Las Juntas de Resolución de Disputas en la Contratación Estatal Peruana

Volumen 59 Biblioteca de Arbitraje del
Estudio Mario Castillo Freyre

Arbitraje

Las Juntas de Resolución de Disputas en la Contratación Estatal Peruana

Lizeth Rodriguez Portal

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Universidad Católica San Pablo

Estudio Mario Castillo Freyre

Las Juntas de Resolución de Disputas en la Contratación Estatal Peruana

© Lizeth Rodriguez Portal
lizeth.lrp@gmail.com

© 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

Primera edición, octubre 2018
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, 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 2018-15424

ISBN: 978-612-4400-07-0
Impreso en el Perú - Printed in Peru

A mi familia por su amor incondicional
A Rider, mi compañero de vida

Si puedes soñarlo, puedes lograrlo.
Zig Ziglar

Índice

Página

Prólogo 19
Introducción 23

Capítulo I:
Aspectos metodológicos:
1.1 Planteamiento del problema 27
1.1.1 Pregunta principal 35
1.1.2 Preguntas secundarias 36
1.2 Objetivos de la investigación 37
1.2.1 Objetivo general 37
1.2.2 Objetivos específicos 37
1.3 Hipótesis 38
1.3.1 Hipótesis principal 38
1.3.2 Hipótesis secundaria 38
1.4 Justificación de la investigación 38
1.5 Método de investigación 41

Capítulo II:
Diagnóstico de los mecanismos de solución de controversias, en el ámbito de las contrataciones con el Estado, antes de la entrada en vigencia de la LCE y RLCE 43
2.1 La conciliación en materia de contrataciones con el Estado 44
2.2 El arbitraje en materia de contrataciones con el Estado 52

Capítulo III:
Las Juntas de Resolución de Disputas (*Dispute Boards*) en el ámbito internacional 59
3.1 Definición 59

3.2 Clases de *Dispute Board* 60
3.2.1 En torno a la decisión de los adjudicadores 60
3.2.2 En torno al método de actuación de los adjudicadores 61
3.3 Orígenes 61
3.4 Organizaciones que fomentan su uso 64
3.4.1 Cámara Internacional de Comercio (ICC) 64
3.4.2 Fidic 66
3.4.3 Banco Mundial 68
3.5 Experiencia de *Dispute Boards* (JRD) en Latinoamérica 69
3.5.1 El Salvador 69
3.5.2 Honduras 71
3.5.3 Ecuador 73
3.5.4 Chile 76

Capítulo IV:
Diferencias entre la JRD y otros medios de solución de controversias en materia de contrataciones con el Estado: 81
4.1 La conciliación *versus* la JRD: 81
4.1.1 Nomenclatura básica 81
4.1.2 Tipo de mecanismo de solución de controversias 82
4.1.3 Oportunidad en la que se activa el mecanismo de solución de controversias 83
4.1.4 Lugar donde se ejercen funciones 83
4.1.5 Mérito ejecutivo de los documentos que pongan fin a la controversia 84
4.1.6 Obligatoriedad de las decisiones 84
4.2 El arbitraje *versus* la JRD: 84
4.2.1 Nomenclatura básica 85
4.2.2 Naturaleza jurídica 85
4.2.3 Rapidez en la solución de conflictos 86
4.2.4 Oportunidad en la que se activa el mecanismo de solución de controversias 86
4.2.5 Sobre las funciones de los terceros que resuelven las controversias 87

4.2.6 Inmediatez en el conocimiento sobre los avances de la obra 87
4.2.7 Mérito ejecutivo de los documentos que pongan fin a la controversia 88
4.2.8 Impugnación de las decisiones 89

Capítulo V:
Capítulo V: Análisis de las Juntas de Resolución de Disputas en elámbito de las contrataciones con elEstado peruano: Ley n.° 30225 y D.S. n.° 350-2015-EF 91
5.1 Las JRD en el Perú y su naturaleza 91
5.2 Incorporación de la JRD como mecanismo de solución de controversias: ¿Cómo se accede a una JRD? 95
5.2.1 ¿En qué contratos se puede pactar una JRD? 96
5.2.2 Plazo máximo para pactar una JRD 97
5.2.3 Acuerdos que deben suscribirse para acceder a una JRD 98
5.2.4 Designación y conformación de los miembros de la JRD 109
5.2.5 Designación del centro que administrará la JRD 116
5.3 Funcionamiento de la JRD 117
5.3.1 ¿Desde cuándo opera la JRD? 117
5.3.2 Materias que pueden ser sometidas a la competencia de la JRD 118
5.3.3 Actividades y funciones de la JRD 120
5.3.4 Funciones del centro que administrará la JRD 124
5.3.5 Honorarios y gastos de la JRD 126
5.3.6 Orden de prelación de la normativa que deben usar los miembros de la JRD 133
5.3.7 Procedimiento para someter una controversia a la JRD 135
5.4 Procedimiento para someter a arbitraje las controversias que surjan en los contratos de obra en donde se haya pactado una JRD 140

