que emitan una decisión. Dichas obras son el claro ejemplo de que limitar el número de adjudicadores, puede contrarrestar la eficacia de la JRD.

Por lo que, como señalamos anteriormente, no es recomendable establecer un número fijo para la designación de los miembros de la JRD, puesto que la misma no sólo dependería del tipo de contrato, complejidad y naturaleza, sino también de los intereses de las partes.

En todo caso, si fuera necesario que el legislador se pronuncie respecto al número de adjudicadores en la JRD, consideramos que hubiese sido la mejor opción el recurrir a la práctica de los DB y señalar que dicha facultad recaerá de manera conjunta en el propietario y el constructor.

Para ello, consideramos que se debe modificar el Reglamento, señalando que posteriormente a la suscripción del contrato de construcción, se procederá a otorgar un determinado plazo para que las partes suscriban el Acuerdo Trilateral, en él se puede facultar a las partes la elección del número de adjudicadores que crean conveniente, tomando en consideración el alcance, tiempo y costo de la obra.

2.1.2.1.4. La nacionalidad del adjudicador

Ahora bien, dadas las obligaciones de la JRD expuestas en la presente investigación, es necesario que los integrantes cuenten con una amplia experiencia en participación en los DB, lo cual podría representar un problema en el Perú, dado que la experiencia en los DB es casi nula.

Al respecto, la Ley de APP aborda dicho problema, señalando que los terceros «podrán ser terceros neutrales de nacionalidad distinta a la de las partes».

Consideramos correcto disponer en un primer momento que se constituya con adjudicadores internacionales. Esta disposición no es más que una semejanza con lo que sucede en Honduras, donde mediante sus contratos de obras públicas llevados bajo la Cuenta del Milenio, al momento de implementar el DB, se vieron en la necesidad de importar adjudicadores extranjeros. En la práctica, se puede observar que sus adjudicadores venían de países como México, Estados Unidos de América y Perú.

En un primer momento, para un país que sufre una demanda de adjudicadores, consideramos que dicha precisión es pertinente, pues se estaría buscando suplir dicha escasez; pero, además, se estaría adoptando una salida rápida respecto a la neutralidad de los miembros de la JRD.

Como bien explicamos en el segundo capítulo, la neutralidad que deben tener los adjudicadores, a diferencia de la imparcialidad, no está referida a una existencia de prejuicios para con las partes, sino a la distancia objetiva que existe entre el adjudicador y una de las partes, siendo éste un criterio objetivo,[560] mediante el cual se estaría buscando que el tercero sea de una nacionalidad distinta a la de ambas partes.

Es por ese motivo que los adjudicadores deberían ser de distinta nacionalidad a la de las partes. Sólo se justificaría en casos en los que pudiese darse un riesgo de ventaja estratégica frente a una de las partes, hecho latente en los proyectos de infraestructura. Es así que, en los casos de este tipo de proyectos, viene ocurriendo un fenómeno llamado la «globalización de la construcción».[561]

Al respecto, lo que deseamos con la implementación de la JRD, es que exista certeza y seguridad para las partes al momento de implemen-

---

[560] Derains, Yves. «La neutralidad cultural del árbitro internacional». En *Lima Arbitration*, 2007, n.° 2, p. 14. Consulta en: http://bit.ly/VuFp9s.

[561] Reig, Isabel. *Op. cit.*, p. 48. Así como en: Pérez, Oren. «Using Private-Public Linkages to Regulate Environmental Conflicts: The Case of International Construction Contracts». En *Journal of Law and Society*, 2002, vol. 29, n.° 1.

tar este mecanismo. Por lo mismo, consideramos coherente que en un primer momento la elección de los adjudicadores sea de nacionalidad extranjera, debido a que al no haber una demanda fuerte de adjudicadores nacionales, y no incluir esta excepción, podría existir un prejuicio y un rechazo natural a la implementación de una JRD, por parte de los constructores que desean contratar con el Estado.

Sin embargo, ello no quiere decir que consideramos que los adjudicadores siempre deben ser extranjeros. Si bien el Perú no tiene una verdadera cultura sobre este tipo de mecanismo alternativo de solución de disputas, consideramos que el DB, al ser un mecanismo innovador y eficaz, generará un interés y demanda por parte de los operadores relacionados al tema de la construcción.

Por ello, es necesario que conjuntamente a la publicación de leyes que implementen la JRD, exista una obligación de parte del Estado en capacitar a los operadores de la industria de la construcción, para que puedan entender cuál es el reto que se enfrenta al posicionar a una JRD dentro de los sistemas conflictuales a nivel nacional.

2.1.2.1.5. Junta de Resolución de Disputas: decisiones vinculantes

Por otra parte, respecto al tipo de JRD, a través del cual se resolverían las disputas surgidas en el desarrollo de la obra, bajo el marco de la modificatoria de la Ley de APP, se señala lo siguiente:

> *La Junta de Resolución de Disputas emitirá una* decisión vinculante *para las partes, la cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje.* (Énfasis nuestro).

El legislador ha señalado que la JRD emitirá «decisiones» vinculantes para establecer la obligatoriedad de la «determinación» en su cumplimiento, a pesar de que cualquiera de las partes manifieste su desacuerdo.

Consideramos que ello es un acierto del legislador, como explicaremos más adelante, pues existe una tranquilidad de parte del funcionario público cuando un tercero obliga a las partes el cumplimiento de una «decisión». Esto, en vista de que su comportamiento va a ser compatible con el principio de legalidad que rige la administración pública.

¿Cuáles son los efectos de una «decisión» vinculante? En principio, una vez emitida la «decisión» es de obligatorio cumplimiento para las partes desde el momento de su emisión. Sin embargo, consideramos que el Reglamento debe señalar que las partes pueden expresar su desacuerdo con una decisión dentro de un plazo establecido, sometiendo dicha «decisión» a arbitraje, sin perjuicio de que alguna de las partes haya emitido su desacuerdo, las mismas permanecerán contractualmente obligadas a cumplir con la «decisión» de la JRD.

Por otro lado, si ninguna de las partes expresa su desacuerdo con la decisión dentro del plazo señalado, la decisión se convertirá en final y vinculante, por lo que las partes se comprometen contractualmente a permanecer vinculadas a lo señalado por la JRD.

Además, como explicaremos más adelante, consideramos que el legislador debe tomar en cuenta la regulación de la NLCE, la cual ha señalado que las «decisiones» deben ser vinculantes durante la ejecución contractual; y pueden ser sometidas a arbitraje dentro de un plazo de treinta días hábiles de recibida la obra. Ello favorece a la continuidad de la obra.

Finalmente, si bien consideramos que la modificación a la Ley de APP pudo haber sido efectuada de una forma más completa. Podemos comprender el interés del Estado peruano en aplicar los DB en los proyectos de APP, puesto que, como se ha podido apreciar en la tabla presentada precedentemente, el Perú tiene pocos proyectos de infraestructura, a diferencia de los proyectos de infraestructura que se llevan a cabo mediante la LCE. Por lo mismo, consideramos que es un interesante mé-

todo para introducir el DB dentro de los proyectos de construcción en el Perú. Sin embargo, consideramos que esta regulación pudo ser realizada de una manera más eficiente y no hacerlo de manera repentina, dándose la modificación impuesta por una Ley de Presupuesto.

2.2. La nueva Ley de Contrataciones con el Estado: lo bueno, lo malo y ¿lo feo?

2.2.1. Antecedentes

Mediante Decreto Legislativo n.° 1017, vigente desde el 1 de febrero de 2009, se aprobó la LCE a través del Decreto Supremo n.° 184-2008-EF se aprobó el RLCE, que desarrollo las normas contenidas en la referida ley. Con posterioridad, se aprobaron modificaciones adicionales a la LCE y su Reglamento, a través de diversos dispositivos legales y reglamentarios.

El artículo 52 de la LCE, señala los medios de solución de controversias durante la ejecución contractual, a la letra dice:

> Artículo 52.- Solución de controversias
> 52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.
> 52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme a lo señalado en el

reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad es el que se fije en función del artículo 50 de la presente ley, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. Todos los plazos previstos son de caducidad.

52.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

52.4. El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y los demás aspectos de la composición del tribunal arbitral son regulados en el reglamento.

52.5. Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el numeral 52.2 del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se puede establecer que sólo procede la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procede la acumulación.

52.6. El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su validez. Dicho sistema debe permitir, operativamente la notificación del laudo. La notificación se dará por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en la presente ley y al Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje.

52.7. El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) dispone la publicación de los laudos y actas de conciliación, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo.

52.8. Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia; y sustentar el apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3 del presente artículo. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones configura infracción y es sancionable administrativamente, según la gravedad de la falta cometida, con suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la presente ley y su reglamento; con la consecuente suspensión o exclusión del Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), según la sanción impuesta.

La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme al Código de Ética para el arbitraje administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o por otra institución que lleve adelante el proceso.

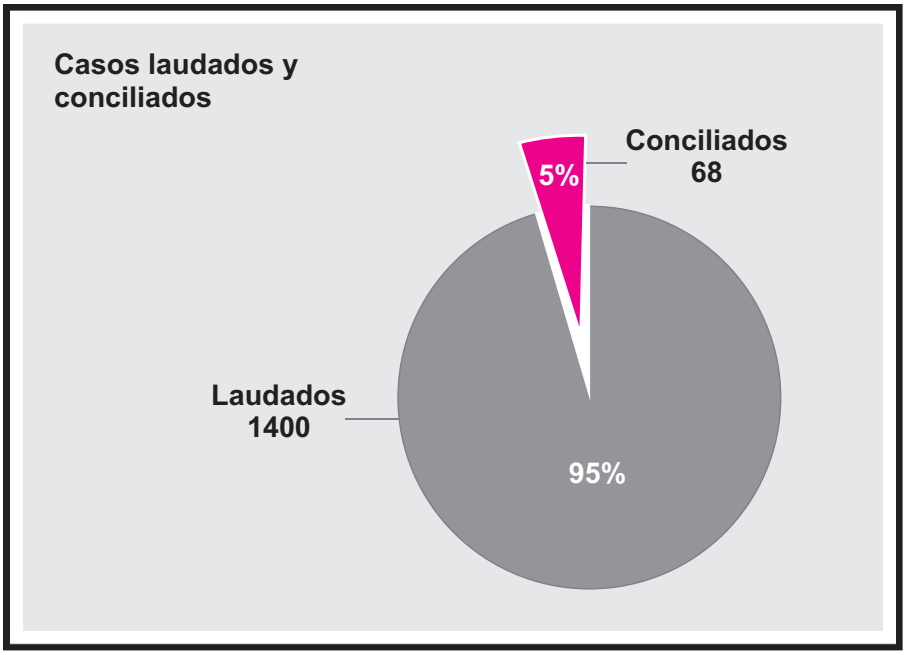
52.9. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.
52.10. En el caso que el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional, y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, se entenderá que el arbitraje se rige bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) de acuerdo a su reglamento.
52.11. El Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE) constituye un régimen institucional de arbitraje especializado para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado. Es autónomo, especializado y se rige por su propio reglamento que es aprobado por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por la Ley de Arbitraje. El reglamento establece su conformación y atribuciones.
52.12. Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetan supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente ley y su reglamento.

Como se puede observar, la LCE precisó que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje. Enfatizando que los mismos deben de solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.

Al respecto, nos preguntamos: ¿son los mecanismos de solución de controversias establecidos en la LCE suficientes para poder resolver las controversias que están surgiendo en los contratos de construcción?

Como bien lo explicamos en el primer Capítulo, la conciliación es un mecanismo expeditivo y económico. Sin embargo, existe un grave problema en la contratación pública. Y es que, cuando se tiene al Estado como parte de un contrato de construcción, la figura de la conciliación

es ineficaz e inoperante. Son pocas las controversias que se solucionan en la etapa de conciliación, como se observa en la siguiente estadística:[562]



Pero, ¿a qué se debe que la conciliación no sea una figura utilizada bajo la LCE? La respuesta es sencilla, la conciliación no opera debido a que el funcionario público no concilia.

Esto se debe a que existe un temor en el funcionario público de ser cuestionado posteriormente por haber optado por la conciliación sobre el arbitraje. A ello cabe preguntarse si ese miedo es irracional o paranoico. Consideramos que su miedo es justificado.

---

[562] Estadística obtenida del Informe: *Arbitration of Government Contracts in Latin America: Peru, the Example to Follow?* Elaborado por Franz Kundmüller al Banco Mundial. Consultado en: http://goo.gl/NndF9x.

Al respecto, nos remitimos a los lineamientos que debe de seguir un funcionario público para conciliar expuesto por la Contraloría en la *Guía de Auditoría de Obras Públicas por Contrata, como documento orientador del Sistema Nacional de Control para la Ejecución de las acciones de control*, emitida mediante la Resolución de Contraloría n.º 177-2007-CG del año 2007, vigente a la fecha. Los criterios para los funcionarios que se atreven a conciliar son los siguientes:

> *a) Se realiza solución de la controversia* de manera adecuada.
> *b) Se resuelve la controversia en la etapa de Conciliación,* en buenos términos para la Entidad. *Si no fuera así, se recurre a un arbitraje.*
> *c) La solución de controversias* no debe irrogar mayores gastos de los previstos*, a la Entidad.* (Énfasis nuestro).

Al respecto, consideramos que los citados lineamientos lo único que generan es un desincentivo para el funcionario público que desea conciliar. En primer lugar, ¿qué significa conciliar de manera adecuada? Consideramos que la conciliación de manera adecuada es la manera de la que dispone el órgano de control de considerarlo así. Y, si es así, el funcionario público nunca va a conciliar, pues, *a priori,* no puede saber bajo qué criterios el órgano de control determinar qué es «lo adecuado».

En segundo lugar, cabe preguntarse qué debemos entender por «buenos términos para la Entidad». Nuevamente consideramos ilógico que un funcionario público concilie teniendo como consecuencia una posible sanción que se basaría en un criterio unilateral del órgano de control, teniendo que determinar qué es lo bueno o lo malo para la entidad.

Finalmente, la Contraloría solicita a los funcionarios que la conciliación no genere mayores gastos previstos a la entidad. Al respecto, consideramos que la aplicación de este lineamiento es inviable en un contrato de construcción, el cual, por naturaleza, es riesgoso, contingente, complejo y no todas las obras se realizan con los gastos previstos

originalmente, por lo que las disputas siempre van a traer la figura de «concesiones recíprocas» en la conciliación.[563]

Por todo lo dicho, entendemos que el obligar a conciliar a los funcionarios públicos bajo estos lineamientos, pudiendo ser sancionados posteriormente por un órgano de control debido a que no concilió sobre los gastos previstos originalmente, conlleva que no se concilie.

De acuerdo al artículo 40 del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley n. º 29622, denominado «Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control», publicado mediante el Decreto Supremo n.° 023-2011-PCM, la facultad para sancionar por responsabilidad administrativa funcional, prescribe a los cuatro (4) años contados a partir del día en que la infracción se hubiera cometido. Es decir, si un funcionario concilia y no lo hace bajo los citados lineamientos estaría cometiendo una falta y el órgano de control puede iniciar un procedimiento de sanción durante un período de cuatro (4) años desde que se llevó a cabo la conciliación.

Por lo tanto, la normativa antes citada, al no introducir un criterio costo-beneficio objetivo para evaluar la adopción de un acuerdo conciliatorio, el funcionario no se va a sentir respaldado para la toma de decisiones al conciliar.

Es por estas razones que los funcionarios públicos no concilian y prefieren ir al arbitraje, mecanismo que les exonera de responsabilidad y futura sanción administrativa. Por lo anterior, podemos mencionar que el arbitraje sería el único mecanismo de controversia viable por la inoperancia de la conciliación.

---

[563] Corrales Gonzales, José Antonio. Director de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado. Conferencia en el Congreso Internacional de Derecho de la Construcción-Cidec 2014.

Por otro lado, cabe recordar que el arbitraje es obligatorio para contrataciones públicas en el Perú desde el año 1998, y nadie duda de su rol como mecanismo de resolución de conflictos en los contratos de construcción; sin embargo, creemos que el arbitraje puede tener mayor eficacia si le sumamos una herramienta del *management* del contrato de construcción, como son los DB.

Al respecto, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, elaboró un informe; «Tendencias en los arbitrajes de la contratación pública: análisis de laudos», en el cual se analizó una muestra de cuatrocientos laudos arbitrales registrados en el OSCE de un total de más de dos mil emitidos entre los años 2003 y 2012, concluyendo, respecto de los arbitrajes en la contratación pública, lo siguiente:

- Un 89% de arbitrajes duran menos de un año y medio.
- El 95% de los casos, el Contratista es quien demanda al Estado, en contraposición al 5% de los arbitrajes donde el demandante es el Estado. De ello se llega a las siguientes conclusiones:
  - El 25% de los casos, cuando el Contratista demanda, el total de sus pretensiones arbitrales son declaradas improcedentes o infundadas, incluyendo condena de costos arbitrales en su contra.
  - El 7.1% de los casos, se le ordena a la Entidad pagar montos por encima de S/1'000,000.00.
  - El 35% de los casos, se le ordena a la Entidad pagar más del 80% de lo reclamado.
- Respecto al origen de las controversias, sólo el 25% de los casos corresponden a litigios en los que se contradicen resoluciones administrativas.

Como se puede observar, es relevante el porcentaje de arbitrajes que tienen como origen una contratación por obra pública. Además, los arbitrajes, por lo general, tienen una duración de un año, lo cual repercute

y afecta con la culminación de la obra. Asimismo, en su mayoría, quien inicia el arbitraje es el Constructor, debido a que el Estado no tiene una necesidad de demandar al tener mejores mecanismos de defensa ante un incumplimiento como la ejecución de cartas fianza, resolución de contrato, etc.

Sin embargo, debemos resaltar que, del 75% de los casos que van a arbitraje, se pueden solucionar de manera eficiente durante la ejecución de la obra, teniendo en consideración que los mismos llegan a arbitraje por decisiones ineficientes de las partes o por el control generado de la Contraloría que obliga a los funcionarios a no conciliar.

La conciliación y el arbitraje tienen una gran labor al tener que resolver las controversias entre un particular y el Estado; sin embargo, consideremos que intentar mejorar la regulación de los mismos no ayudaría a evitar los problemas. Por lo que es necesario que nos preocupemos más por cómo evitar la enfermedad que seguir dándole remedios al enfermo.

Debemos tomar en cuenta que el movimiento económico que genera la contratación pública en materia de obras e infraestructura es importante. Se calcula que el Estado suscribe alrededor de ocho mil contratos de ejecución de obra por año,[564] sólo en el año 2013, en materia de obras e infraestructura, se han celebrado contratos de construcción, los cuales alcanzan una cuantía de 12'522,000.30 millones de nuevos soles,[565] ello representa, aproximadamente, el cuarenta por ciento (40%) de las compras públicas que se adjudican en el país.

Sin duda alguna, se trata de un mercado sumamente importante. En ese sentido, es necesario que el Estado invierta y diseñe mecanismos

---

564 *Ibídem.*

565 Estadística obtenida de: Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado. Reporte de Contrataciones Públicas 2013 (Resultados Preliminares). Consulta en: http://goo.gl/nK1v3o.

de solución de controversias que puedan sostener esta gran inversión del Estado, y así lograr una mejor distribución de los fondos públicos. El Estado debe privilegiar eficiencia en el uso de recursos y no un enfoque centrado en el control de la función pública.

En ese sentido, es necesario contar con un método por el cual, se tenga como labor principal la prevención de conflicto frente a una posible administración incorrecta del contrato de construcción y frente a los métodos de resolución de controversias tradicionales.

Por lo que, en materia de obras e infraestructura, consideramos que es necesario establecer el DB como un método de prevención y resolución de controversias para las contrataciones públicas. Ya que, es mejor resolver las controversias en el camino, a que esperar que terminen para resolverlas.

Es en dicho marco, que el 11 de julio de 2014 se publicó la nueva Ley de Contrataciones del Estado, la Ley n.º 30225, la cual reemplazará el Decreto Legislativo n.° 1017 y entrará en vigencia, de acuerdo a su octava disposición complementaria final, a los treinta días calendario de la publicación de su Reglamento.

Y, es en esta NLCE que el Estado peruano permite a las partes la posibilidad de elegir como un método alternativo de resolución de controversias a los DB. A continuación, pasaremos a analizar la incorporación de los DB en la NLCE.

2.2.2. Modificación del sistema de resolución de controversias bajo la nueva Ley de Contrataciones del Estado: comentarios y críticas

El 11 de julio de 2014 se publicó la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones con el Estado.

En ella se han producido numerosos cambios respecto a la LCE. Uno de los cambios más significativos ha sido la regulación de los DB como un mecanismo de solución de controversias durante la ejecución contractual.

Para ello, el Estado ha denominado al DB como Junta de Resolución de Disputas, la cual busca resolver las controversias que se presenten en los contratos de construcción. Ello se manifiesta en el artículo 45 de la NLCE, que a la letra dice:

> Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual
>
> 45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje.
>
> **Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.**
>
> **La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, co-**

rrespondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

45.2 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

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.

Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas sólo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra.

Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

Todos los plazos antes señalados son de caducidad.

45.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público

y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

45.4 Los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente Ley y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia.

45.5 La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a lo dispuesto en la directiva que se apruebe para tal efecto.
El reglamento establece los criterios, parámetros y procedimientos para la toma de decisión de conciliar.

45.6 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros.
El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado.
Asimismo, para desempeñarse como árbitro, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior.

45.7 Para desempeñarse como secretario arbitral se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto.

45.8 El árbitro único o tribunal arbitral constituido para resolver una controversia derivada de un contrato regido por esta Ley resulta, en principio y salvo el supuesto de excepción previsto en el presente numeral, competente para conocer las demás controversias, susceptibles de ser sometidas a arbitraje, que surjan de la ejecución del mismo contrato.

En ese sentido, cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato, cualquiera de las partes debe solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, dentro del plazo de caducidad previsto en el numeral 45.2 del presente artículo.

El árbitro único o el tribunal arbitral acumula las nuevas pretensiones que se sometan a su conocimiento, siempre que estas sean solicitadas antes de la conclusión de la etapa probatoria. Excepcionalmente, el árbitro único o el tribunal arbitral, mediante resolución fundamentada, puede denegar la acumulación solicitada tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, el estado del proceso arbitral y demás circunstancias que estime pertinentes.

En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad.

45.9 El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su eficacia.

La notificación se tiene por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje o norma que lo sustituya.

Adicionalmente, el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y esta fue desestimada.

45.10 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes *ad-hoc* y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniéndolo no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable.

Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales. Asimismo, deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia y observar la debida conducta procedimental. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente constituyen infracción a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental previstos en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, siendo pasible de las siguientes sanciones éticas según su gravedad:

a) Amonestación.
b) Suspensión temporal de hasta cinco (5) años.
c) Inhabilitación permanente.

Las infracciones señaladas son desarrolladas en el reglamento y recogidas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

La autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética, el cual se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas. El Consejo de Ética se encuentra integrado por tres (3) miembros de reconocida solvencia ética y profesional, los cuales son elegidos por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, respectivamente. El cargo de miembro del Consejo es honorario.

La organización, estructura, atribuciones, mecanismos de designación, funcionamiento y los demás aspectos concernientes al Consejo de Ética son establecidos en el reglamento.

45.11 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) organiza y administra un régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado, de acuerdo a lo previsto en el reglamento. Este régimen se rige por su propio reglamento arbitral que es aprobado mediante directiva por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje o norma que lo sustituya.

45.12 Los medios de solución de controversias a que se refiere la presente Ley o su reglamento, se desarrollan en cumplimiento del Principio de Transparencia.

Las instituciones encargadas de la administración de los medios de solución de controversias deben cumplir con remitir la información que establezca el reglamento y aquella que solicite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en relación a las controversias derivadas de la aplicación de la presente Ley, bajo responsabilidad de su titular o representante legal.

> Tratándose de arbitrajes *ad-hoc*, el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único son responsables de la custodia de las actuaciones arbitrales por un plazo no menor de diez (10) años desde la terminación de las mismas. En el caso de los arbitrajes institucionales, la respectiva institución arbitral es responsable de la custodia del expediente por el plazo antes señalado. Antes del vencimiento de dicho plazo, la custodia puede ser encargada al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), bajo los requisitos y condiciones previstos en el reglamento.
>
> 45.13 Las resoluciones sobre devolución de honorarios de árbitros emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) constituyen título ejecutivo. (Énfasis nuestro).

Mediante el citado artículo, se estaría permitiendo la intervención de un tercero, Junta de Resolución de Disputas (DB), para prevenir y resolver los problemas que pudieran presentarse en el marco de los contratos de construcción.

El Estado ha señalado, que bajo esta nueva regulación busca maximizar el valor de los recursos públicos bajo un enfoque de gestión por resultados en las contrataciones priorizando la ejecución del gasto con calidad,[566] otorgándole más importancia a herramientas que puedan ayudar a conseguir el fin público y la satisfacción de una necesidad pública.

Debemos de mirar con mucho cuidado la incorporación de una figura como los DB en la legislación nacional en lo relativo a las compras públicas. Como se ha expuesto en la presente investigación, existen innumerables bondades que nos brinda un DB. Sin embargo, si no existe

---

[566] Rojas Delgado, Magali. Presidenta Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado. Discurso de apertura de la Conferencia Regional sobre Dispute Boards - DRBF Regional Conference & Workshop - Lima, Perú. Julio, 2014. Consultar en: http://goo.gl/VC1Ayb.

una correcta regulación y cambio de cultura sobre los DB, lo único que se va a generar es el encarecimiento de los métodos de solución de conflicto.

Recordemos que la introducción de mecanismos legales al marco normativo no asegura la eficiencia, como bien lo expusimos sobre la regulación de la conciliación en contrataciones públicas. Es por ello, que procederemos a discutir sobre los pro y contra de esta nueva regulación en la NLCE, y ello nos dará una base de cómo enfrentar su reglamentación.

2.2.2.1. El sistema de resolución de controversias: alcances, duración, plazos del Dispute Board *y su relación con el arbitraje*

Para poder establecer el alcance de la JRD, es necesario interpretar el artículo 45 de la NLCE de manera integral. Y es que debemos precisar que el citado artículo es el método de resolución de controversias durante la ejecución contractual para la contratación pública, respecto a los bienes, los servicios y la ejecución de obra.

De una primera impresión, podemos apreciar que la NLCE establece un sistema confuso de resolución de controversias. El legislador ha intentado regular, sobre todo, los problemas que se han visto envueltas las entidades, no teniendo un orden establecido para poder entender los distintos mecanismos que nos presenta. Ello ha generado una confusión para su aplicación.

Sin perjuicio de ello, bajo la regulación establecida, los métodos de resolución reconocidos en dicha norma se pueden complementar. Por lo mismo, nos preguntamos: ¿cuál es el alcance de la JRD bajo la NLCE?

En los numerales 45.1 y 45.2 del citado artículo se señala expresamente lo siguiente:

> 45.1 [...] Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes.[...]
> 45.2 [...] En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a ésta **todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma**. (Énfasis nuestro).

De acuerdo a lo citado, el alcance de la JRD no es obligatorio y su alcance se ve reflejado en las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción de la misma.

Al respecto, consideramos positivo que el legislador expresamente haya señalado el inicio y el fin de los alcances de la JRD. Ello delimita el marco de acción de los adjudicadores, facultándolos a brindar soluciones sobre disputas que puedan generar un retraso o una paralización en la ejecución de la obra. Permitiéndoles realizar una revisión *in situ* del reclamo y sus causas. De acuerdo a la Exposición de Motivos, las partes podrán ejecutar la obra sin interrupción y culmine, de ser el caso, en base a las «decisiones» vinculantes que emita la JRD.[567]

Ello va a generar que «sólo controversias técnicas y económicamente relevantes sean definidas en un arbitraje, dejando los reclamos del día a día de la construcción a los DB».[568] Ya que, la idea no es que todas las controversias o «decisiones» que emita la JRD terminen de manera automática en arbitraje, sino de lo que se trata es que dicho mecanismo sea efectivo. Pues, cabe precisar que mediante este nuevo mecanismo, la excepción es que las controversias vayan a arbitraje y no la regla.

---

[567] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n.° 3626/2013-PE relativo a la nueva Ley de Contrataciones del Estado, p. 96.

[568] Paredes Carbajal, Gustavo. *Op. cit.,* p. 85.

Con lo cual surge: ¿qué conflictos posteriores a la recepción de la obra no ve la JDR y se van directamente al arbitraje?

Una vez realizada la recepción de la obra, corresponde iniciar el procedimiento de liquidación del contrato de obra, el mismo que puede definirse[569] como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la entidad.

La liquidación del contrato de obra debe contener: las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado, tales como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.[570]

Es por ello, que uno de los temas netamente económicos que se irían al arbitraje posterior a la entrega de la obra, es la liquidación. Además, cabe precisar que no se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver. Es decir, si existiera controversias sobre pago de valorización, pago de mayores gastos generales, aplicación de penalidades, entre otros, todo ello ha tenido que ser resuelto anteriormente por un tribunal arbitral, lo que genera que dichos problemas no se resuelva al momento de la liquidación, sino que la misma tendrá

---

569 Salinas Seminario, Miguel. *Costos, presupuestos, valorizaciones y liquidaciones de obra*. Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2.ª edición, p. 44.

570 Opinión Técnica del OSCE n.º 104-2013/DTN de fecha 21 de agosto de 2013.

sus propias discrepancias, que se resuelven según las nuevas disposiciones de la NLCE, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Otro tema que consideramos que se vería únicamente en un arbitraje sería la responsabilidad por los vicios ocultos.

Como lo señala Castillo y Sabroso, recogiendo lo expuesto por la Exposición de Motivos del Código Civil, entendemos por vicios ocultos como: «a la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquirente a su adecuada utilización».[571]

En ese sentido, para que exista responsabilidad por los posibles vicios ocultos de la obra, los mismos tienen que ser preexistentes a la entrega de la obra, pues «[s]i el vicio surge después de la transferencia, afecta a algo que ya pertenece al adquiriente y en lo cual no tiene injerencia [sic] alguna el transferente».[572]

Además, los mismos se exteriorizan después de la entrega de la obra, pues: «ellos se presentan cuando el bien, cuya propiedad, posesión o uso se transfiere, tiene defectos, o imperfecciones, que no se revelan por su examen y que afectan su utilización por el adquirente».[573]

Por lo que, por su naturaleza, carecería de objeto mantener una JRD para el análisis por posibles vicios ocultos de la obra cuando ya se cumplió con el fin para el cual se constituyó, el cual es la entrega de la obra en el plazo previsto y, a pesar de ello, además, sería excesivamente oneroso para las partes mantener en funcionamiento la misma por un plazo adicional no menor a siete (7) años, que es el plazo de responsabilidad establecido en el artículo 40 de la NLCE.

---

[571] Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *Op. cit.,* p. 98.

[572] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo iii, p. 538.

[573] *Idem*, p. 528.

Por otro lado, la NLCE establece de manera expresa qué materias no pueden ser revisadas por la JDR:

> [...] La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

Al respecto, si bien consideramos que no hay ninguna razón de carácter técnico que impida que las citadas pretensiones sean vistas por una JRD. La NLCE ha zanjado la discusión sobre la arbitrabilidad de los temas relacionados con adicionales de obra y, consecuentemente, su negatoria de recurrir a una JRD. Sin embargo, cabe señalar que esta prohibición también está reconocida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, y también la Corte Suprema ha señalado que estas materias no son arbitrables ni siquiera pueden ser reclamadas bajo la figura de enriquecimiento sin causa.[574] Por lo tanto, para que dichas pretensiones sean vistas por una JRD requiere una modificación legislativa.

Por otro lado, cabe preguntarnos lo siguiente: ¿la JRD funciona como un mecanismo prearbitral?

Consideramos que la NLCE sí establece a la JRD como un procedimiento prearbitral. Ello se ve reflejado cuando señala que:

---

[574] Consulta en: CAS. n.° 2391-2013 Lima.

> [...] En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a ésta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas sólo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra.
> Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.
> Todos los plazos antes señalados son de caducidad.[...]

Cabe señalar que los plazos establecidos en la NLCE son plazos de caducidad, con lo cual se estaría cautelando que la resolución de una controversia se retrase innecesariamente por acción o inacción de alguna de las partes al no recurrir a la vía establecida dentro de un tiempo determinado, perdiendo la posibilidad de que su reclamo sea visto ante el órgano respectivo.

En ese sentido, consideramos que el legislador ha sido diligente en establecer cuál sería el plazo necesario para recurrir las «decisiones» de la JRD a arbitraje; sin embargo, es necesario que en el Reglamento se regule la «notificación de desacuerdo» que debe emitir una parte cuando se encuentra en desacuerdo respecto a una «decisión» emitida por la JRD. Ello tiene un fin importante, el cual es dar a conocer a la JRD cuando una parte está en desacuerdo con su «decisión»; asimismo, se conocerá cuáles son las posibles controversias que serán llevadas a arbitraje después de la recepción de la obra.

Por lo que, consideramos que el sistema de resolución de controversias en materia de obras en la NLCE coadyuva que la ejecución de la obra no se vea afectado. Sin perjuicio de que pueda verse envuelto en discusiones patrimoniales, la obra ya se ejecutó, ya que está funcionando y está siendo utilizada por la población que la necesita.

Finalmente, la NLCE, señala que las partes pueden recurrir a una JRD en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento.

Al respecto, en primer lugar, en relación al criterio «valor referencial», podemos encontrar que la NLCE no señala qué se entiende por el mismo, únicamente lo reconoce en su artículo 18, que a la letra dice:

> **La Entidad debe establecer** el valor estimado de las contrataciones de bienes y servicios y **el valor referencial en el caso de consultorías y ejecución de obras**, con el fin de establecer la aplicación de la presente Ley y el tipo de procedimiento de selección, en los casos que corresponda, así como gestionar la asignación de recursos presupuestales necesarios, **siendo de su exclusiva responsabilidad dicha determinación, así como su actualización.**
> No corresponde establecer valor estimado en los procedimientos que tengan por objeto implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. (Énfasis nuestro).

Podemos observar que, como en el caso de la LCE, la NLCE tampoco establece la forma de determinar el valor referencial. Lo cual puede traer problemas para su aplicación, por lo que debe ser el Reglamento de la NLCE que establezca la forma de determinarlo o, al menos, establecer cuáles son los puntos por los cuales debería fijarse dicho valor como se efectuó en el RLCE.

Sin perjuicio de ello, tenemos que el valor referencial, por sí solo, no sirve para determinar cuál es su rol para que se pacte una JRD. Por lo que, consideramos necesario recurrir a la Exposición de Motivos para ello.

Al respecto, la Exposición de Motivos[575] señala que, de acuerdo a la doctrina internacional, la JRD será implementada sólo en contratos de significativa envergadura, razón por la cual se dispone recurrir a ella únicamente en los casos de obras cuyo valor estimado sea muy significativo (de acuerdo al monto que se fije en el reglamento).

Por lo anterior, cabe preguntarse en qué lineamientos de la doctrina internacional se ha basado el legislador para afirmar que los DB sólo se utilizan en obras de significativa envergadura.

Como se ha graficado en la presente investigación, las JRD pueden ser utilizados para contratos cuyo monto contractual fueron desde US$ 9'000,000.00 a US$ 1,500'000,000.00. Por lo que, si se piensa legislar la materia de la «significativa envergadura» frente al valor del contrato, consideramos que el establecimiento de cualquier piso para pactar un DB sería arbitrario.

Sin perjuicio de lo anterior, el Reglamento debe especificar la regulación en base a lo que entiende por obras de gran envergadura. Somos de la opinión de que la NLCE ha establecido que la JRD empiece con una regulación sobre las obras de gran envergadura, simplemente porque se tiene que desarrollar un mercado de servicios de esta naturaleza; además, falta que se desarrolle una oferta del mismo, debiendo esperar que este mecanismo gane una reputación propia.

Por último, consideramos que el Reglamento debe tener mucho cuidado en cómo deviene su regulación, ya que una obra pequeña para una entidad, puede ser considerada obra grande para otra. Por lo mismo, estos últimos casos también se debe aplicar la JRD como mecanismo de solución de controversias.

---

[575] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n.° 3626/2013-PE relativo a la nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Op. cit.*

2.2.2.2. Errores y aciertos traídos desde la Ley de APP

La NLCE prevé la posibilidad de que las partes acudan a la JRD para resolver sus controversias en la obra, lo cual es un avance positivo en materia de contrataciones al tener una herramienta que permita una administración más eficiente al momento de prevenir y resolver los conflictos.

Sin embargo, dicha modificación mantiene algunos problemas identificados en la Ley de APP, dentro de las cuales se encuentra, que el legislador no ha especificado si nos encontramos frente a una JRD Institucional o *Ad-Hoc*. Sólo ha señalado lo siguiente:

> **Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras**, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. […]
> En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a ésta todas las controversias que surjan **durante la ejecución de la obra** hasta la recepción total de la misma. [...] (Énfasis nuestro).

Asimismo, si nos remitimos a la Exposición de Motivos,[576] ésta señala que con la JRD «busca lograr la pronta y óptima solución de controversias que posibilite alcanzar, en las mejores condiciones de oportunidad y costo, el objeto de la contratación, dado el interés público involucrado y el impacto social que su postergación puede generar en el bienestar de la población». Por lo que, no se hace mención alguna a la virtud principal de un DB, que es la prevención de los posibles conflictos durante la ejecución de la obra.

[576] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n.° 3626/2013-PE relativo a la nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Op. cit.*

Es así que, al igual que se señaló para el caso de la Ley de APP, de la redacción del párrafo precedente, uno puede deducir que el legislador se está refiriendo a un DB *Ad-Hoc*, en tanto: i) no se hace mención, respecto al momento en que se constituye la JRD, solamente se señala que se someterán las controversias durante la ejecución de la obra y ii) en ninguna parte de la modificatoria se alude a la labor de prevención de disputas por parte del DB.

Ello puede causar problemas al momento de delimitar el inicio de labores del DB, pues, en caso las partes celebren un pacto deficiente respecto a este tema o no establezcan regulación alguna en su contrato, la norma no puede suplir la deficiencia del pacto de las partes. Por lo que, podemos concluir que la norma es incompleta al no establecer cuál es el tipo de DB que acompañará la obra.

Por lo tanto, es el Reglamento que tiene que prever el supuesto de hecho olvidado, señalando claramente en qué situación se está poniendo el legislador respecto a la implementación de la JRD. Sin perjuicio de ello, consideramos que la JRD debe implementarse bajo la modalidad de institucional, pues, como bien hemos expuesto, las partes contarían con un panel de adjudicadores que se encuentren familiarizados con la obra, así como también con el contrato y brinden un trabajo de prevención de conflictos. Evitando que escalen los conflictos a posteriores arbitrajes, lo cual tiene como efecto el encarecimiento de la obra y los gastos asumidos por las partes.

En segundo lugar, en la NLCE, podemos apreciar que el legislador ha establecido de manera expresa que las «decisiones» emitidas por la JDR son vinculantes. Se ha señalado lo siguiente:

> Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, **siendo sus decisiones vinculantes**. [...]. (Énfasis nuestro).