5.4.1 Tratamiento de controversias dentro del período de vigencia de las JRD 140
5.4.2 Tratamiento de controversias que surjan después del período de vigencia de la JRD 147

Capítulo VI:
Ventajas que justifican la necesidad de contar con una JRD y factores que amenazan su eficiencia en el marco de las contrataciones con el Estado 149
6.1 Ventajas que justifican el uso de las JRD 149
6.1.1 Rapidez en la solución de controversias 149
6.1.2 Inmediatez 152
6.1.3 Menores retrasos en la ejecución de la obra 154
6.1.4 Prevención de conflictos 155
6.2 Factores que amenazan la eficiencia de la JRD 156
6.2.1 Honorarios de los miembros de la JRD 156
6.2.2 Carencia de adjudicadores 157
6.2.3 Impugnación de las decisiones de la JRD por temor al control de los órganos fiscalizadores 160

Conclusiones 163
Referencias 167
Anexos 173
1. Propuesta de modificación de la LCE y RLCE
2. Modelo de cláusula de solución de disputas del OSCE
3. Modelo de contrato tripartito del OSCE

Índice de tablas

Tabla 1.1. Mecanismo de solución de controversias en las LCEs peruanas
Tabla 2.1. Facultades de los funcionarios públicos para conciliar
Tabla 4.1. Diferencia de nomenclatura usada en la conciliación *vs* la JRD
Tabla 4.2. Diferencia de nomenclatura usada en el arbitraje *vs* la JRD
Tabla 5.1. Designación del número de miembros en una JRD
Tabla 5.2. Honorarios de la JRD del CARC-PUCP
Tabla 5.3. Honorarios de la JRD del Reglamento CIP
Tabla 6.1. Tiempo en la solución de controversias entre la JRD y el arbitraje

Índice de figuras

Figura 1.1. Distribución de laudo por objeto de contratación
Figura 1.2. Duración de un arbitraje en contrataciones con el Estado (meses)
Figura 1.3. Planteamiento del problema de investigación
Figura 1.4. Inscripciones vigentes en el RNP 2016
Figura 2.1. Resultados obtenidos para el Estado en arbitrajes (2003-2013)
Figura 5.1. Contratos en el ámbito de las contrataciones con el Estado

Figura 5.2. Cláusula de solución de controversias (conciliación y arbitraje)
Figura 5.3. Cláusula de solución de controversias (conciliación, arbitraje y JRD)
Figura 5.4. Plazo para designar a miembro único de una JRD
Figura 5.5. Plazo para designar a miembros de una JRD
Figura 5.6. Pasos para incorporar una JRD en un contrato de obra
Figura 6.1. Registro de adjudicadores nacionales del CARC-PUCP
Figura 6.2. Registro de adjudicadores internacionales del CARC-PUCP

Índice de Anexos

Anexo 1: Propuesta de modificación de la LCE y RLCE
Anexo 2: Modelo de cláusula de solución de disputas del OSCE
Anexo 3: Modelo de contrato tripartito del OSCE

Lista de Abreviaturas

APP	:	Asociación Público-Privada
BM	:	Banco Mundial
CDB	:	*Combined Dispute Board*
CGR	:	Contraloría General de la República
DAB	:	*Dispute Adjudication Board*
DB	:	*Dispute Board*
Directiva	:	Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD
DRB	:	*Dispute Review Board*
Fidic	:	Federación Internacional de Ingenieros Consultores
ICC	:	*International Chamber of Commerce*
LCE	:	Ley n.° 30225: Ley de Contrataciones del Estado (incluye modificación efectuada por Decreto Legislativo n.° 1341)
Oncae	:	Oficina Normativa de Contratación y Adquisiciones del Estado de Honduras
OSCE	:	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE
PAD	:	Panel de Adjudicación de Desavenencias
Reglamento CARC-PUCP	:	Reglamento de Administración de JRD del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Reglamento CIP	:	Reglamento de Administración de JRD del Colegio de Ingenieros del Perú
RLCE	:	Reglamento de la LCE aprobado mediante Decreto Supremo n.° 350-2015 (incluye modificación efectuada por Decreto Supremo n.° 056-2017-EF)

Prólogo

Es para mí muy grato presentar la obra titulada, *Las Juntas de Resolución de Disputas en la Contratación Estatal Peruana*, escrita por la abogada Lizeth Rodriguez Portal, basada en la tesis con la que optó el título de abogada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Lizeth fue una muy destacada alumna en el curso de Derecho de Obligaciones que yo dictaba en la referida casa de estudios; y desde ese tiempo siempre sigo con alegría sus pasos en la profesión y en la academia.