Ello es un acierto del legislador, pues de acuerdo a lo explicado en la presente investigación, se está asumiendo que la JRD es un DAB.

Consideramos que el DAB, de acuerdo a su naturaleza es útil para una realidad de resolución de conflictos que vivimos actualmente. Y es que, si decidimos que la JRD emita recomendaciones, lo más probable es que el funcionario público no tenga decisión de mando para poder utilizarlas en la ejecución de la obra, como sucede con la conciliación, y ello es por el mero hecho del temor que existe al ser sancionado de manera posterior por un órgano de control en vista de que no cumplió con los lineamientos establecidos a favor de la entidad, los cuales son una traba y generan una inoperancia por parte del funcionario público.

Debemos precisar que en vista de que una Ley dispone que las decisiones sean vinculantes para las partes, ello es compatible con el principio de legalidad que rige la administración pública. Ello quiere decir, que los funcionarios no van a tener temor de acatar las decisiones emitidas por la JRD. Al respecto, Meirelles señala que en la administración pública no hay libertad ni voluntad personal. Mientras en la administración particular es lícito hacer todo lo que la ley no prohíbe, en la administración publica sólo está permitido hacer lo que la ley autoriza.[577]

La Exposición de Motivos[578] denomina el carácter vinculante de las «decisiones», señalando que es de «obligatorio cumplimiento para las partes desde el momento de su emisión». Es decir, las partes deben de cumplir con las «decisiones» emitidas por la JRD sin demora en cuanto sean notificados. Por ende, para tranquilidad del funcionario público un tercero va a obligar a las partes el cumplimiento de su decisión, no existiendo una posible sanción posterior por parte del órgano de control, en vista de que se debe de acatar lo emitido por la JRD.

---

[577] Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasilero*. Sao Paulo: Malheiros, 2008, 34.ª edición, p. 89.

[578] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n.° 3626/2013-PE relativo a la nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Op. cit.*

¿Cuáles son los efectos de una «decisión» vinculante? Si una de las partes expresa su desacuerdo con una decisión dentro de un plazo establecido, ésta puede someter la controversia a arbitraje. Sin embargo, consideramos pertinente que el Reglamento expresamente señale que, sin perjuicio de que alguna de las partes haya iniciado un «desacuerdo», las mismas permanecerán contractualmente obligadas a cumplir con la «decisión» de la JRD. Si ninguna de las partes expresa su «desacuerdo» con la «decisión» dentro del plazo señalado, la «decisión» se convertirá en «final y vinculante», por lo que las partes se comprometen contractualmente a permanecer vinculadas a lo señalado por la JRD.

El legislador ha señalado que las «decisiones» deben ser vinculantes, dado que ello va a permitir un mejor manejo de los conflictos que podrían presentar durante la ejecución contractual; por lo mismo, que las «decisiones» emitidas por la JRD sólo pueden ser sometidas a arbitraje dentro de un plazo de treinta días hábiles luego de recibida la obra.

Lo que ha buscado la NLCE es que se favorezca la continuidad de la obra. Asimismo, la NLCE ha señalado que las «decisiones» sólo podrán ser observadas por un tribunal arbitral después de recibida la obra; ello quiere decir que ninguna decisión podrá ser llevada a un tribunal arbitral durante la ejecución contractual.

Por último, un tema que no ha sido regulado en la NLCE, a diferencia de la Ley de APP, es el número de adjudicadores que deberían participar en una JRD. Consideramos que ello es un acierto del legislador; dado que, como hemos expuesto en la presente investigación, son las partes las que están en mejor posición para considerar el número de adjudicadores que deben constituir una JRD, lo cual no puede ser definido *a priori*.

En ese sentido, el Reglamento de la NLCE, debe ser claro en afirmar que son las partes, posteriormente a la suscripción del contrato, que al momento de suscribir el Acuerdo Trilateral deben estipular el

número de adjudicadores que va a necesitar la obra, tomando como referencia el alcance y complejidad de la misma.

2.3. Hacia dónde deben apuntar las modificaciones de los sistemas de resolución de controversias para la aplicación de los **Dispute Boards**

En la presente investigación se ha tratado de estudiar los DB, concluyendo que el DB es una opción real, siendo una herramienta útil para la administración del contrato de construcción.

Al respecto, debemos precisar que los sistemas de solución de controversias que se asigna al mercado de las contrataciones públicas tienen un costo de transacción circunscrito para su funcionamiento, dicho costo es predecible, pero no deseado por los postores.

Y es que si los mecanismos de solución de controversias están mal diseñados, puede implicar que se desaliente la competitividad entre los futuros postores. Es lógico que nadie desee que se genere un gasto adicional que puede repercutir en su utilidad.

La realidad de los países puede ser diferente y variable; sin embargo, existe una realidad universal, y es que al constructor (postor) su prioridad es terminar la obra a tiempo, para poder tener caja para futuras construcciones. Ello debería ser el ritmo natural que deben tener los constructores cuando contratan con el Estado. Este ciclo de contratación le conviene tanto al Estado como a los particulares.

Por lo mismo, es importante que la regulación de los futuros sistemas de resolución de controversias, como son la Ley de APP y la NLCE, se deba minimizar su costo de transacción, hasta hacerlo lo más bajo posible, en términos de costos económicos. Como bien señala Bullard, si estos costos son muy altos, entonces no hay contratos. Y si no hay

contratos, no hay transacciones. Si no hay transacciones, el bienestar de las personas se reduce.[579]

Con las nuevas regulaciones en materia de DB no se puede desalentar la competencia. Actualmente, en el Perú existe 1.4% de postores por proceso de selección, lo cual se traduce en una competencia casi nula. Ningún mercado produce resultados óptimos con un nivel tan bajo de competencia, y el sistema de resolución de controversias que se tiene que proponer no puede ser ajeno a esta realidad, considerando la relevancia del mismo, al ser un facilitador para la inversión pública y privada. Por lo mismo, su regulación no debe ser ineficiente, dado que los mismos pueden desalentar la productividad.[580]

Por lo tanto, es necesario que, al momento de regular la legislación en materia de los DB en el Perú, no se debería perder la esencia del mismo, conforme a lo expuesto en toda la presente investigación, teniendo en cuenta que los países desarrollados son aquéllos que llegaron a reducir los costos de transacción a través de buenas leyes bien aplicadas.[581]

Actualmente, el Estado ha modificado diversas normas de contratación pública, generando que las leyes se asemejen a un código de conducta del funcionario público. Muchas de las antiguas regulaciones, fueron creadas para prohibir al constructor que efectúe un reclamo o prohibir al funcionario público que realice una determinada función (como el de conciliar), dejando de lado el dinamismo contractual que justamente prevalece en los contratos de construcción.

Si bien en un primer momento un nuevo sistema de resolución de controversias puede generar un escepticismo en sus futuros operadores,

---

[579] Bullard González, Alfredo. «Los zapatos de cartón de Ronald Coase». En Diario *El Comercio*. Lima, 7 de septiembre de 2013. Consulta en: http://goo.gl/0dANBQ.

[580] Corrales González, José Antonio. *Loc. cit.*

[581] Bullard González, Alfredo**.** *Loc.cit.*

debemos desaparecer la misma, caso contrario, puede prevalecer un sistema que no fomenta el avance de la obra.

En ese sentido, consideramos necesario realizar un aporte y presentar un manual para elaborar normas relativas a los DB, apuntando a que el Estado cumpla con regular lo necesario para que la misma funcione de manera eficiente, tratando de disminuir los costos de transacción. Cada obra debe de regularse en el caso en concreto, teniendo presente su naturaleza, las actividades que se estén llevando a cabo y el número de problemas, cuestiones y/o disputas que pueden presentarse durante la ejecución de la obra.

En ese sentido, consideramos que los siguientes lineamientos deben ser tomados en cuenta por el Estado al momento de elaborar normas en materia de DB:

- **Inicio de la JRD: Constitución (Acuerdo de *Dispute Board*)**
  Como hemos demostrado, una de las ventajas comparativas del DB es la labor de prevención de disputas, las cuales, en caso no sean atendidas en tiempo real, pueden generar retrasos o paralizaciones innecesarias de la obra, produciéndose gastos excesivos por remediar dicha situación, por lo que el Estado debe constituir una JRD al momento de la suscripción del contrato. Ello quiere decir que se le está facultando una labor preventiva y de resolución de conflicto a los adjudicadores, los cuales van a acompañar la obra durante toda su ejecución hasta la recepción de la misma.

  Asimismo, consideramos importante que en las normas emitidas se debería precisar cuál es el rol de los DB dentro del sistema de resolución de controversias, motivo por el cual se debe precisar que la JRD es una vía previa al arbitraje. Sobre dicho extremo se debería señalar lo siguiente:

  > Constitución de la JRD: Cláusula de solución de controversia de obra (Acuerdo de *Dispute Board)*

> Las partes deberán constituir la JRD mediante una cláusula de solución de controversias dentro del contrato de obra, señalando expresamente que la JRD es un procedimiento previo al arbitraje. Las decisiones emitidas por la JRD sólo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra.
> Las controversias que surjan con posterioridad a la recepción de la obra deberán ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles.
> Las partes deben pactar que la JRD va a acompañar la ejecución de la obra ejerciendo su función de asistencia informal, así como la resolución de todas las controversias surgidas del contrato de obra hasta la recepción de la misma, por parte de la Entidad.
> Seguidamente, las partes dentro de un plazo de diez (10) días hábiles de suscrito el contrato de obra, deberán suscribir el Acuerdo Trilateral.
> En caso una de las partes se niegue a celebrar tal acuerdo, las partes pueden acudir directamente a un Arbitraje para la solución de las controversias.

- **Acuerdo Trilateral: Elección de Adjudicadores - Obligaciones de los Adjudicadores - Obligaciones de las partes frente a los Adjudicadores.**

Posteriormente a la firma del contrato, las partes deben suscribir un Acuerdo Trilateral, en el cual designarán conjuntamente a los adjudicadores que participarán en la ejecución de la obra.

Asimismo, el Acuerdo Trilateral debe comprender las obligaciones de los adjudicadores durante todo el funcionamiento de la JRD; entre ellas está: el monitoreo de la obra - asistencia informal - procedimiento de resolución de controversias.

Además, se debe estipular cuáles son las obligaciones de las partes (contratista y entidad) frente a los adjudicadores, ello es importante dado que debe existir un ambiente de cooperación para que la JRD

funcione de manera eficaz. Entre ellos, tenemos: remisión de informes periódicos sobre el avance de la obra - pagos de honorarios.

Por último, en el caso de que alguna parte incumpla lo suscrito en el Acuerdo Trilateral, ello será resuelto mediante un arbitraje de derecho.

Sobre lo señalado en el presente acápite, la normativa respecto a los DB debería regular lo siguiente:

> Acuerdo Trilateral
> En el Acuerdo Trilateral, las partes deberán elegir conjuntamente a los adjudicadores, así como el número de los mismos que van a participar durante la ejecución de la obra hasta su recepción por la Entidad. En caso las partes no designen un adjudicador o no se pongan de acuerdo sobre los mismos, deberán acudir a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos.
> En el Acuerdo Trilateral, las partes deberán precisar las obligaciones de los adjudicadores como mecanismo de prevención y solución de controversias durante la ejecución de la obra:
> - Asistencia informal: Para la solicitud de asistencia informal, ha pedido de parte o en conjunto, la JRD debe brindar su asistencia a las Partes para resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del Contrato de manera informal. Dicha asistencia puede brindarse de dos formas, mediante Consejos u Opiniones.
> - La asistencia informal se podrá brindar en cualquier momento durante la ejecución de la obra materia del Contrato y debe ser solicitada mediante cualquier canal que permita que tanto la JRD como la contraparte estén debidamente informadas sobre dicha solicitud. Las partes están obligadas a pactar el procedimiento de la asistencia informal.
> - Monitoreo de la obra: Las partes tienen la obligación de presentar la documentación relacionada con la obra y requerida por la JRD dentro de un plazo razonable establecido por las partes. Asimismo, las partes se encuentran en la

obligación de presentar informes periódicos sobre el avance de obra, los cuales deben ser presentados dentro del plazo establecido por acuerdo de ambas partes. Finalmente, respecto a las visitas *in situ*, las mismas se realizan con el fin de que la JRD se mantenga informada sobre la ejecución del Contrato y cualquier desacuerdo. Las partes deberán pactar el intervalo de tiempo en que las visitas deban ser realizadas y el procedimiento de las mismas.

- Resolución de controversia: Ante la existencia de una disputa, las partes pueden recurrir a la JRD para su solución. Las partes están obligadas a pactar el procedimiento de resolución de disputas en el acuerdo tripartito. Si en caso no lo pactaran, se seguirá el procedimiento establecido a continuación:

  La JRD emitirá su decisión dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes de recibida la solicitud formal por la parte que ha iniciado el procedimiento de resolución de controversia.

  En ese sentido, la parte recurrente debe presentar un escrito a la JRD, acompañando un resumen de la disputa, en un plazo de diez (10) días calendario de surgida la disputa, salvo pacto en contrario. Una vez que la JRD tenga conocimiento de la solicitud formulada por la parte recurrente, se correrá traslado de la misma, a fin de que la conteste, en un plazo de diez (10) días calendario de surgida la disputa, salvo pacto en contrario. En caso la contraparte conteste, se allane o no conteste la solicitud en el plazo otorgado para tales efectos, la JRD puede proceder a citar a las partes a una audiencia, de considerarlo conveniente.

  La JRD puede citar a cuantas audiencias estime necesarias y tiene la facultad de realizar una visita a la obra a efectos de verificar los hechos alegados por las partes, de estimarlo pertinente.

  Respecto a los medios probatorios, la JRD tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de los mismos, pudiendo disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio que considere conveniente. El costo que irrogue la

actuación de medios probatorios de oficio será asumido por ambas partes.
La JRD puede prescindir de las pruebas en caso las considere prescindibles o innecesarias.
La JRD tiene la facultad de nombrar por iniciativa propia, uno o más peritos que podrán ser personas naturales o jurídicas, para que dictaminen sobre las materias que determine la JRD.
Asimismo, la JRD puede solicitar una prórroga del plazo para emitir su decisión, la cual debe contar con la aprobación de ambas partes.
Las partes pueden pactar mecanismos de revisión de la decisión emitida por la JRD, entre ellos, la rectificación o interpretación.
Frente a las decisiones emitidas, la parte que se encuentre en desacuerdo deberá emitir su disconformidad dentro de los veintiocho (28) días calendario contados a partir de su recepción,[582] lo cual no suspende la ejecución de la decisión.
Finalmente, en caso de que alguna de las partes incumpla las obligaciones estipuladas en el Acuerdo Trilateral, la parte afectada se encuentra facultada para recurrir a un Arbitraje de Derecho para ordenar el cumplimiento de las mismas y el reclamo de una indemnización por daños y perjuicios, según corresponda.

- **Arbitraje:**
  Al ser la JRD un mecanismo de resolución de controversias prearbitral, es necesario establecer cuál es la regulación del arbitraje dentro de los contratos de construcción en el ámbito público, teniendo en cuenta los lineamientos de las leyes anteriormente analizadas.

  En ese sentido, debemos precisar que el presente manual no apunta a que la JRD emplace al arbitraje, sino que se facilite la continuidad en el desarrollo de la obra, apelando a que las partes utilicen una

[582] En este caso, recomendamos veintiocho (28) días calendario al ser la práctica usual establecida en el Libro Rojo Fidic.

JRD como una herramienta en la gestión del contrato de construcción. Generando estabilidad y confianza para las partes al momento de ejecutar el contrato de construcción.

Por lo que la regulación respecto a esta materia, debería ser establecida de la siguiente manera:

> Arbitraje
> Emitida la disconformidad de las partes frente a la determinación. La parte disconforme, tiene un plazo máximo de quince (15) días calendario contado desde la recepción de la obra para iniciar el arbitraje, debiéndose constituir un tribunal arbitral para la revisión de la decisión y, en caso se revierta la determinación emitida por la JRD, el tribunal arbitral emitirá un laudo que ponga fin a la disputa.
> En caso no se presente ninguna solicitud arbitral, la decisión emitida por la JRD es considerada final y vinculante; por lo mismo no puede ser revisada por ninguna instancia arbitral ni judicial, conforme a los términos del Acuerdo Trilateral.
> En caso existiera un incumplimiento de la decisión cuando ésta sea final y vinculante, el tribunal arbitral es competente de exigir su cumplimiento.
> Las partes podrán establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida en que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones, las disposiciones de la Ley de Arbitraje que resulten aplicables, ni las normas y directivas complementarias dictadas por el OSCE de conformidad con sus atribuciones.

Conclusiones

La primera conclusión que resalta de la investigación, es que en el ámbito de la construcción, las controversias son inevitables. Pues, existen diversos factores que imposibilitan que una obra se lleve sin disputas. Entre ellos, tenemos que las obras abarcan múltiples contratos con múltiples partes, sumado a factores externos como las condiciones ambientales que no son predecibles, lo que genera variaciones o modificaciones en la obra. Adicionalmente a ello, hemos podido observar que no existen contratos de construcción perfectos, al no ser posible abordar todas las contingencias que pueden o no suceder en el desarrollo de la obra y que, por lo general, conlleva una incorrecta asignación de riesgos.

Lo anteriormente señalado, crea una tensión entre las partes involucradas en el contrato de construcción, resultando casi imposible que, entre el constructor y el propietario, exista una negociación directa durante el curso del proyecto para determinar todas las variaciones y discrepancias del contrato. Asimismo, dicha tensión fomenta la existencia de litigios que afectan la ejecución de la obra, y trae consigo repercusiones económicas. Es decir, a mayor tiempo dedicado en la solución de la disputa, mayor es el costo que asumen las partes involucradas.

En ese sentido, no se puede tener una mala atención a las disputas generadas en el marco del contrato de construcción. Dichas disputas requieren un tratamiento adecuado, mediante la búsqueda del punto de cooperación entre todas las partes, alineando sus intereses y maximizando la rentabilidad del contrato para obtener la obra dentro del plazo pactado.

Por lo anterior, es necesario buscar mecanismos eficaces para prevenir y abordar los conflictos surgidos durante la ejecución de la obra. Ello va a garantizar que las partes tengan certeza respecto al alcance, costo y plazo de la obra.

En la actualidad, se puede apreciar que en el Perú, el arbitraje sigue siendo el foro de atracción para resolver conflictos. Sin embargo, consideramos que dicha forma de resolución de controversias no termina de satisfacer plenamente las exigencias de tiempo y costo en el ámbito de la construcción. Ya que por los motivos señalados anteriormente, los contratos de construcción necesitan mecanismos contractuales que prevengan y solucionen, con carácter inmediato, las disputas entre las partes.

En atención a las necesidades del sector de la construcción, se crean los *Dispute Boards*, como una respuesta a una búsqueda incesante de eficiencia en la resolución de disputas.

El *Dispute Board* es un mecanismo que asegura una resolución de disputa eficaz, rápida y especializada por terceras personas elegidas conjuntamente por las partes; permitiendo la solución del conflicto en el propio lugar de ejecución del proyecto y en tiempo real.

No sólo ello sino que el *Dispute Board* ha sido diseñado para mejorar los estándares de eficiencia en la resolución de conflictos, al tener una función preventiva del conflicto prestando asistencia a las partes para evitar o impedir que se produzcan conflictos mediante la identificación, investigación y discusión de los problemas en una etapa temprana, función que los árbitros no tienen.

En ese sentido, los *Dispute Boards* ayudan a las partes para que la obra sea entregada dentro del presupuesto y tiempo pactado, con el ánimo de no encarecer la solución de un conflicto.