Esta obra versa sobre las juntas de resolución de disputas o *dispute boards*, materia que ya ha sido tratada en dos volúmenes precedentes de la *Biblioteca de Arbitraje.*

Así, el volumen 23 de la *Biblioteca de Arbitraje* llevó por título *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos*, y tuvo como coordinador al abogado mexicano Roberto Hernández García, quien presentó la obra en Lima en junio del 2014. Los *dispute boards*, ya asomaban en el Perú como un nuevo método de solución de conflictos, antecedente en la existencia de una abierta controversia y complementario del arbitraje. Esa obra, a decir del propio Hernández García, constituyó el primer libro sobre *dispute boards* publicado en América Latina.

La importancia de los *dispute boards* fue puesta nuevamente de manifiesto en un libro escrito por dos jóvenes abogados peruanos, denominado *Los dispute boards*, que corresponde a Juan Diego Gushiken Doy y Rodrigo Freitas Cabanillas, publicado en noviembre del 2015, que constituyó el volumen 33 de la colección.

En ese sentido, la obra de Lizeth Rodriguez Portal es el tercer libro sobre los *dispute boards*, y el número 59 de la serie.

Debo precisar que, si bien nuestra *Biblioteca* se denomina *Biblioteca de Arbitraje*, en ella siempre hemos dado cabida a materias relacionadas con el arbitraje propiamente dicho.

En ese sentido, las juntas de resolución de disputas o *dispute boards* han sido legisladas en el Perú como un medio que antecede a un eventual arbitraje sobre las materias acerca de las cuales versará la labor de la referida junta.

La experiencia extranjera enseña que, si bien los *dispute boards* no eliminan la existencia de arbitrajes futuros, sí disminuyen notoriamente su número, en la medida de que constituyen un medio eficaz y satisfactorio para solucionar los intereses contrapuestos de las partes en la ejecución de una obra, a la par que se caracterizan por su inmediatez y celeridad, materias que, usualmente, no estarán presentes en el arbitraje.

Leí hace unos meses la tesis de Lizeth, la misma que me pareció muy interesante; y, a la vez, se trata del primer trabajo escrito en plena vigencia de la regulación de los *dispute boards* en la Ley de Contrataciones del Estado de nuestro país.

El tratamiento que Lizeth Rodriguez Portal brinda sobre los *dispute boards* es bastante completo, abordando esta materia en conjunto con los demás medios de solución de controversias, recogidos por la Ley de Contrataciones del Estado, como es el caso de la conciliación y el arbitraje, los mismos que son comparados minuciosamente con los *dispute boards*.

De igual manera, este libro se detiene a analizar el tratamiento legislativo sobre la materia en la Ley n.° 30225 y en el Decreto Supremo n.° 350-2015-EF; para luego estudiar las ventajas que justifican el uso de

las juntas de resolución de disputas, así como los factores que amenazan su eficiencia.

La obra de Lizeth, además, tiene el mérito de realizar una propuesta de modificación de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.

Me causa gran beneplácito el que la *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio publique la obra de una muy distinguida exalumna, como es el caso de Lizeth Rodriguez Portal, que demuestra su sólida formación en derecho y su vocación por el estudio de los diversos medios de solución de controversias en la contratación estatal.

Lizeth, cuando fue alumna, obtuvo un reconocimiento por su destrezas de oratoria en la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial VI Edición *Moot* Madrid 2014, organizado por la Universidad Carlos III y en la VII Competencia Internacional de arbitraje 2014, organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Rosario.

Hoy es una muy destacada profesional en arbitrajes con el Estado en temas de infraestructura vial.

Felicito a Lizeth e invito a nuestros lectores a conocer tan importante obra.

Lima, octubre del 2018
Mario Castillo Freyre*

---

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor Principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

Introducción

La infraestructura de un país es un factor importarte para su crecimiento. Actualmente, en el Perú la brecha en infraestructura en seis sectores estratégicos (transporte, vivienda, educación, salud, agricultura e interior) asciende a US$ 69,000,000.00 y el tiempo que se requiere para cerrar dicha brecha es de, aproximadamente, catorce años, si es que no se incrementan los presupuestos de tales sectores (Quijandría, 2017).

Frente a ello, el Estado peruano desde el año 2016 viene promoviendo una serie de políticas macroeconómicas que tienen como propósito mejorar la eficiencia del gasto público, regulando aspectos como, por ejemplo, los sobrecostos indirectos relacionados a la ejecución de obras. Un avance para alcanzar dicho objetivo fue la promulgación de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.° 30225 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.° 350-2015-EF, vigentes desde el 9 de enero de 2016 (MEF, 2016, p. 66) y que, incluso, ya cuentan con algunas modificaciones,[1] en lo sucesivo, ambos documentos se denominarán LCE y RLCE, respectivamente.