Los terceros neutrales que se encargan de la prevención y resolución de controversias en el desarrollo de la obra se denominan adjudicadores. Estos adjudicadores se encuentran disponibles, por lo general, desde el principio del contrato de construcción y suscripción del Acuerdo Trilateral, prolongándose su duración a lo largo del desarrollo del mismo. Ello trae como una consecuencia natural que los adjudicadores estén plenamente informados respecto del desenvolvimiento de la obra, al estar en contacto con la obra y con las partes, desde su inicio hasta el final, mediante informes periódicos elaborados por las partes y reuniones periódicas de los *Dispute Boards* con las partes, visitas *in situ* a la obra, entre otras.

Por ende, mediante los *Dispute Boards*, el adjudicador tiene un conocimiento profundo y de primera mano de los hechos surgidos en el desenvolvimiento de la obra. Por lo que, se puede afirmar sin problemas que, a diferencia del arbitraje, al adjudicador no le cuentan la controversia, ellos conocen la controversia desde antes de que se presente como tal.

Ello conlleva que, en los casos que un *Dispute Board* se encuentre operativo para la solución de disputas, y cerca del 99% de todas las controversias planteadas, se resuelve con éxito mediante la emisión de una «determinación» en un plazo menor en comparación al arbitraje.

En la presente investigación se ha analizado la naturaleza de los *Dispute Boards*. Al respecto, si bien se constituye como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos de naturaleza heterocompositiva, se puede concluir que no es jurisdicción y que nos encontramos frente un mecanismo de naturaleza contractual, que nace en base a la voluntad de las partes.

Al respecto, afirmamos que los *Dispute Boards* son una institución del derecho privado. Dicha institución es regulada por la voluntad de las partes a través de la libertad contractual y de la libertad de contratar.

Debemos precisar que son el propietario, el constructor y los adjudicadores los que ofertan y aceptan los términos de dos acuerdos base: el *Acuerdo de Dispute Board* y el *Acuerdo Trilateral*.

El Acuerdo de *Dispute Board* es un contrato por el cual las partes del contrato de construcción deciden otorgarle competencia al *Dispute Board* para que acompañe la ejecución de la obra, teniendo entre sus facultades la prevención y resolución de controversias. Lo más recomendable es que el Acuerdo de *Dispute Board* esté representado mediante una cláusula escalonada circunscrita al contrato de construcción, por lo que si este último no existiera automáticamente desaparecería el interés de las partes para acudir a un *Dispute Board*. Cabe precisar que, en dicho acuerdo, no se establecen las reglas de procedimiento bajo las que actuarán los adjudicadores y las partes; ello justamente está contenido en el Acuerdo Trilateral, el cual es suscrito por los adjudicadores y las partes del contrato de construcción.

En el Acuerdo Trilateral las partes pactan las prestaciones, derechos y obligaciones a cargo del adjudicador, así como las obligaciones del constructor y el propietario frente al DB, creándose una relación jurídico-patrimonial para que se pueda llevar a cabo la función de prevención y resolución de controversias en el desarrollo de la obra.

Por ende, bajo la suscripción de ambos acuerdos, se da por constituido el *Dispute Board.*

Por otro lado, precisamos que el *Dispute Board* se puede clasificar de dos formas: dependiendo de la naturaleza de la «determinación» para resolver las disputas emitidas por los adjudicadores y de acuerdo a la actuación de los adjudicadores.

De acuerdo a la naturaleza de las «determinaciones», las partes pueden pactar entre un *Dispute Adjudication Board, Dispute Review Board* o un *Combined Dispute Board*.

En caso las partes pacten un *Dispute Adjudication Board*, al momento de surgir una controversia, el adjudicador emite «decisiones», las cuales deberán ser cumplidas desde el momento de su notificación y están contractualmente obligadas a acatarla mientras ésta no haya sido revocada por un tribunal arbitral o Juez competente.

En los casos del *Dispute Review Board*, el adjudicador emite *recomendaciones*, las cuales no son vinculantes (*non-binding*). Lo cual significa que las partes pueden cumplir voluntariamente lo señalado por el *Dispute Board*.

Finalmente, cuando se pacta un *Combined Dispute Board*, por regla general, el adjudicador emite una «recomendación». Sin embargo, se puede emitir una «decisión» cuando una parte lo solicita y ninguna otra parte se opone a ello. En caso de oposición, el Adjudicador decidirá si emite una «recomendación» o una «decisión», siendo una opción híbrida entre el *Dispute Adjudication Board* y el *Dispute Review Board*.

Respecto al procedimiento de actuación de los adjudicadores, existen dos tipos de *Dispute Board*: el *Dispute Board Institucional* y el *Dispute Board Ad-Hoc*.

El *Dispute Board* Institucional es cuando los adjudicadores se encuentran constituidos desde el inicio de la ejecución de la obra hasta la recepción de la misma. En contraposición al *Dispute Board Ad-Hoc*, el cual se constituye al momento en que surge una controversia en la obra.

Respecto al *Dispute Board Ad-Hoc*, concluimos que se pierde la razón de ser del *Dispute Board*, puesto que no cuenta con la función de prevenir las posibles disputas, debido a que el adjudicador no se va a encontrar familiarizado con la obra.

Por otra parte, en la presente investigación se ha explicado y analizado otros mecanismos alternativos de resolución y prevención de conflictos existentes en el mercado, los cuales se conocen como Marcs.

En dicho análisis se ha concluido que el *Dispute Board* es un mecanismo íntegro y completo al condensar las funciones de solución y prevención de disputas en un tercero, lo cual es inédito en los Marcs, al ser los mecanismos existentes únicamente de solución o prevención de controversias, no ambos al mismo tiempo.

Después de entender el contexto del *Dispute Board*, consideramos necesario determinar cuáles son las obligaciones principales de los actores que componen el *Dispute Board*.

Dentro de las obligaciones más importantes que tienen el constructor y propietario, se encuentran las de colaboración con el adjudicador para que pueda desarrollar su labor. Dicha colaboración se plasma mediante la provisión al adjudicador de toda la documentación técnica del proyecto; elaboración y presentación de informes de progreso, brindar las facilidades para que el *Dispute Board* pueda efectuar visitas al proyecto. Adicionalmente a ello, las partes se encuentran obligadas a efectuar el pago de los honorarios al adjudicador en partes iguales.

Mientras que las obligaciones principales de los adjudicadores son la labor de prevención y de solución de controversias.

La labor de prevención de controversias se lleva a cabo por los adjudicadores mediante el monitoreo de la obra, las visitas *in situ*, la asistencia informal frente a un desacuerdo y la emisión de consejos u opiniones. Dicha labor tiene un impacto directo en la obra, estando relacionado al ahorro en costos directos y ahorro de tiempo, previniendo que un posible problema escale a una disputa entre las partes.

Mediante la labor de solución de controversias, el *Dispute Board* brinda una salida a la disputa surgida entre las partes, formulando una resolución final al respecto dentro de los plazos establecidos para ello. La resolución final que pone fin a la controversia surgida entre las partes se le conoce como una «determinación».

La «determinación», al ser la emisión final, de acuerdo al pacto de las partes contractuales o de los reglamentos institucionales sobre *Dispute Board*, pueden ser «recomendaciones» o «decisiones».

Frente a dicha «determinación» la parte perdedora puede presentar una notificación de desacuerdo. Dicha situación lleva a las partes para que recurran a una autoridad con jurisdicción para que brinde una solución final a la disputa surgida entre las partes; por lo general, a un arbitraje. Es por ello que en este tipo de contratos se prevea un sistema escalonado para la resolución de controversias.

Adicionalmente a ello, es necesario rescatar una de las obligaciones que tienen todas las partes intervinientes en un *Dispute Board*, la cual es la confidencialidad. Mediante ello, lo que se busca es la exclusión de posibles intervenciones e influencias de terceros y guardando la imagen de cada parte frente al mercado.

Una de las ventajas que tiene el *Dispute Board* es que las partes conjuntamente deben elegir a los adjudicadores, siendo la persona mejor calificada para colaborar, asesorar y dirimir una disputa dentro de una obra. Dentro de las cualidades más importantes que debe tener un adjudicador, están las de imparcialidad, independencia, proactividad, conocimiento del tipo de contrato de construcción, experiencia en resolver conflictos en construcción, conocimiento del procedimiento que se lleva a cabo en un *Dispute Board* y disponibilidad de tiempo a la obra que le fue adjudicada.

Asimismo, una de las dudas que rodea la elección del adjudicador, es qué tipo de profesión debe tener. A diferencia del arbitraje, en el *Dispute Board* no existe una diferenciación del método entre derecho o equidad, siendo libre la forma de elección del adjudicador. Al ser las disputas o divergencias que pueden surgir en el desarrollo de la obra de orden técnico, legal o financiero, la elección del adjudicador es determinante para una correcta gestión de las disputas latentes y existentes.

En ese sentido, frente a la elección de un adjudicador único o presidente del *Dispute Board*, se concluye que la profesión debe ser la de un abogado, al tener un conocimiento más amplio en manejo de disputas y puede desenvolverse dentro de los parámetros de legalidad bajo los cuales está permitido brindar asistencia informal o resolver las disputas, basados en la búsqueda de una solución armoniosa que preserve la relación entre las partes.

Respecto a la designación, número de adjudicadores y constitución, al ser un *Dispute Board* una figura contractual, su configuración es flexible, adaptándose a los requerimientos de la obra. La designación de los adjudicadores, dependerá del tipo de contrato, complejidad y naturaleza de la obra.

Sobre la remuneración que recibe el adjudicador, ésta no tiene ninguna relación con el número de controversias que se suscitan en la obra; sino se relaciona al tiempo y esfuerzo invertido del adjudicador en la obra. Asimismo, se puede apreciar que la remuneración consta de cinco elementos: honorarios mensuales, honorarios diarios, gastos reembolsables al adjudicador, calendario de pagos y el supuesto de falta de pago.

Cabe señalar que, si bien se celebra el Acuerdo Trilateral con la consigna de que el adjudicador labore desde el inicio hasta el final, es posible que se generen eventualidades como las del fallecimiento o renuncia del adjudicador, para lo cual es necesario que se lleve a cabo un procedimiento de finalización del contrato de un adjudicador. En ese

sentido, es necesario que las partes pacten los supuestos de hecho para la terminación de dicho contrato.

Ahora bien, habiendo explicado y analizado los motivos por los cuales el *Dispute Board* debe ser el mecanismo por excelencia para que las partes recurran para la solución y prevención de controversias en materia de construcción, el reto ha sido aterrizar dicho mecanismo para su aplicación en el Perú, tanto en el ámbito privado como público.

En el ámbito privado, no hemos encontrado problema alguno, pues bajo la libertad contractual, son las propias partes las que, al momento de elaborar su contrato de construcción, eligen la mejor forma de gestionar sus conflictos.

En ese sentido, la presente investigación ha demostrado que en el Perú existen mecanismos legales que pueden cautelar la eficacia del *Dispute Board.*

Por otro lado, en el caso del ámbito público, en proyectos que no estén involucrados fondos obtenidos internacionales, necesariamente tiene que existir una voluntad legislativa por parte del Estado peruano para que se pueda utilizar dicho instrumento en la prevención y solución de disputas cuando una de las partes sea una entidad pública, al estar dichas entidades sometidas a un principio de legalidad. En otras palabras, mientras no exista un reconocimiento legal de los *Dispute Boards* como método alternativo de resolución de controversias, las partes no pueden pactar dicho método.

Al respecto, el Estado peruano ha mostrado un aparente interés para la aplicación de los *Dispute Boards* en contrataciones públicas. El primer avance legislativo se dio en la modificación de la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, donde las partes puedan pactar libremente, si lo consideran idóneo, la utilización de las Juntas de Resolución de Disputas, más conocidas como *Dispute Boards.*

En la presente investigación se ha analizado la normativa actual de los *Dispute Board* en la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, demostrándose el poco conocimiento que ha tenido el legislador para regular dicha figura.

Inclusive, como hemos precisado que el actual Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas no ha regulado la utilización de las Juntas de Resolución de Disputas, por lo que su aplicación ha quedado inoperante, hasta que se realice una modificación al citado Reglamento.

Como segunda intención, el Estado peruano publicó la Ley n.° 30225, nueva Ley de Contrataciones del Estado, mediante la cual reconoce la posibilidad de que las partes puedan recurrir al *Dispute Board* como método de solución de controversias.

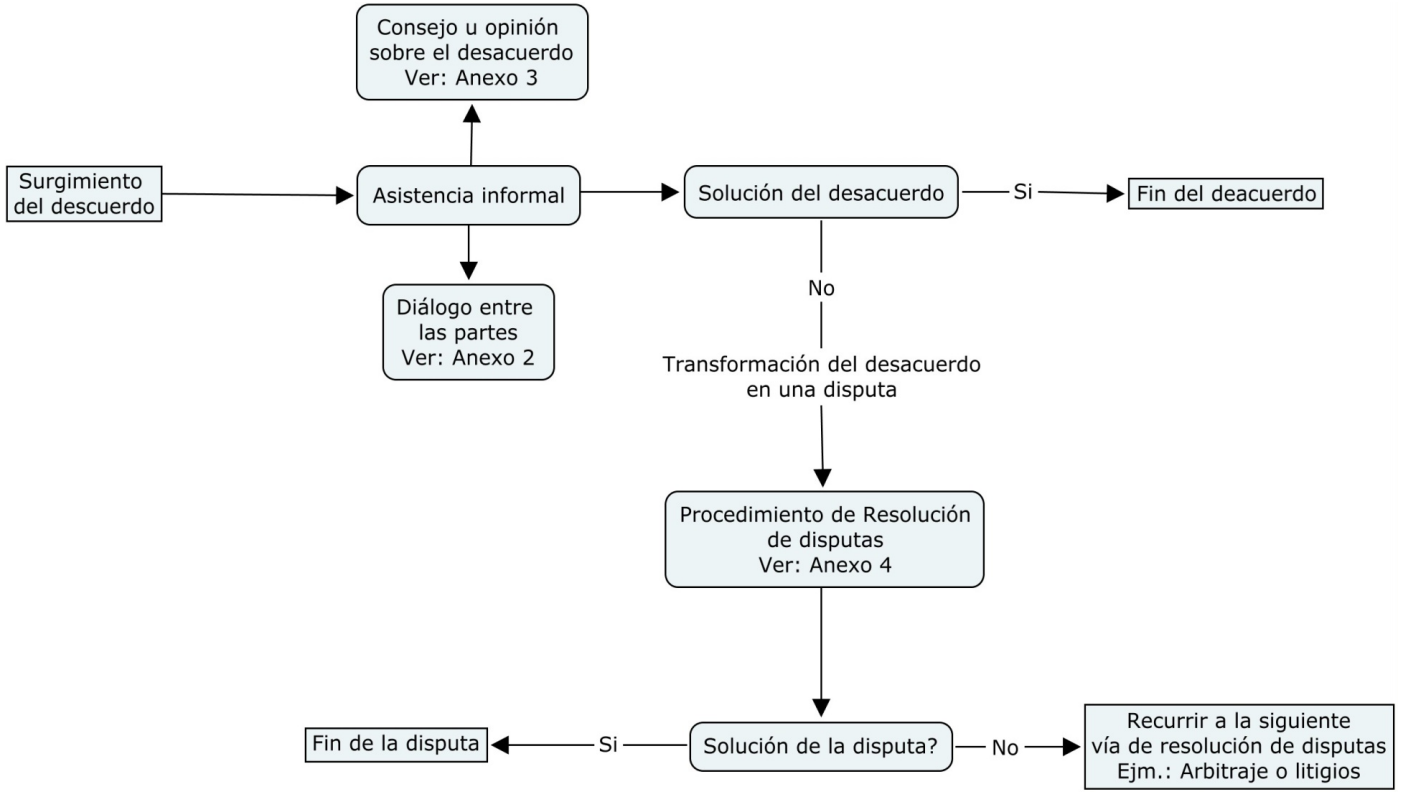
Debemos precisar que actualmente no se ha emitido el Reglamento de la citada Ley. Es por ello que, al no existir un dispositivo que reglamente la aplicación del *Dispute Board* en el ámbito público, consideramos necesario proponer un manual para la regulación del *Dispute Board* en las leyes nacionales.

Finalmente, al demostrarse que los *Dispute Boards* son un mecanismo por excelencia para evitar y resolver los conflictos de una forma rápida y de alta calidad, los mismos están destinados a crecer en demanda y popularidad, al buscar una manera eficiente y amigable de terminar una controversia a lo largo de un proyecto de construcción.

ANEXOS

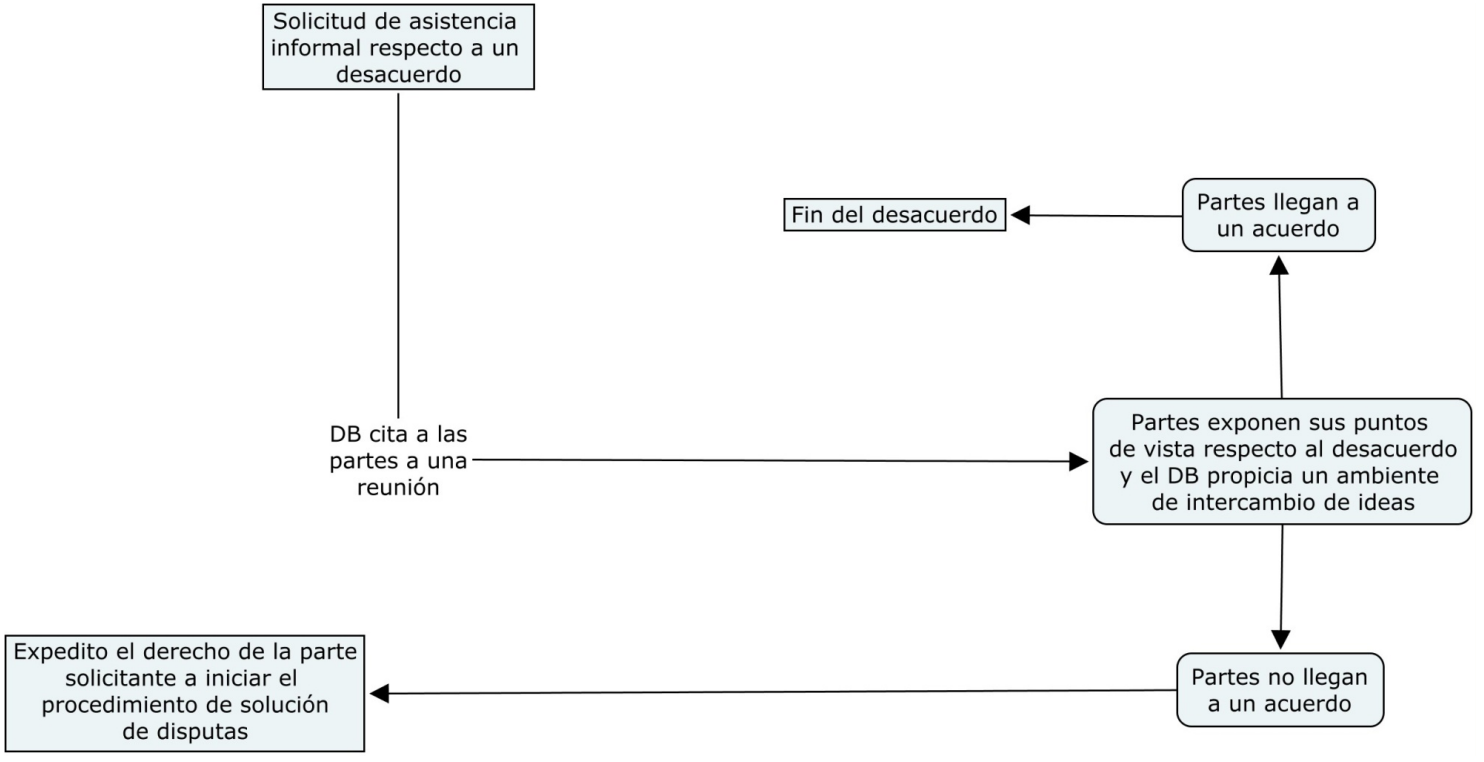
Anexo 1

Diagrama de flujo sobre el procedimiento frente al surgimiento de un desacuerdo en un *Dispute Board*.



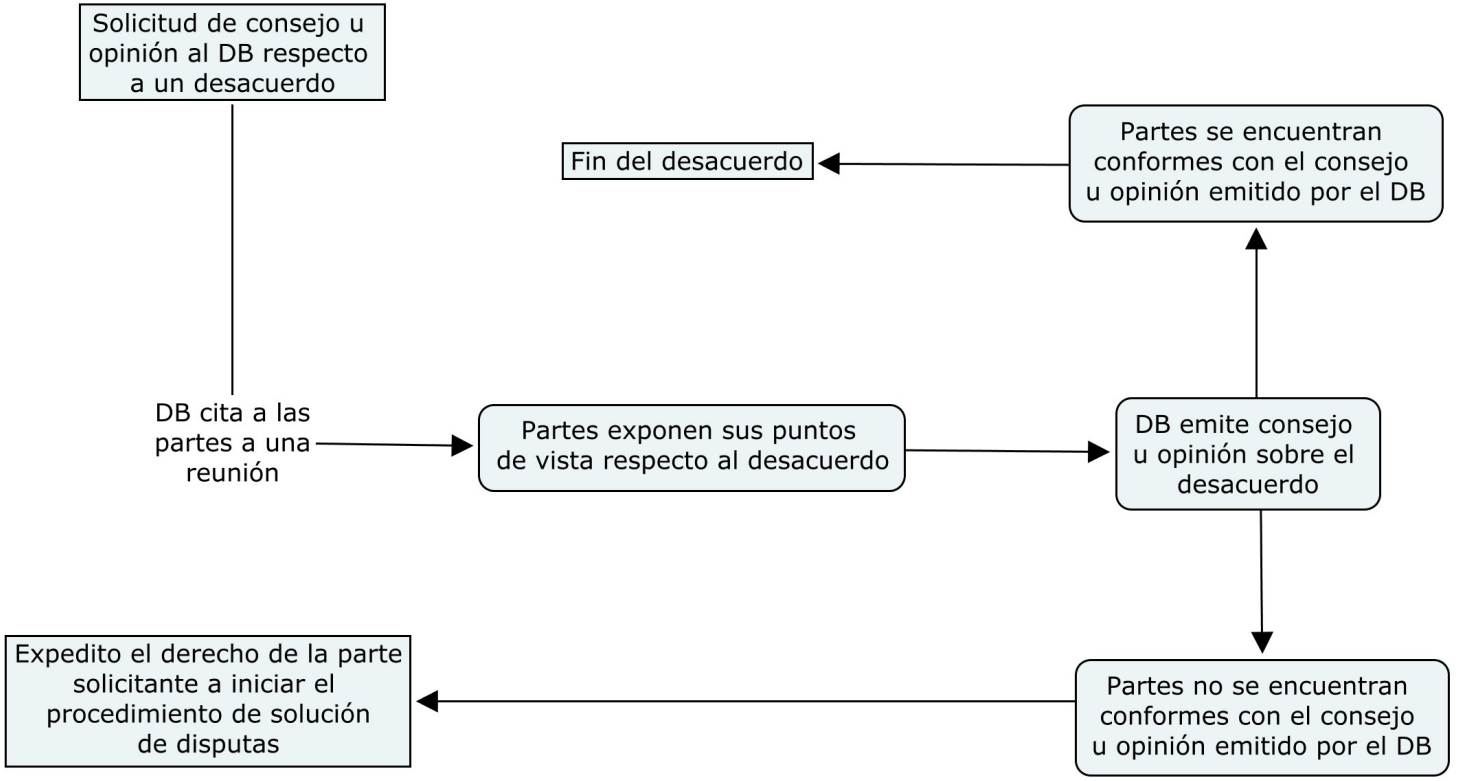
Anexo II

Diagrama de flujo sobre el procedimiento de Asistencia Informal del DB respecto a un desacuerdo
(Diálogo entre las partes)



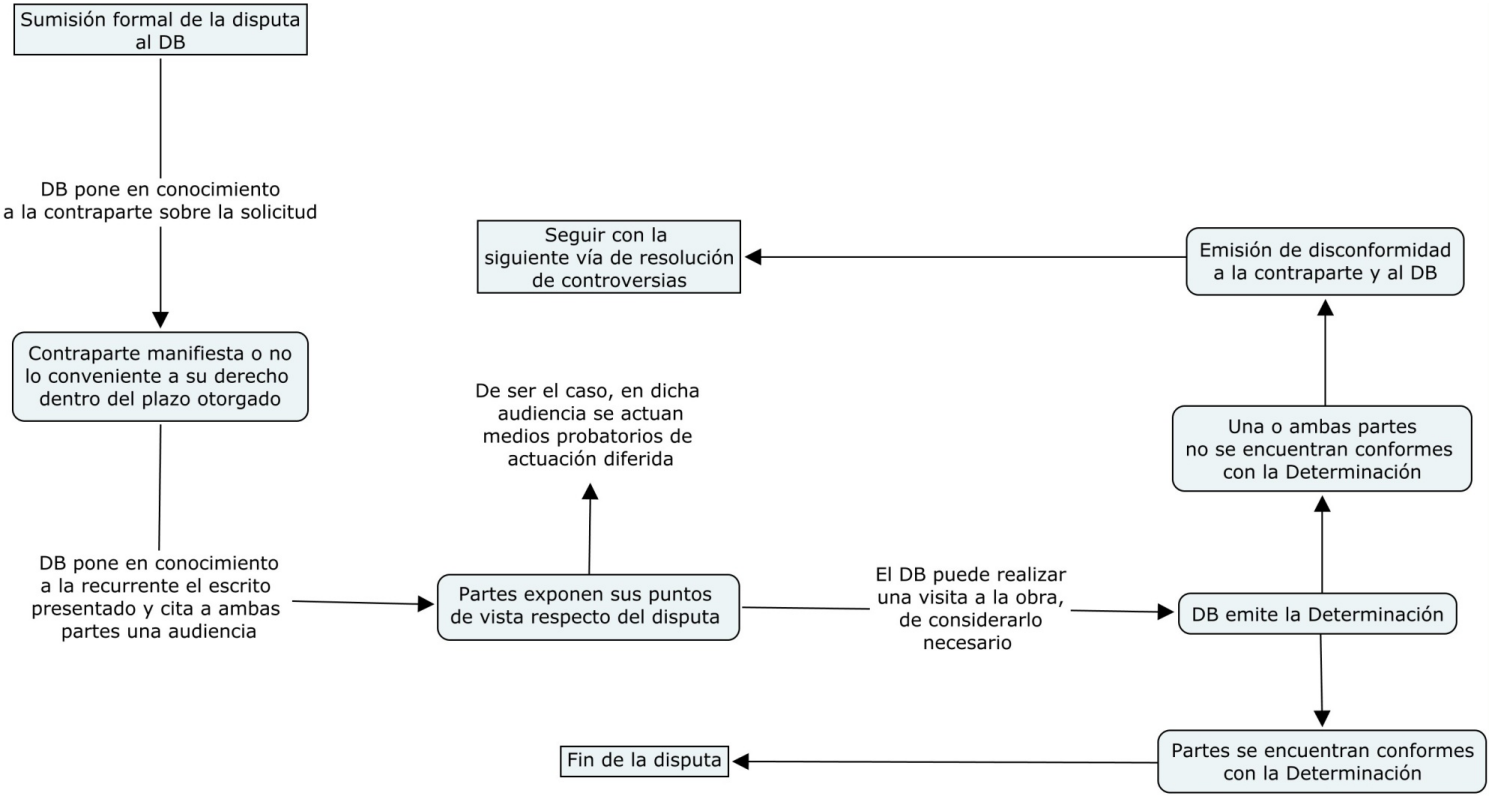
Anexo III

Diagrama de flujo sobre el procedimiento de Asistencia Informal del DB respecto a un desacuerdo
(Emisión de consejo u opinión por parte del DB)



Anexo iv

Diagrama de flujo sobre el procedimiento de Resolución de Disputas



Anexo v
Modelo de Acuerdo de *Dispute Board*

Acuerdo de *Dispute Board*

Las Partes se comprometen a constituir un *Dispute* (*Review, Adjudication* o *Combined*)[1] *Board* (en adelante, DB) el cual será constituido inmediatamente después de la suscripción del presente contrato y del Acuerdo Trilateral. El DB acompañará el desarrollo de la ejecución de la obra hasta que la obra sea recibida por el Propietario.

Las partes celebrarán el Acuerdo Trilateral dentro de los ..... (xx) días calendario de celebrado el presente contrato. En caso una de las partes se niegue a celebrar tal acuerdo, las partes pueden acudir directamente a un Arbitraje para la solución de las controversias.

El DB está compuesto por..... (xx)[2] Adjudicadores para el presente contrato. Los adjudicadores del DB serán de profesión……. (elección de las partes) con una experiencia en obras de tipo…… (de acuerdo al tipo de obra a construirse). Para su designación, suscrito el presente contrato, cada parte tendrá cinco (5) días hábiles para nombrar a su adjudicador, la carta de aceptación de cada adjudicador se tendrá que remitir a la contraparte. Posteriormente, las partes de mutuo acuerdo nombrarán al Presidente del *Dispute Board*, para ello tendrán un plazo de diez (10) días hábiles; en caso de no ponerse de acuerdo en la designación del Presidente del DB, las partes deberán acudir a……. (Centro nominador) para que designe al Presidente del *Dispute Board*.

Las partes podrán en cualquier momento referirse al DB para que proporcione una asistencia informal; entre ellas, una opinión consultiva informal

---

1 Las partes son libres de elegir el tipo de *Dispute Board* que se ajuste a las necesidades del proyecto.

2 El número de adjudicadores se deja al libre albedrío de las partes; para ello, se debe tomar en cuenta la complejidad de la obra. Para el presente modelo de Acuerdo de *Dispute Board*, se establece que será mediante un tribunal de tres (3) adjudicadores.

como medio de evitar las controversias o un desacuerdo en cualquier otra forma que estime adecuado el DB, su procedimiento será de acuerdo con lo estipulado en el Acuerdo Trilateral. Asimismo, todas las controversias generadas entre las partes con ocasión al presente contrato o relacionadas con él, deberán ser sometidas a la determinación[3] del DB de conformidad con el procedimiento establecido en el Acuerdo Trilateral. Las determinaciones que emita el DB serán vinculantes; y, por tanto, de inmediato cumplimiento contractual, conforme lo establece el Acuerdo Trilateral.

La parte que está en desacuerdo con la determinación, deberá iniciar un arbitraje de derecho[4] dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la notificación del desacuerdo. En caso no se presente ninguna solicitud arbitral, la determinación emitida por el DB es considerada final y vinculante; por lo misma no puede ser revisada por ninguna instancia arbitral ni judicial, conforme a los términos del Acuerdo Trilateral.

Asimismo, las partes acuerdan que es condición obligatoria para el inicio del arbitraje el haber concluido de modo previo el procedimiento ante el DB. Cabe precisar que el inicio del arbitraje no suspende los efectos vinculantes de la decisión emitida por el DB.

En caso existiera un incumplimiento de la determinación cuando éste sea final y vinculante, será considerado como un incumplimiento contractual. Por lo tanto, la parte que incumpla será susceptible de las sanciones expuestas en el presente contrato. Asimismo, dicho incumplimiento genera el derecho a la contraparte a solicitar su ejecución en la vía arbitral.[5]

---

[3] Reemplazar la palabra Determinación por Decisión o Recomendación, dependiendo de la elección de las partes en un *Dispute Adjudication Board* o *Dispute Review Board*, respectivamente.

[4] Se deja a libertad de las partes la elección de un Arbitraje *Ad-Hoc* o Institucional. Asimismo, la elección del número de árbitros.

[5] Se deja a libertad de las partes la elección de un Arbitraje *Ad-Hoc* o Institucional. Asimismo, la elección del número de árbitros.

Anexo VI
Modelo de Acuerdo Trilateral

(Nombre del Contrato)

Acuerdo Trilateral
Dispute (*Review, Adjudication* o *Combined*)[1] *Board*

En la ciudad de……siendo las…… horas del día……de…… (mes) de 20… (año), en la sede ..... (lugar de la firma), sito en ....., distrito de ....., provincia y departamento de ……, se acuerda lo siguiente:

I. Primera Cláusula: Suscriptores del Acuerdo Trilateral:[2]

..... (en adelante, propietario), con RUC n.º ..... con domicilio en ....., inscrita en la Partida Electrónica n.º ..... del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de ……, representada por su gerente general, señor ....., identificado con DNI n.º ....., facultado según poderes inscritos en la partida electrónica antes mencionada.

..... (en adelante, el Constructor), con RUC n.º ..... con domicilio en ....., inscrita en la Partida Electrónica n.º ..... del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de ……, representada por su gerente general, señor ....., identificado con DNI n.º ....., facultado según poderes inscritos en la partida electrónica antes mencionada.

---

1 Las partes son libres de elegir el tipo de *Dispute Board* que se ajuste a las necesidades del proyecto.

2 Se recomienda que sean los mismos representantes del propietario y el constructor que suscribieron el Contrato de Construcción, quienes suscriban el Acuerdo Trilateral.

En adelante, se utilizará el término «Partes» para denominar conjuntamente a los arriba indicados.

Los Adjudicadores[3] del *Dispute Board* (en adelante, el DB) son los que se enumeran a continuación, estando compuesto por:

i. ....., en calidad de Presidente del *Dispute Board*, identificado con DNI/Carnet de Extranjería n.º ....., con domicilio en .....
ii. ....., en calidad de Adjudicador, identificado con DNI/Carnet de Extranjería n.º ....., con domicilio en .....
iii. ....., en calidad de Adjudicador, identificado con DNI/Carnet de Extranjería n.º ....., con domicilio en .....

II. Segunda Cláusula: Antecedentes

Las Partes han celebrado un contrato de construcción denominado....., cuyo objeto es....., el cual se denominará el Proyecto.

Dicho Proyecto se encontrará ubicado en ....., Distrito de ....., Provincia y Departamento de .....

En virtud del Acuerdo de *Dispute Board* contenido en la cláusula …….. del contrato de construcción....., se estableció la constitución de un DB, el cual asistirá a las Partes para la prevención y solución de disputas durante la ejecución del Proyecto.

El DB está compuesto por..... (número de adjudicadores) Adjudicadores, los cuales fueron elegidos en virtud del Acuerdo de

[3] El número de adjudicadores se deja al libre albedrío de las partes. En el presente modelo de Acuerdo Trilateral se establece que será mediante un tribunal de un (1) adjudicador.

Dispute Board contenido en la precitada cláusula del contrato de construcción.

III. Tercera Cláusula: Aceptación del *Dispute Board*

Las Partes declaran su conformidad con la designación del DB, manifestando que al momento de la suscripción del presente Acuerdo Trilateral, el DB tiene la calificación y capacidad profesional necesaria para llevar a cabo las obligaciones estipuladas en el presente documento.

IV. Cuarta Cláusula: Finalidad del *Dispute Board*

Las Partes podrán en cualquier momento referirse a la DB para que proporcione una asistencia informal; entre ella, una opinión consultiva informal como medio de evitar las controversias o un desacuerdo en cualquier otra forma que estime adecuado el DB.

El DB deberá asistir o facilitar la prevención de disputas entre las Partes, así como la resolución de las disputas que han sido derivadas al DB, durante la ejecución del Proyecto.

V. Quinta Cláusula: Notificación, Cómputo de Plazos y presentación de escritos

Toda notificación entre las Partes y el DB se considera recibida mediante su entrega personal, por correo certificado o servicio de mensajería, bajo cargo, al destinatario en los siguientes domicilios:

	Propietario	Constructor	Dispute Board
Domicilio			
Hora Atención			
Correo Electrónico			
Teléfono			

Si alguna de las Partes o el DB se negaran a recibir la notificación personalmente o no se encontrara a persona alguna en el domicilio dispuesto a recibirla, se dejará la notificación bajo puerta, certificándose esta circunstancia y dicha parte se entenderá válidamente notificada.

Sin perjuicio de lo anterior, también será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante por el tribunal arbitral, que permita tener constancia inequívoca de su remisión y recepción y que hayan sido señalados por la parte interesada.

El domicilio se entenderá modificado, sólo si alguna de las Partes o el DB comunique la variación de su domicilio de manera expresa, y los efectos de este cambio se darán a partir de la notificación de la precitada comunicación.

Los plazos se computan por días calendario, a no ser que expresamente se señale que son días hábiles. Para los fines del cómputo de los plazos del presente Acuerdo Trilateral, se comenzarán a correr desde el día calendario siguiente a aquél en que se reciba una notificación o citación.

El DB podrá ampliar discrecionalmente los plazos contenidos en el presente Acuerdo Trilateral de existir cualquier circunstancia que, a su juicio, amerite tal ampliación, incluso si los plazos estuviesen vencidos, en cuyo caso, dicha circunstancia deberá estar debidamente acreditada.

Los escritos y pruebas que presenten las partes, deberán constar de un (1) original y _____ (x) copias adicionales, con sus correspondientes recaudos, incluidos, de ser el caso, medios magnéticos, fílmicos y/o grabaciones; a fin de ser distribuidos de la siguiente manera:

- El original para el expediente (1).
- Una copia para cada adjudicador (x).
- Una copia para la contraparte (1).
- Una copia de cargo.

Con el propósito de mantener un orden en el ingreso de escritos, las partes deberán señalar en cada uno de los ejemplares a presentar hacia quién va dirigido el mismo, debiendo a tales efectos tener presente la división precitada.

Asimismo, las partes deberán presentar conjuntamente con sus escritos correspondientes, los ejemplares para el expediente y para los árbitros de un CD con el contenido de tales escritos en versión electrónica (Microsoft Word), o en su defecto, deberán remitir dichos documentos en versión electrónica al siguiente correo: _____

VI. Sexta Cláusula: Ley e Idioma Aplicable

La ley aplicable es la peruana. La legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente DB es la legislación peruana.

El idioma aplicable es el..... No obstante, las Partes podrán presentar documentos en idioma distinto al que rige el DB, en cuyo caso, el DB podrá ordenar que éstos sean acompañados de una traducción a tal idioma.

VII. Séptima Cláusula: Obligaciones y Alcances del *Dispute Board*

Obligaciones:

i. El DB tiene la obligación hacer efectuar un seguimiento de la ejecución del proyecto mediante visitas *in situ*, revisión de informes periódicos sobre la marcha durante el curso del proyecto y

documentos emitidos por las Partes y cualquier otro medio que haya sido acordado por las Partes.

ii. El DB tiene la obligación de examinar las condiciones o problemas específicos de la obra, que dieran lugar a un retraso en el proyecto.

iii. El presidente del DB,[4] será el encargado de la administración y gestión del DB. Por lo mismo, se obligará a:

iii.a. Notificar las comunicaciones entre las Partes y el DB.

iii.b. Presidir las reuniones y visitas de *in situ*. Será el encargado de la elaboración de actas e informes de reuniones entre las Partes y el DB.

iii.c Coordinará con las Partes la logística respecto al alojamiento del DB durante las visitas *in situ*. Asegurando la asistencia de los otros Adjudicadores del DB en las reuniones y visitas *in situ*.

iv. Los Adjudicadores del DB deben ser imparciales y evitar cualquier conflicto de intereses que puedan surgir entre las Partes del proyecto. En ese sentido, el DB está obligado a informar cualquier hecho que pueda ser percibido como un conflicto de interés.

v. El DB puede discutir y reunirse individualmente o colectivamente con las Partes, para ello, debe de registrar por escrito cualquier reunión que sostenga con una o con ambas partes.

vi. El DB debe considerar todos los hechos y condiciones que causaron el surgimiento del problema y/o disputa de forma imparcial

[4] La costumbre internacional de la industria de la construcción le otorga obligaciones distintas al presidente del DB.

e independiente, evaluando dicho problema y/o disputa a la luz de todos los documentos contractuales y ley aplicable al caso.

vii. El DB debe llevar a cabo su mejor esfuerzo para alcanzar una unanimidad en sus actuaciones del presente procedimiento. A falta de mayoría, el presidente del DB decidirá él solo. Asimismo, la opinión disidente del adjudicador debe ser efectuada por escrito y debidamente fundamentada.

viii. El DB tiene la obligación de mantener en custodia la documentación elaborada en el transcurso de sus actuaciones. Así como la documentación presentada por las Partes relacionada al proyecto.

<u>Alcances</u>:

i. Monitoreo de la Obra:

Las Partes, en colaboración con el DB, tienen la obligación de presentar la documentación relacionada con la obra y requerida por el DB dentro de un plazo de ..... (xx)[5] requerido para tales efectos.

Asimismo, las Partes se encuentran en la obligación de presentar informes periódicos .....(xx)[6] sobre el avance de obra, los cuales deben ser presentados dentro de ..... (xx)[7] días calendario de finalizado dicho período.

---

[5] Las Partes y el DB deben pactar el plazo que cuentan las Partes para presentar dichos documentos, consideramos que debe ser entre cinco (5) a diez (10) días calendario.

[6] Las Partes, dependiendo de la obra, deben pactar el plazo en que los informes deben ser presentados, consideramos que los informes deben ser presentados trimestralmente.

[7] Las Partes y el DB deben pactar el plazo que cuentan las Partes para presentar dichos documentos, consideramos que debe ser entre cinco (5) a diez (10) días calendario.

ii. Visitas *in situ*:[8]

Con el fin de que el DB se mantenga informado de la ejecución del Proyecto y de cualquier desacuerdo. El DB se reunirá con las partes en el lugar de la obra cada …..(xx)[9] veces al año como mínimo. La coordinación para las visitas será de manera directa entre el DB y las Partes.

En caso de ausencia de un Adjudicador del DB, el DB por acuerdo en mayoría puede continuar con la visita.

Cualquiera de las Partes puede solicitar una visita urgente al sitio, adicional a las visitas al sitio programadas. El DB debe acceder a esta solicitud con prontitud y hacer lo posible por estar disponibles para tales reuniones o visitas urgentes al sitio dentro de los …… (xx) días calendario contados a partir de la solicitud.

Por último, después de cada reunión o de cada visita al sitio, el DB redactará un informe de la obra.

iii. Asistencia Informal:

A pedido de una Parte o ambas las Partes, el DB puede brindar su asistencia para resolver de manera informal los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del proyecto.

El único requisito para solicitar la asistencia informal del DB es que ambas partes acepten el inicio de la asistencia informal. En caso no exista acuerdo, no es viable la asistencia informal.

---

[8] Si la naturaleza del Proyecto lo exige, el DB deberá fijar un calendario de reuniones de visitas *in situ* en lugar de la obra, éstas tendrán lugar al menos tres veces por año. Las Partes y el DB participarán en todas las reuniones y las visitas al sitio.

[9] Las Partes y el DB deben pactar el plazo que cuentan las Partes para presentar dichos documentos, consideramos que debe ser entre cinco (5) a diez (10) días calendario.

La asistencia informal se podrá brindar en cualquier momento durante la ejecución del proyecto y debe ser solicitada mediante cualquier canal que habilite que, tanto el DB como la contraparte, estén debidamente informados sobre dicha solicitud, conforme lo expuesto en la Quinta Cláusula del presente Acuerdo Trilateral.

Al momento en que las partes presenten su solicitud de asistencia informal, el DB deberá calificar dicha solicitud, pudiéndose negarse a de comenzar a brindar la asistencia informal en caso la complejidad de la consulta lo amerite. Expedito el derecho de las partes a iniciar un procedimiento formal de solución de disputas.

La asistencia informal, podrá ser mediante las siguientes formas:

iii.a. Diálogo entre las Partes:
El DB fomentará del diálogo entre las partes, siendo su labor el acompañar y guiar a las Partes para que ellas mismas encuentren la solución más beneficiosa.
En caso las Partes no se pongan de acuerdo, el DB dejará constancia de ello, mediante un escrito que pondrá a conocimiento de las Partes.

iii.b. Asistencia Informal - Consejos u Opiniones:
El DB emitirá consejos u opiniones no vinculantes a las partes, respecto al objeto de la solicitud de la asistencia informal.

Dicho consejo u opinión que emita el DB debe ser dirigido a resolver un desacuerdo entre las Partes, el cual no tiene la característica de una disputa. Para ello, se seguirá el siguiente procedimiento:

- Ambas deberán definir el problema por escrito, preparando un breve resumen de su posición.
- El DB citará a una reunión, donde cada parte explicará sus puntos de vista respecto al problema.
- En la misma audiencia o en el plazo estipulado por el DB, se emitirá el consejo u opinión.
- Dicho consejo u opinión, puede ser presentado de forma oral o escrita, quedando dicha elección a disposición del DB.

Por último, cabe precisar que, cuando se solicita al DB que emita una determinación[10] acerca de un desacuerdo sobre el cual ha prestado una opinión informal, el DB no queda vinculado por las opiniones que haya expresado mientras ejercía dicha función.

iv. Resolución de Disputas:

El DB tiene la obligación de resolver las disputas que surjan durante la ejecución del proyecto, emitiendo determinaciones.[11] Para ello, una de las Partes debe presentar una sumisión formal sobre una disputa en el proyecto bajo el método de notificación expuesto en la Quinta Cláusula del presente Acuerdo Trilateral.

El DB emitirá la determinación dentro de..... (xx) días calendarios[12] de presentada la solicitud formal de resolución de

[10] Reemplazar la palabra Determinación por Decisión o Recomendación, dependiendo de la elección de las Partes en un *Dispute Adjudication Board* o *Dispute Review Board*, respectivamente.

[11] Reemplazar la palabra Determinación por Decisión o Recomendación, dependiendo de la elección de las Partes en un *Dispute Adjudication Board* o *Dispute Review Board*, respectivamente.

[12] Las Partes y el DB deben pactar el plazo que cuenta el DB para emitir la Determinación, consideramos que debe ser entre ochenta y cuatro (84) a ciento ochenta (180) días calendario.

disputa. Dentro del precitado plazo, el DB deberá realizar los siguientes actos:

iv.a. El DB pondrá en conocimiento a la contraparte la solicitud formal de inicio del procedimiento de resolución, para que, en un plazo de ..... (xx) días calendarios,[13] exprese lo conveniente a su derecho.

iv.b. Una vez que la contraparte haya manifestado o no lo conveniente a su derecho dentro del plazo establecido para tales efectos, el DB puede citar a las Partes a una o varias audiencia o para que las Partes expongan sus argumentos respecto a la disputa surgida y se actúen los medios probatorios. Para ello, el DB puede solicitar a las Partes documentación o información adicional sobre la disputa.

iv.c. El DB notificará a las Partes, cuando menos con dos (2) días de anticipación, la fecha, hora y lugar de realización de las audiencias. Salvo acuerdo distinto de las Partes o decisión del DB, todas las audiencias serán en privado. Sin perjuicio de la documentación presentada por escrito por las Partes, podrá utilizarse registros magnéticos y grabaciones, dejándose constancia de ello en un acta respectiva.

iv.d. Las audiencias se celebrarán en presencia de todos los Adjudicadores del DB, salvo que éste decida, al tenor de las circunstancias y previa consulta a las Partes, que es conveniente llevar a cabo una audiencia en ausencia de uno de los Adjudicadores del DB.

iv.e. El desarrollo de las audiencias constará en un acta que será suscrita por el DB y por las Partes asistentes.

[13] Las Partes y el DB deben pactar el plazo con el que cuentan las Partes para presentar dichos documentos. Consideramos que debe ser entre cinco (5) a diez (10) días calendario.

iv.f. Si una o ambas Partes no concurren a una audiencia, el DB podrá continuar con ésta. Si concurriendo, se negaran a suscribir el acta respectiva, se dejará constancia de ese hecho en el acta.

iv.g. El costo que irrogue la actuación de medios probatorios será asumido por la parte que solicitó su actuación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida, en caso no la cancele. Por otro lado, en el caso de medios probatorios de oficio, los costos serán asumidos por las Partes.

v.h. Por último, el DB emitirá su determinación con prontitud y, en cualquier caso, dentro del plazo previsto en el presente Acuerdo Trilateral. No obstante, las Partes pueden acordar una prórroga de dicho plazo, previa consulta al DB y tomando en consideración la naturaleza y la complejidad de la disputa, así como otras circunstancias pertinentes.

v.i. Las determinaciones deben indicar la fecha de su emisión y exponer las conclusiones del DB, así como las razones en que se fundamentan.

v.j. El DB puede corregir de oficio cualquier error tipográfico, de cálculo o de naturaleza similar que contenga la determinación, siempre y cuando dicha corrección sea sometida a las Partes dentro de los ……(xx) días siguientes a la fecha de dicha determinación.

v.k. Cualquiera de las Partes puede solicitar al DB la corrección de un error del tipo material o bien la interpretación de un extremo de la determinación. Cabe precisar que la petición de interpretación no puede ser usada como un mecanismo de apelación para revisar el fondo de la determinación. Dicha solicitud debe dirigirse al DB dentro de los ….. (xx) días

calendario siguientes a la fecha de recepción de la determinación por dicha Parte.

v.l. En caso una o ambas Partes estén en desacuerdo con la determinación emitida por el DB, tiene expedito su derecho de presentar su desacuerdo frente a la determinación dentro de un plazo de ..... (xx)[14] días calendario.

v.m. Por último, la parte que ha presentado su desacuerdo, tiene un plazo de ……. (xx) días calendario, para presentar su desacuerdo frente a un tribunal arbitral; en caso no se presente la solicitud arbitral en dicho plazo, la determinación emitida por el DB es considerado final y vinculante; por lo mismo, no puede ser revisado por ninguna instancia arbitral ni judicial.

VIII. Octava Cláusula: Obligaciones de las Partes:

Las Partes sólo pueden solicitar al DB cualquier tipo de opinión o consejo relacionado al Proyecto, de acuerdo al procedimiento previsto en el presente Acuerdo.

Deben proveer a los miembros del DB los documentos contractuales, informes, entre otro tipo de documentos que requieran, de acuerdo a la forma establecida en el presente Acuerdo.

Deben brindar todas las facilidades necesarias para que el DB pueda efectuar sus labores establecidas en el presente Acuerdo, en coordinación con su contraparte.

Las Partes deben cooperar con su contraparte y con el DB para facilitar la prevención de disputas y su resolución de una forma imparcial, dentro de los plazos establecidos en el presente Acuerdo.

[14] Las Partes y el DB deben pactar el plazo con el que cuentan las Partes para presentar su desacuerdo frente a la Determinación.

Ninguna de las Partes consultará al DB sobre un asunto sin el acuerdo de la otra Parte.

Las Partes deben efectuar el pago de los honorarios de los miembros del DB, en la forma establecida en el presente Acuerdo.

La falta de pago de cualquiera de las Partes constituye un incumplimiento contractual, en el caso de que el Propietario o el Constructor no realicen el pago en conformidad con los términos establecidos en el presente Acuerdo, la otra parte podrá pagar la cantidad para mantener el funcionamiento del DB.

IX. Novena Cláusula: Inicio y finalización del *Dispute Board*

Las labores del DB inician al momento de la celebración del presente Acuerdo.

Las labores del DB finalizan en el día que se efectúe la recepción de la obra por parte del Propietario, salvo que el Propietario y Constructor acuerden de mutuo acuerdo la finalización del DB.

En caso las Partes decidan finalizar el DB, deberán dar un aviso no menor a ..... (xx)[15] días calendario a los miembros del DB.

Los Adjudicadores del DB pueden ser removidos de su cargo en caso ambas Partes acuerdan su remoción por causas justificadas como la muerte, renuncie a un impedimento de hecho o derecho para que pueda ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza.

El presente Acuerdo no se invalida por la muerte, renuncia de los Adjudicadores del DB o alguno de ellos se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro moti-

[15] Las Partes y el DB deben pactar el plazo con el que cuentan las Partes para presentar dichos documentos. Consideramos que debe ser veinte (20) días calendario.

vo no las ejerza dentro de un plazo razonable, se debe nombrar el reemplazo del mismo de acuerdo a los requerimientos establecidos en el Acuerdo de *Dispute Board* pactado.

X. Décima Cláusula: Pago

Cada Adjudicador del DB fija como honorario mensual la suma de……. (xx) netos. Cada parte deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) de dicho monto, es decir, ……., siendo de cargo de las Partes el pago correspondiente del Impuesto a la Renta. Dicho pago deberá efectuarse en un plazo de diez (10) primeros días hábiles de cada mes.

i. Si una o ambas Partes no efectúan el pago que les corresponde, dentro de los plazos establecidos en la cláusula precedente, el DB volverá a notificar para que abone(n) los montos impagos dentro de los diez (10) días calendario posteriores a dicha notificación. En el caso de que persista el incumplimiento de pago por ambas Partes, el DB procederá a concluir sus servicios e iniciará las acciones legales correspondientes.

ii. En el caso que persista el incumplimiento de una de las Partes, el DB facultará a la otra parte para que asuma dicho pago, para lo cual se le concederá un plazo de diez (10) días calendario, situación que se deberá tener en cuenta al momento de imputar responsabilidad por incumplimiento contractual al emitir una determinación. En el supuesto de que esta parte no cumpla con cancelar estos montos dentro del plazo conferido, el DB procederá a concluir sus servicios e iniciará las acciones legales correspondientes.

iii. Los honorarios diarios ascenderán a la suma de …….(xx) netos. Cada parte deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) de dicho monto, es decir, ……. netos, siendo de cargo de las Partes el pago correspondiente del Impuesto a la Renta. Las actividades por el pago de honorarios diarios son: reuniones y visitas al sitio; tiempo de desplazamiento para las audiencias. El

pago de los mismos se realizará en coordinación directa entre el DB y las Partes.

iv. Si una o ambas Partes no efectúan el pago que les corresponde, dentro de los plazos establecidos en la cláusula precedente, el DB volverá a notificar para que abone(n) los montos impagos dentro de los diez (10) días calendario posteriores a dicha notificación. En el caso que persista el incumplimiento de pago por ambas Partes, el DB procederá a concluir sus servicios sobre dicha actividad, y se iniciará las acciones legales correspondientes.

v. En el caso que persista el incumplimiento de una de las Partes, el DB facultará a la otra parte para que asuma dicho pago, para lo cual se le concederá un plazo de diez (10) días calendario, situación que se deberá tener en cuenta al momento de imputar responsabilidad por incumplimiento contractual al emitir una determinación. En el supuesto de que esta parte no cumpla con cancelar estos montos dentro del plazo conferido, el DB procederá a concluir sus servicios sobre dicha actividad, y se iniciarán las acciones legales correspondientes.

vi. Los gastos en que incurran los Adjudicadores del DB en el marco de su trabajo, relativos a: hoteles, almuerzos, gastos de mensajería, gastos de visado, etc. serán reembolsados por las Partes tomando como base su costo real. El pago de los mismos se realizará en coordinación directa entre el DB y las Partes.

XI. Undécima Cláusula: Confidencialidad

Las Partes del presente Acuerdo Trilateral están sometidos a la confidencialidad de las actividades desarrolladas bajo los procedimientos dispuestos en el presente Acuerdo.

Este deber también alcanza a los representantes de las Partes y sus asesores legales.

El DB deberá mantener la confidencialidad de toda información proporcionada por las Partes durante el curso de su servicio y utilizar dicha información sólo para la prevención y solución de diferencias, salvo acuerdo en contrario de las Partes o requerido por la ley aplicable.

XII. Duodécima Cláusula: Relaciones legales

Las Partes reconocen que los miembros del DB actúan de forma independiente y no como parte o empleado del Propietario ni del Constructor.

Los miembros del DB no pueden participar ni formar parte en los procedimientos posteriores relacionados a las disputas revisadas por el DB.

Los Adjudicadores del **DB** no son responsables por los posibles daños personales o profesionales causados por el desarrollo o relacionados a la actividad del **DB**. Los cuales incluyen costas y costos incurridos en el procedimiento de prevención y solución de controversias, pérdidas económicas, entre otras, por el desarrollo de su actividad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1328 del Código Civil.

XIII. Décima Tercera Cláusula: Disputas surgidas respecto del Acuerdo Trilateral

Toda disputa, litigio o controversia que pudiera derivarse de este Acuerdo Trilateral, incluidas las de su nulidad o invalidez, deberá ser resuelto por un Árbitro Único. El arbitraje estará organizado y administrado por (xx)[16] estando los suscriptores del presente Acuerdo Trilateral conforme con su reglamento vigente, señalando que el laudo que se emita en el proceso arbitral será inapelable y definitivo.

[16] Se deja a libertad de las partes la elección de un Arbitraje *Ad-Hoc* o Institucional. Para el presente Acuerdo de DB, se dispone de un arbitraje institucional.

Firmado por …….. (xx),[17] en señal de conformidad y aceptación, quedando un ejemplar original y de igual tenor que el otro en poder de cada uno de los suscriptores del Acuerdo Trilateral.

En la ciudad de _____, a los _____ días del mes de ____ del año 20__.

.....
(xxx)
Presidente del *Dispute Board*

.....	.....
(xxx)	(xxx)
Adjudicador del *Dispute Board*	Adjudicador del *Dispute Board*
.....	.....
(xxx)	(xxx)
Constructor	Propietario

[17] El número de suscriptores del Acuerdo Trilateral.

Bibliografía

Libros

- Albaladejo, Manuel. *Tratado de Derecho Civil*, vol. 2, tomo 2. Barcelona: Librería Bosch, 1980.
- Ariano Deho, Eugenia. *Problemas del Proceso Civil*. Lima: Jurista Editores, 2003.
- Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Contratos II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- Bonet, Ángel. *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*. Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 1981.
- Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, 3rd edition..
- Breccia, Umberto. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè, 1968.
- Bunni, Naël. *The Fidic Form of Contract, The Fourth Edition of the Red Book*. Oxford: Blackwell Science, 2004, 2nd Edition.
- Calmon de Passos, JJ. *Comentarios ao Código de Processo Civil*. Sao Paulo: Forense, 1992., vol. III.
- Cabree, Jon. *Alan García en el Poder. Perú 1985-2000.* Lima: *Peisa*, 2005.
- Caivano, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2003, 2.ª edición actualizada y ampliada.

- Caivano, Roque. *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1993.

- Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

- Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007.

- Cantuarias Salaverry, Fernando y Manuel Diego Aramburú Yzaga. *Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*. Lima: Cultural Cuzco, 1994.

- Carrasco Perera, Ángel, Encarna Cordero Lobato y Manuel Jesús Marín López. *Tratado de los Derechos de Garantía*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

- Castillo Freyre, Mario. *Estudio sobre el Contrato de Compraventa*. Lima: Ediciones Legales, 2003.

- Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *El arbitraje en la Contratación Pública.* En «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 7.

- Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo I.

- Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones.* La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo I.

- Colin, Ambrosio y H. Capitant. *Curso Elemental de Derecho* Civil. Madrid: Editorial Reus, 1925, tomo V.

- Couture, Fernando. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma, 1985, 3.a edición.

- Chern, Cyril. *Chern on Dispute Boards. Practice and Procedures*. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

- De la Oliva Santos, Andrés, Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vega Torres. *Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos Especiales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, 3.ª edición.

- De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo i, ii y iii.

- De Trazegnies Granda, Fernando. Prólogo. En Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol v.

- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, 2.ª edición.

- Del Arco Torres, Miguel Ángel y Manuel Pons Gonzales. *Derecho de la Construcción*. Gamarra: Editorial Comares S.L. 1997, 3.ª edición.

- Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, Madrid. Año 1993, 4.ª edición, tomo 1.

- Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001.

- Enneccerus, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1947, vol. 1, tomo ii.

- Feldstein de Cárdenas, Sara y Hebe Leonardi de Herbón. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

- Ferrero Costa, Raul. *Curso de Derecho de las Obligaciones.* Lima: Grijley, 2000, 3.a edición.
- Fernández-Baca, Jorge. *Experiencias de Regulación en el Perú*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacifico, 2004.
- Folberg, Jay y Alison Taylor. *Mediación*. México D.F.: Limusa y Grupo Noriega Editores, 1992.
- Gasparini, Graziano y Luise Margolies. Arquitectura Inka. Caracas: Centro de Investigaciones historias y Estéticas. Facultad de Arquitectura y urbanismo. Universidad Central de Venezuela, 1977.
- Glover, Jeremy y Simon Hughes. *Understanding the Fidic Red Book: A Clause by Clause Commentary.* Londres: Thomson-Sweet & Maxwell, 2006.
- González de cossío, Francisco. *El Árbitro*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2008.
- Guasp, Jaime. *El Arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956.
- Hinojosa Segovia, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1991.
- Jenkins, Jane y Simon Stebbings. *International Construction Arbitration Law (Arbitration in Context Series).* La Haya-Londres: Editorial Kluwer Law International, 2006.
- Lascano, David. *Jurisdicción y Competencia.* Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft; 1941.
- Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.ª edición.

- Ledesma Narváez, Marianella. *La Conciliación*. Lima: Legrima Editorial, 1996.
- León Barandiarán, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano*. Lima: Comisión Administradora del Fondo Editorial de la U.N.M.S.M., 1975, tomo 2.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El Arbitraje.* «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. v.
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo. *El negocio jurídico.* Lima: Editorial Jurídica Grijley, 1997, 2.ª edición.
- Mackie, Karl, David Miles, William Marsh y Tony Allen. *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution.* Londres: Butterworths, 2000, 2nd edition.
- Martínez, Roca. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992.
- Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo brasilero. Sao Paulo: Malheiros, 2008, 34.ª edición.
- Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Lima: ARA Editores, 2007.
- Mo, Fernando F. *El Contrato de construcción Privado.* Buenos Aires: Roque Depalma, 1959.
- Monroy gálvez, Juan. *Introducción al Proceso Civil.* Bogotá: Editorial Temis, 1996, tomo i.
- Monroy Gálvez, Juan. *Teoría General del Proceso.* Lima: Commnunitas, 2009, 3.ª edición.
- Monroy Palacios, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002.

- Montaigner, Gabriel. *La justicia en sus instituciones.* Paris: Dalloz, 1996, 1.ª edición.
- Montero, Juan. *Trabajos de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1988.
- Moron Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.* Lima: Gaceta Jurídica, 2008, 7.ª edición.
- Moses, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1981.
- Mosset Iturraspe, Jorge. Justicia Contractual. Buenos Aires: Ediar, 1977.
- Murdoch, John and Will Hughes. *Construction Contracts, Law and Management.* Londres: Taylor & Francis, 2000, 3rd edition.
- Ogáyar, Tomás. *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.
- Osterling Parodi, Felipe. *Las obligaciones.* Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 267.
- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de derecho de las obligaciones.* Lima: Palestra editores, 2008, 1ª edición.
- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. En «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

- Owen, Gwyn y Brian Totterdil. Dispute Boards: Procedures and Practice. Londres: Thomas Telford Publishing, 2008.
- Protzen, Jean- Pierre. Arquitectura y Construcción Incas en Ollantaytambo. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- Podetti, Humberto. Contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004.
- Puelles Escalante, Jesús. Machupijchu: Arquitectura e Ingeniería Inka. Perú: Editorial de la Biblioteca Nacional del Perú, 2010.
- Puglianini Guerra, Luis. La Relación Partes-Arbitro. Volumen 19. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores S.A.C., 2012.
- Priori Posada, Giovanni. La Tutela Cautelar: Su configuración como derecho fundamental. Lima: ARA Editores, 2006.
- Ramos Méndez, Francisco. Derecho procesal Civil. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, tomo ii.
- Redfern, Alan, Martín Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4ta. Edición. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, 2006.
- Rubio Correa, Marcial. Prescripción y Caducidad: La Extinción de Acciones y Derechos en el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, vol. vii.
- Salinas Seminario, Miguel. Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra. 2º edición Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003.
- SantoS Briz, Jaime. Derecho Civil, Teoría y Práctica. Derecho de Obligaciones. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1972, tomo iv.

- Spallarossa, M. Giurisprudenza Sistematica di Diritto Civile e Commerciale, fondata da Walter Bigiavi, I Contratti in Generale, diretto da Alpa e Bessone. Torino: UTET, 1992.
- Stein, Steven. Construction Law. Nueva York: LexisNexis, 2000, vol. iv.
- Venni, Juan Carlos. La revisión del contrato y la protección del adquiriente. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983.
- World Bank, The. Procurement of Works and User's Guide, 2006.
- World Bank. The. Standard Bidding Document Procurement of Works. Washington DC: World Bank, 2007.
- Wayar, Ernesto. Evicción y vicios redhibitorios. Argentina: Editorial Astrea, 1992, tomo iii.
- Werz, Jean–Claude. Delay in Construction Contracts. Friburgo: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994.

Artículos

- Allorio, Enrico. *Ensayos Polémica sobre la "Jurisdicción" Voluntaria.* En: Problemas de Derecho Procesal. Buenos Aires: Ejea, 1963, tomo ii.
- Almoguera García, Jesús. *La Directiva europea de la mediación civil y mercantil: La mediación y el arbitraje en el comercio internacional.* En: Noticias de la Unión Europea. N°. 292, 2009.
- Arrarte Arisnabarrete, Ana María. *Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano.* En: Revista Peruana de Arbitraje N° 7 Lima, 2008.
- Aschauer, David Alan. *Does Public Capital Crowd Out Private Capital?* Journal of Monetary Economics, 1989, vol. 24.

- Beltrán Pacheco, Jorge A. «Definición». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Tomo IX Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo iv.

- Blanco-Uribe, A. «La conciliación, el arbitraje y la transacción como métodos de resolución de conflictos administrativos». En *El Arbitraje en la Práctica II, Colección Cuadernos de Arbitraje 2.* Lima: Cámara de Comercio de Caracas, Centro de Arbitraje, 1998.

- Bravo, Jonnathan y Jaime Gray. «Perú». En *Construction and Infrastructure Disputes: A Global Handbook.* Plymouth: Globe Law and Business, 2013.

- Bullard González, Alfredo. «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». *En Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora jurídica Grijley, 2006, n.° 2.

- Buyse, William. «Efficiency of Dispute Boards & Enforceability of DAB decisions». En *Forum The Dispute Resolution Board Federation*. 2012, vol. 16, issue 4.

- Cantuarias Salaverry, Fernando. «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales». En *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2002, n.° 7.

- Cantuarias Salaverry, Fernando y Roque J. Caivano. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.° 7.

- Castillo Freyre, Mario. «Los orígenes del Arbitraje». En *Arbitraje y Debido Proceso* (autores diversos). «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007.

- Castillo Freyre, Mario y Laura Castro Zapata. El contrato de obra. En *Libro Homenaje al Dr. Felipe Osterling Parodi.* Lima: Editorial Palestra, 2008.

- Castellá Andreu, Josep María. «Apuntes sobre los preámbulos y su valor jurídico». En *Jornada sobre el valor constitucional de los preámbulos de las leyes.* Madrid: Fundación Ciudadanía y Valores, 12 de noviembre de 2009.

- Charrett, Donald. «Dispute Boards and Construction Contracts». En *The Victorian Bar Continuing Professional Development Program*, 2009.

- Chern, Cyril. «The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction - Benefits without Burden». En *Revista del Club de Español del Arbitraje*. Madrid, 2010, n.° 9. 2010.

- Cheung, Sai-On, Henry C. H. Suen y Tsun-Ip Lam. «Fundamentals of Alternative Dispute Resolution Processes in Construction». En *Journal of Construction Engineering and Management American Society of Civil Engineers.* Vol. 128, 2002.

- Cheung, Sai-On. «Critical factors affecting the use of alternative dispute resolution process in construction». En *Journal of Project Management*. 1998, vol. 17, n.° 3.

- Corbett, Edward. «Moment of decision? The future of dispute boards under the FIDIC forms and beyond». En *Construction Law International*. 2009, vol. 4, n.° 3.

- Craven, Richard. «The Wedding Cake Strikes Back (or does it all end in Tiers?)». En *ADR Newsletter*, 2002, n.° 1.

- Crivellaro, Antonio. «El *Dispute Board* o "Comisión para la resolución de controversias" ¿Un útil mecanismo pre-arbitral?». En *Spain Arbitration Review*. 2011, n° 12.

- Dalland, Peer. «Dispute boards - do they always work - if not, Why not?». En *The Dispute Board Federation Geneva - Singapore*. 2011, issue 64.

- De Almeida Paiva, Alfredo. «Aspecto do Contrato da Empreitada». En *Instituições de Direito Civil*. Río de Janeiro: Forense, 1984, vol. iii.

- De la Puente, Manuel. «¿Por qué se contrata?». *En Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

- De la Puente y Lavalle, Manuel. «La irretroactividad del contrato». En *Derecho & Sociedad*. Lima, 2005, n.º 25.

- De Trazegnies Granda, Fernando. «Los conceptos y las cosas, vicisitudes peruanas a la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral». En *El arbitraje en el Derecho Latinoamericano y español. Libro Homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz*. Lima: Cultural Cuzco, 1989.

- Donahey, M. Scott. «The Independence and Neutrality of Arbitrators». En *Journal of International Arbitration*. 1992, vol. 9. n.° 4.

- Duncan Wallace, Ian. «Contracts for Industrial Project». Paper presented at a Seminar on Building and Civil Engineering Claims held in Kuala Lumpur, 1984.

- Echaiz, Daniel. «El management como herramienta contractual para la organización de la empresa». En *Derecho y Cambio Social.* Revista n.° 15, año v. 2008.

- Eguiguren Praeli, Francisco José. «¿Qué hacer con el Sistema Judicial?» En *Agenda*. Lima, 1999.

- Elis, Ralph. «Industry Pounds Away at Disputes». En *Engineering News*-Record 24, 1994.

- Escobar Rozas, Freddy. «Causales de nulidad absoluta». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo i.

- Ezcurra Rivero, Huáscar. «Comentarios del Artículo 73 de la Ley de Arbitraje, Asunción o distribución de Costos». En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Edición Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011, 1.ª edición, tomo I.

- Falla Jara, Alejandro. «Comentarios al Artículo 69 de la Ley de Arbitraje, Libertad para determinar costos». En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje.* Lima: Edición Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, 1.ª edición, tomo I.

- File, Jason. «United States: Multistep Dispute Resolution Clauses». En *IBA Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter.* Londres, 2007.

- Flood, John y Andrew Caigerf. «Lawyers and Arbitration: The Juridication of Construction Disputes». En *The Modern Law Review*. 1993, vol 56.

- Forno Flórez, Hugo. «Resolución por intimación». En *Thémis.* Revista de Derecho. Lima, 1998, n.° 38.

- Gandolfo Cortés, Ricardo. «Revisión de la aplicación práctica de las principales modificaciones en materia de arbitraje en la Ley de Contrataciones del Estado». En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010* (autores diversos). «Biblioteca de Arbitraje». Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011.

- Gillion, Fred. «Enforcement of DAB decisions». En *The International Construction Law Review,* 2011.

- Gray, Jaime. «The Upsides and Downsides of Dispute Boards in Latin America». En *IBA Conference 2011* – Dubai UAE. International Construction Projects Committee, 2011.

- Goudsmit, J. «Arbitration in Construction Contracts». En *International Financial Law Review*, 1982.

- Gutiérrez, Walter y Alfonso Rebaza. «Cláusula penal». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

- Guzmán-Barrón, César. «Introducción». En *Dispute Boards en Latinoamerica: Experiencia y Retos.* «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores. 2014, p. 21.

- Hafer, Randy. «Achieving "Real Time" Resolution and Prevention of Disputes». En *International Institute for Conflict Prevention* & *Resolution.* Nueva York, 2010.

- Harbst, Ragnar y Volker. Mahnken. «ICC Dispute Boards Rules: the Civil Law Perspective». En *Papers from a joint meeting of the European Branch of the Chartered Institute of Arbitrators and the Swiss Arbitration Association,* 2006.

- Hewitt, Andy. «Chapter 10: A Note on Dispute Boards». *En Construction Claims* & *Responses: Effective Writing* & *Presentation.* Oxford: Wiley-Blackwell, 2011.

- Hobeck, Paul, Volker Mahnken y Max Koebke. «Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Anlagenbau—Ein Auslaufmodell?». En *SchiedsVZ,* 2007.

- Jarvin, Sigvard. «Alternative Solutions to the Decision of The Engineer». En *International Council for Commercial Arbitration*. Kluwer, 1990.

- Jiménez Figueres, Dyalá. «Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2003, vol. 14, nº 1.

- Jiménez Figueres, Dyalá y Roque Caivano. «Funcionamiento de los "Dispute Boards" de la CCI y su encuadre en el derecho argentino». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Lima: Editorial Legis, 2007.

- Koch, Christopher. «ICC's New Dispute Board Rules». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin.* París, 2004, vol. 15, n.° 2

- Kooiman, Jan. «Activation in Governance». En *Governance as Social and Political Communication*. Manchester: Manchester University Press, 2003.

- La Rosa Calle, Javier, «Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos y su relación con la administración de justicia». En *Revista Jurídica del Perú*, 2001.

- Lesser, Steven B. «The Twelve Deadly Sins: An Owner's Guide To Avoiding Liability For Implied Obligations During the Construction Of a Project». En *The Construction Lawyer,* 2008.

- López de Argumedo Piñeiro, Álvaro. *El pacto de negociar con anterioridad a la iniciación del arbitraje (Multi-Step Dispute Resolution Clauses).* En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010* (autores diversos). «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011.

- Mejorada, Martin. «Comentarios del Artículo 66 de la Ley de Arbitraje, Garantía de Cumplimiento». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje.* Edición Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011, 1.ª edición, tomo I.

- Mattei, Ugo. «The comparative law and economics of penalty clauses in contracts». En *American Journal of Comparative Law.* 1995, vol. XLIII, n.° 3.

- Merrill, Peter G. «Plain Talk about Large Construction Project Disputes». En *Newsletter de Wöss & Partners, S.C. Abogados*, 2007.

- Mirabelli, Giuseppe. «Dei Contratti in Generale». En *Commentario del Codice Civile*. Torino: UTET, 1980.

- Monroy Cabra, Marco Gerardo. «Medios Alternativos de solución de conflictos». En *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Lima, 1994, n.° 24.

- Monroy Gálvez, Juan. «El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad». En *Thémis*. Lima, 1988, n.° 10.

- Montoya Alberti, Ulises. «Historia del Arbitraje». En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa.* Lima: Asesor Andina Publicaciones, 2003, n.° 56.

- Motiwala, Khozaima. «How Good Are Your People Skills?». En *Smart Cubes Journal*, 2004.

- Myers, James. «Developing Methods for Resolving Disputes in World Wide Infrastructure Projects». En *Journal of International Arbitration*. 1996, n.° 13.

- Northcote Sandoval, Christian. «Principales características de la fianza». En *Actualidad Empresarial*. 2011, n.° 231.

- ONG, Brennan y Paula Gerber. «*Dispute Boards:* Is there a role for lawyers?» En *Construction Law International*, 2010, vol. 5, issue 4.

- O'neill de la Fuente, Cecilia. «Asociaciones Público-Privadas: lo bueno, lo malo y lo feo». En *Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte*, 2009, año 2, n.° 3.

- O'neill de la Fuente, Cecilia. «De las Privatizaciones a las Asociaciones Público-Privadas». En *Ius et Veritas*. Lima, n.° 37.

- Palacios Martínez, Eric. «Artículo 1790 del Código Civil, definición de Mandato». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, tomo ix.

- Paredes Carbajal, Gustavo. «*Dispute Boards* y Arbitraje en Construcción: ¿compiten o se complementan?». En *Revista Arbitraje*

PUCP del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2013, n.° 2.

- Paredes Carbajal, Gustavo. «Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de conflictos en construcción: un acercamiento a los *Dispute Boards*». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2009, n.° 8.

- Paredes Carbajal, Gustavo. «Presupuestos de arbitrabilidad en los arbitrajes en construcción: los *Dispute Boards*». En *Revista Arbitraje PUCP.* Lima, 2011, año ii, n.° 9.

- Perez, Oren. «Using Private-Public Linkages to Regulate Environmental Conflicts: The Case of International Construction Contracts». En *Journal of Law and Society*, 2002, vol. 29, n.° 1.

- Priori Posada, Giovanni.« Facultad y origen de la representación, Comentario al artículo 145 C.C.». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

- Pryles, Michael. *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses.* En Journal of International Arbitration N° 159, 2001.

- Reggiardo Saavedra, Mario. «Plazos de caducidad en los arbitrajes con el Estado». En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010* (autores diversos). «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011.

- Robert, J.Smith. «Risk Identification and Allocation: Saving Money by Improving Contracts and Contracting Practices». En *The International Construction Law Review*, 1995, n.° 40.

- Rodríguez Ardiles, Ricardo. «La caducidad del arbitraje en la Contratación con el Estado». En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima: Grijley Editores, 2006, n.° 1.

- Salazar Chávez Ricardo. «La contratación de la administración pública en función a los intereses involucrados en cada contrato». En *Derecho & Sociedad*, 2004, n.° 23.

- Seppälä, Christopher. «Commentary on ICC awards dealing with the Fidic International Conditions of Contract». En *International Court of Arbitration Bulletin*, 1998.

- Silva Romero, Eduardo. «Breves observaciones sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz*». En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis, 2008.

- Stipanowich, Thomas y W.L. Matthews. «At the cutting edge: conflict avoidance and resolution in the US construction industry». En *Construction Management and Economics*, 1997, vol. 27.

- Ticona Postigo, Victor. «Las condiciones de la acción y el nuevo Código Procesal Civil». En *Revista Jurídica del Perú*. 1995, año xlv (versales), n.° 4.

- Tupman, W. Michael. «Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration». En *International and Comparative Law Quarterly*. 1989, vol. 38.

- Von Hoffmann, Bernd. «International Construction Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. Londres, 1989.

- Wöss, Herfried. «Panel de Adjudicación de Desavenencias "Una Retrospectiva"». En *ICC Pauta N° 50, Medios de Solución de Controversias*, 2006.

- Yngvesson, Barbara. «Disputing Alternative: Settlement as Science and as Politics». En *Law & Social Inquiry.* Issue 2, 1998, vol. 13, issue 2.

- Várady, Tibor. «The Courtesy Trap Arbitration: If No Amicable Settlement Can Be Reached». En *Int. Arb*. 1997, vol. 14, n°4.

- Wöss, Herfried. «Panel de Adjudicación de Desavenencias "una retrospectiva"». *ICC Pauta N° 50, Medios de Solución de Controversias*, 2006.

- Zusman, Shoschana. «Aprendiendo Aprender». En *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004.

Documentos Electrónicos

- Ariano Deho, Eugenia. «El Proceso de Ejecución». Consulta en: http://bit.ly/1pIc30e.

- Aramburú, Manuel Diego. «Los Árbitros, su designación y el proyecto de modificación del artículo 21 de la Ley General de Arbitraje». Consulta en: http://bit.ly/1nNCJLz.

- Banco Mundial: Sección xiii de los Documentos sobre la Licitación Estándar para la Consecución de Obras. Consulta en: http://bit.ly/TEJSVt.

- Britton, Eric, Héctor Infante y Carlos Pérez. *El Arbitraje en Materia de Construcción.* Consulta en: http://bit.ly/TpoFyO.

- Bullard González, Alfredo. *Los zapatos de cartón de Ronald Coase*. En Diario *El Comercio*. Lima, 7 de septiembre de 2013. Consulta en: http://goo.gl/0dANBQ.

- Bunni, Naël. Dispute Boards with particular emphasis on Fidic's DAB Procedure. Consulta en: bit.ly/1pksMaQ.

- Bunni, Naël. The Gap in Sub-Clause 20-7 of The 1999 Fidic Contracts for Mayor Works. Consulta en: http://bit.ly/1j7dYYg.

- Calabressi, Carlota. *Il Dispute Board nei contratti internazionali d'appalto*. Consulta en: http://bit.ly/1pIoj0E.

- Cano Cremades, Julia. *Contrato de construcción.* En *Revista Argentina de Derecho de Empresario* IJ-lxviii-5, 2012. Consulta en: http://bit.ly/1llvwjj.

- California Department of Transportation. Partnering Facilitator. Standards and Expectations. 2012. Consulta en: http://www.dot.ca.gov/hq/construc/partnering/ documents/Partnering_Facilitator_Standards_and_Expectations.pdf.

- Carr, Frank y el Subcomité de Partnering del comité de consultivo de la Construcción del CPR. Partnering. Aligning Interests, Collaboration, and Achieving Common Goals. Consulta en: http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/ADR%20Tools/Tools/CPR%20Construction%20Partnering%20Briefing.pdf.

- Carrasco Delgado, Nicolás. «La Contra Cautela. Una mirada desde el análisis económico del derecho procesal». En *Derecho y Humanidades*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010, n.° 16, vol. 2. Consulta en: http://bit.ly/1wSnmHb.

- Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. Arbitraje: Naturaleza y Definición. Consulta en: http://bit.ly/TqtGH4.

- Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. La teoría de los actos propios y la nulidad ¿regla o principio de Derecho? Consulta en: http://goo.gl/Do6ID5.

- Chapman, Peter. Dispute Boards for Major Infrastructure Projects. 2013. Consulta en: http://bit.ly/1pIbF1P.

- Chávez Bardales, Enrique Miguel. «Privacidad y Confidencialidad en el arbitraje comercial internacional». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje*. Consulta en: http://bit.ly/1yVoYlt.

- Charrett, Donald. «Adjudication and Dispute Review Boards – the next wave in ADR». En *Build Law: Adjudication and Dispute Review Boards*. Consulta en: http://bit.ly/VuAFRf.

- Danós Ordóñez, Jorge. «El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú». En *Ita Ius Esto*. Consulta en: http://bit.ly/1pIx4YH.

- Dettman, Kurt. *What Role Should Lawyers Play In The Dispute Review Board Process?* En Foundation Forum. Consulta en: http://bit.ly/1iO3L89.

- Derains, Yves. *La neutralidad cultural del árbitro internacional*. En *Lima Arbitration*. 2007, n.° 2. Consulta en: http://bit.ly/VuFp9s.

- De Trazegnies Granda, Fernando. *Conflictuando el Conflicto. Los Conflictos de Intereses en el arbitraje.* En *Lima Arbitration*, 2006, n.° 1. Consulta en: http://bit.ly/1jjKw1l.

- Dispute Resolution Board Foundation. DRBF Practices and Procedures Manual. Consulta en: http://www.drb.org/manual/4.2_final_12-06.pdf.

- González de Cossío, Francisco. *Distribución de Costos en el Arbitraje: Modelo Porcentual.* En Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Consulta en: www.juridicas.unam.mx.

- González de Cossío, Francisco. «Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje». En *Homenaje a Don Raúl Medina Mora*. Consulta en: http://bit.ly/1lkPWh1.

- Gould, Nicholas. *Establishing Dispute Boards – Selecting, Nominating And Appointing Board Members*. A paper given at the Society of Construction Law. International Conference in Singapore, 2006. Consulta en: http://www.scl.org.uk.

- Gould, Nicholas. Enforcing a Dispute Boards' Decision: Issues and Considerations. Consulta en: http://www.fenwickelliott.com/node/1209.

- Gould, Nicholas, Christina Lockwood y Claire King. «Dispute Board Rules». Consultation, 2013. Consulta en: http://www.fenwickelliott.com/files/dispute_board_rules_-_consultation_14_oct_2013_2_.pdf.

- Grout, Nigel. A paper on obtaining informal advice and opinions from the Dispute Board. 2nd Regional Conference DRBF in Bucharet, 2010. Consulta en: http://bit.ly/1jWx3wh.

- Hernández, Roberto. «Contratos de obra, en coma diabético». En *Obrasweb*. México D.F., 2010. Consulta en: http://blogs.cnnexpansion.com/construyendo-derecho/2010/06/22/contratos-de-obra-en-coma-diabetico/.

- Hernández, Roberto. *Los frutos de redactar un contrato de obra*. En Obrasweb. México, 2013. Consulta En http://goo.gl/clFSEg.

- Hinojosa, María Alejandra. «Diagrama de Gantt». En *Contenido Pert, Gantt y CPM*. Material Recopilado por: Licda. Romelia Rodríguez. Consulta en: http://bit.ly/1lqnPx0.

- Hoben, Merrick y Katharine Harvey. «Los métodos alternativos de resolución de conflictos en el sector de la construcción estadounidense: Prácticas y tendencias». Consensus Building Institute, 2005. Consulta en: http://bit.ly/1yy4D5L.

- Hunt, Robert. «Dispute Resolution Boards». Consulta en: bit.ly/1pptROC.

- Kelsey, Kenneth P. «Mediation: the sensible means for resolving contract disputes». Consulta en: http://bit.ly/1qRriYk.

- Laorden, Pablo. «Los *Dispute Boards* como medio de Resolución de Controversias». En *Tecniveria*. Revista de la Ingeniería Española, n.° 29, 2011. Consulta en: http://bit.ly/1pCh7mK.

- Macho Gómez, Carolina. «Los ADR "Alternative Dispute Resolution"». En *El Comercio Internacional. Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.° 2. Consulta en: http://www.uc3m.es/cdt.

- Mahnken, Volker. «ICC Dispute Board Rules and the differences towards the FIDIC DAB provisions». Consulta en: http://www.

josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/miscellaneous/Mahnken-DisputeBoards_EnglishVersion_Monaco-REV.pdf.

- May, Peter H. «*Dispute Boards* – A Great Idea or a Shocking Waste of Money?» Consulta en: http://goo.gl/AaPFOF.

- Mcmillan, Daniel D. and Robert A. Rubin. «Dispute Review Boards: Key Issues, Recent Case Law, and Standard Agreements». Consulta en: http://www.jonesday.com/files/Publication/c5a56557-cd3d-4d87-8016-7b1cc97b7b73/Presentation/PublicationAttachment/687469fc-b265-4631-9672-e35fef36481c/DisputeReview.Construction.25.2.Spring05.pdf.

- Merrill, Peter G. «Expanded Dispute Review Boards and Construction Settlement Panels May Revolutionize The Construction Industry Dispute Resolution Process, 2009». Consulta en: corregir y subrayar link: http://www.mediate.com/acrcommercial/docs/MerrillArticle-final.pdf.

- Merrill, Peter G. «How Construction Dispute Review Boards and Construction Settlement Panels Save You Time, Money, and Headaches». En *Organization Construction Dispute Resolution Services*. Newsletter, Construction update, 2006. Consulta en: www.constructiondisputes-cdrs.com/PDF%20files/How%20Construction%20DRBs%20and%20CSPs%20Save%20You%20Time.pdf.

- Montalar, Enrique. «La carta de Vauban, un clásico de 1683 contra los malos contratistas». Consulta en: http://bit.ly/1tQmBMY.

- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Obligaciones con cláusula penal». En *Revista de Investigación Jurídica Ius*, vol. v. Consulta en: http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf.

- Owen, Gwyn. «The Working of the Dispute Adjudication Board (DAB) Under New Fidic 1999 (New Red Book)». Consulta en: http://fidic.org/sites/default/files/11%20DAB.pdf.

- Paredes Carbajal, Gustavo y Jaime Gray. «Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción». Consulta en: http://www.fenwickelliott.com/files/dispute_board_rules_-_consultation_14_oct_2013_2_.pdf.

- Paredes Carbajal, Gustavo. «Lo que la interferencia se llevó». En *Obrasweb*. México, 2012. Consulta en: http://goo.gl/zaAv4F.

- Paredes Carbajal, Gustavo. «Un Tiro IPSC, Rápido y Certero: Las Juntas de Resolución de Disputas en las Asociaciones Público-Privadas». Consulta en: http://bit.ly/1fy1gBF.

- ProInversión. Las APP en el Perú. Consulta en: http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=2&jer=5902&sec=22.

- Reggiardo Saavedra, Mario. El cálculo de la contracautela. En Blog *El Cristal roto* de la Universidad del Pacífico, 2011. Consulta en: http://bit.ly/US7B5p.

- Rodríguez Fernandez, Maximiliano. Resolución de disputas en el Contrato Internacional de Construcción: La labor del *Engineer* y de los *Dispute Boards*. En *Revist@ e – Mercatoria*. 2006, vol. 5, n.° 2. Consulta en: bit.ly/1ptwX1u.

- Saavedra Velazco, Renzo. «Interés creditorio y su incorporación en la cláusula penal: Un análisis desde el comparative law and economics. En Enfoque Derecho, 2010». Consulta en: http://innomineiuris.blogspot.pe/2010/10/interes-creditorio-y-su-incorporacion.html.

- SALOMON, Claudia. «Selecting an International Arbitrator. Five factors to consider». En *Mealey's International Arbitration Report.* 2002, vol. 17. Consulta en: http://bit.ly/TEXyzX.

- TOLSON, Simon. «Dispute avoidance and resolution. Challenges, strategies and solutions to weather the economic storm». Consulta en: http://goo.gl/gZFxDZ.

- U.S. Army Corps of Engineers. «Partnering: A Tool for USACE, Engineering, Constructions and Operations». Consulta en: http://1.usa.gov/1yP6YJE.

- World Bank - PPP in Infraestructure Resource Center. ¿Qué son las asociaciones público-privadas? Consulta en: bit.ly/1nML5Hy.

TESIS

- ENTWISLE, David. «Dispute Boards in Context». Tesis para optar el grado de LL.M. en Construction Law and Arbitration. Reino Unido: The Robert Gordon University, Department of Law. Aberdeen Business School, 2010. Consulta en: http://goo.gl/OAZ4zd.

- GEBKEN, Richard John, II. «Quantification of Transactional Dispute Resolution Costs for the U.S. Construction Industry». Tesis para obtar el grado académico de Doctor. Texas: University of Texas, 2006. Consulta en: http://www.lib.utexas.edu/etd/d/2006/gebkenr19272/gebkenr19272.pdf.

- REIG, Isabel. «Régimen Jurídico del Contrato Internacional de Ingeniería». Tesis para optar el grado académico de Doctor. Valencia: Universidad de Valencia, 2003.

- RÍOS, Claudia M. «Planeamiento integral de la construcción de un edificio de veintitrés pisos con cinco sótanos destinado a oficinas». Tesis para optar el título profesional de Ingeniero Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

- Thompson, Roxene Marie. «Efforts to Manage Disputes in the Construction Industry: A Comparison of the New Engineering Contract and the Dispute Review Board». Tesis para optar el grado académico de Master of Science. Virginia: Virginia Polytechnic Institute and State University, 1998. Consulta en: https://vtechworks.lib.vt.edu/bitstream/handle/10919/36625/Roxene_etd.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

- Vargas, Fernando. «Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil». Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964.

Entrevistas

- Entrevista a Owen, Gwyn P. y D. Romano Allione. Tecniveria - Revista de la Ingeniería Española, n.° 29 enero - febrero, 2011.

- Entrevista a Bunni, Naël, Paul-A. Gélinas, Pierre Genton y Peter Wolrich. «ICC Dispute Board Rules: Practitioners' Views». Entrevista por Mélanie Meilhac. *ICC International Court of Arbitration Bulletin* - vol. 18/n.° 1, 2007.

- Hernández, Roberto. Periódico *Punto EDU* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta en: http://bit.ly/1jtxw9m.

Informes e investigaciones

- Alborta, Guillermo, Claudia Stevenson y Sergio Triana. Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro. Banco Interamericano de Desarrollo, División de Mercados de Capital e Instituciones Financieras (ICF/CMF), Documento de Debate # IDB-DP-195, noviembre 2011.

- «Cooperative Research Centre for Construction Innovation. Dispute Avoidance and Resolution. A Literature Review». Report n.° 1. [2007-006-EP]. Consulta en: http://bit.ly/1pIbSCa.

- «Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional». Adoptadas por Resolución del Consejo de la IBA de 7 de octubre de 2010. International Bar Association.

- «El Despegue del Perú, Aportes de la Inversión Privada en Infraestructura». Lima: Universidad ESAN, 2011. Elaborado por: Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN). Consulta en: http://bit.ly/VuG7DF.

- Informe Especial: La Construcción en los últimos 15 años. En *Constructivo*, Revista al servicio del desarrollo y promoción de la Construcción. Año 15, edición 90, 2013.

- In Search of Partnering Excellence. Elaborado por: Construction Industry Institute. Consulta en: http://bit.ly/XS0BqO.

- Kundmüller, Franz. Informe elaborado para el Banco Mundial: Arbitration of Government Contracts in Latin America: Perú, the Example to Follow? Consultado En http://goo.gl/NndF9x.

- Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado. Reporte de Contrataciones Públicas 2013 (Resultados Preliminares). Consulta en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Publicacion/Inf_Reportes/2013/Diciembre_2013%20Resultados%20preliminares_VSFINAL2.pdf.

- Plan Nacional de Infraestructura. *Construcción e Industria.* Revista de la Cámara Peruana de la Construcción. Elaborado por: Capeco, 2013.

- Proinversión. Las Asociaciones Público-Privadas en el Perú. Documento de Trabajo n° 4, 2005. Consulta en: http://www.minsa.

gob.pe/ogpp/app/doc_complementarios/Asociaciones%20Publico%20Privadas%20en%20Peru.pdf.

- United Nations. «Economic commission for Europe. Guidelines on Private Partnerships for Infrastructure Development». UN/ECE Forum, 2000.

Páginas Web

- Dispute Resolution Board Foundation. Consulta en: http://www.drb.org.
- Caral Perú. Consulta en: http://www.caralperu.gob.pe/.
- Hadid, Zaha. Consulta en: http://www.zaha-hadid.com.
- Nova Group INC. Consulta en: http://www.novagrp.com/about/partnering/.
- Página Oficial de la Cuenta del Milenio. Consulta en: http://bit.ly/1ktI5PA.
- Proyecto Bocatoma, Planta de Tratamiento de Agua Potable de Huachipa y Ramal Norte. Consultar En http://bit.ly/1spMoxZ.
- Proyecto Central Hidroeléctrica Cheves. Consulta en: http://archive-pe.com/page/2860388/2013-09-14/http://www.snpower.com.pe/centrales-hidroelectricas/proyecto-cheves/conoce-mas-sobre-el-proyecto-cheves/en-que-consiste-el-proyecto-cheves.aspx.
- Real Academia de la Lengua Española. Consulta en: http://www.rae.es.
- Shanxi Wanjiazhai Yellow River Diversion Project. Consulta en: http://www.water-technology.net/projects/shanxi/ y http://www.bancomundial.org.

- Tabla del cálculo de gastos arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado. Consulta en: http://www.osce.gob.pe/consultasenlinea/Arbitraje/ConsultaTasas.asp.

- Victoria Bar Association. Consulta en: http://vicbar.com/.

Seminarios y Conferencias

- Conferencia Internacional: Solución de Controversias en el Sector de la Construcción. Pontifica Universidad Católica del Perú. Mayo, 2013.

- Conferencia Regional sobre *Dispute Boards* - DRBF Regional Conference & Workshop - Lima, julio, 2014.

- Congreso Internacional de Derecho de la Construcción - CIDEC 2014. Lima: Universidad de Pacifico, mayo, 2014.

- Conversatorio: La experiencias de los *Dispute Boards* en América Latina. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, julio, 2013

- Curso de Medios Alternativos de Solución de Conflictos. Consulta en: https://www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/134/becarios_134.pdf.

- *Diplomado de Derecho de la Construcción*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2013.

- Eguiguren Praeli, Francisco. «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. Academia de la Magistratura». Programa de formación de aspirantes a jueces. Segundo Curso - Piura, 1998.

- Estadillo Castro, Fernando. Seminario: «Arbitraje y solución de controversias en Materia de Construcción». Organizado por la Cámara de Comercio Internacional de México y el Centro de Arbitraje de México, en ciudad de México, 2006.

- Panetta, Roberto. Curso Pre-Arbitral en Controversias de Construcción: El Consejo de Disputas.

Normas utilizadas

Chile

- Decreto n.° 900 - Fija Texto Refundido Coordinado y Sistematizado del MOL n.° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- Ley n.° 20.410 - Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica.

Honduras

- Decreto n.° 266-2013 - Ley para optimizar la Administración Pública, mejorar los servicios a la ciudadanía y el fortalecimiento de la transparencia en el Gobierno.
- Decreto Legislativo n.° 74-2001 - Ley de Contratación del Estado.

Inglaterra

- *Housing Grants, Construction and Regeneration Act* 1996.

Perú

- Acuerdo n.° 095-2010-2011/MESA-CR. Manual de Técnica Legislativa.
- Circular n.° B2101-2001-SBS de la Superintendencia de Banca y Seguros.
- Constitución Política del Perú de 1993.

- Código Civil peruano, Decreto Legislativo n.° 295.
- Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial n.° 010-93-JUSI.
- Decreto Legislativo n.° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
- Decreto Supremo n.° 059-96-PCM -Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega de concesiones al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.
- Decreto Supremo n.° 023-2011-PCM - Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley n.° 29622, denominado «Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control».
- Decreto Supremo n.° 127-2014-EF - Reglamento del Decreto Legislativo n.° 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.
- Ley n.° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014.
- Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo n.° 1017.
- Ley n.° 30114 - Ley de Presupuesto Público.
- Ley n.° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
- Ley n.° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo n.° 184-2008-EF.

- Resolución de Contraloría n.° 177-2007-CG - Guía de Auditoría de Obras Públicas por Contrata, como documento orientador del Sistema Nacional de Control para la ejecución de las acciones de control.

Dispute Boards: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción

se terminó de imprimir en el mes de febrero del 2016, con F.M. Servicios Gráficos S.A., Henry Revett 220, Urb. Santa Rita Santiago de Surco, teléfono: 444-2007 Lima 33, Perú