La LCE y el RLCE son aplicables a aquellas entidades del Estado, así como a otras organizaciones,[2] quienes para satisfacer el interés público, entablan relaciones contractuales con el sector privado, a fin de encargarles la provisión de bienes, servicios, consultorías u obras, las

---

1 La Ley n.° 30225 ha sido modificada por el Decreto Legislativo n.° 1341 y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ha sido modificado por el Decreto Supremo n.° 056-2017-EF. Dichas modificaciones entraron en vigencia el 3 de abril de 2017.

2 Las entidades que se encuentran comprendidas dentro del alcance de la LCE están definidas en el artículo 3 de dicha norma.

cuales serán financiadas con fondos públicos. Para tal fin, el Estado, a través de sus diversas entidades, realizará un proceso de selección que tiene como propósito elegir a la persona natural, jurídica o consorcio que se encargará de efectuar la prestación. Al ganador de dicho proceso se le adjudicará la buena pro y después de que ésta quede consentida, se suscribirá el correspondiente contrato administrativo.

Sin embargo, si durante la ejecución de la prestación surgen desavenencias entre las partes, las mismas deberán ser resueltas mediante los mecanismos de solución de controversias que contempla la LCE y el RLCE.

En ese sentido, la presente investigación se abocará a analizar el nuevo mecanismo de solución de controversias para los contratos de obra que se ha incorporado por primera vez en la LCE y el RLCE, denominado la Junta de Resolución de Disputas, en adelante, JRD; y conocido internacionalmente como *dispute board*.

Para tal fin, el presente trabajo ha sido dividido en seis capítulos, conforme a lo siguiente:

En el primer capítulo se señala los aspectos metodológicos que se han tenido en cuenta para la elaboración de esta investigación, tales como: definir el problema, los objetivos, las hipótesis, la justificación, tipo de investigación, diseño, método de estudio y alcance.

Asimismo, en el segundo capítulo se ha elaborado un diagnóstico de la conciliación y el arbitraje como mecanismos de solución de controversias en los contratos de obra y se ha señalado cuáles son los principales problemas que limitan su eficacia, lo cual permite entender por qué el Estado ha tomado la decisión de incorporar a la JRD como un tercer mecanismo de solución de controversias en los contratos de obra,[3] con motivo de la promulgación de la LCE y el RLCE.

---

[3] Cuyo monto de contrato sea superior a los S/ 5’000,000.00 (cinco millones de soles).

De otro lado, en el tercer capítulo se ha elaborado un análisis sobre las JRD en el ámbito internacional, indicándose cuáles son sus antecedentes, definición, clases, así como también los beneficios que se han reportado en diferentes países de Latinoamérica y se ha señalado, además, cuáles son las principales instituciones internacionales que fomentan su uso.

Posteriormente, en el cuarto capítulo se hace un análisis sobre las principales diferencias que existen entre la JRD y la conciliación y el arbitraje, a fin de profundizar el marco teórico de este mecanismo, para determinar con mayor precisión su concepto y alcance.

En el quinto capítulo se expone el marco normativo de la JRD en nuestro país, a la luz de la LCE, el RLCE y la Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD, en adelante, la Directiva, a fin de identificar los aspectos generales de este novedoso mecanismo, los criterios que se deben tener en cuenta para su incorporación en los contratos de ejecución de obra, su funcionamiento, las reglas que las partes deberán tener en cuenta si desean someter las decisiones de la JRD a arbitraje, entre otros. Asimismo, se explica que la JRD constituye un mecanismo de solución de controversias al que voluntariamente pueden recurrir las partes que suscriben un contrato de ejecución de obra pública, cuyo valor sea superior a los S/ 5'000,000.00 y tiene por finalidad la prevención y resolución de controversias que surjan entre éstas desde el inicio del contrato, hasta la recepción de las obras.

De otro lado, en el sexto capítulo se ha efectuado un análisis sobre las razones que, eventualmente, justificarían la necesidad de incorporar a las JRD como mecanismo de solución de controversias en los contratos de ejecución de obra pública y se indica, además, cuáles son los factores que amenazan su eficiencia.

Finalmente, se señalan las principales conclusiones de la investigación y se propone algunas modificaciones legislativas para potenciar la eficacia de la LCE, el RLCE y la Directiva.

Capítulo I: Aspectos metodológicos

1.1 Planteamiento del problema

Con el propósito de satisfacer el interés público, el Estado peruano necesita entablar diferentes relaciones contractuales con el sector privado, a fin de que éste le brinde una serie de prestaciones, tales como la provisión de bienes, servicios, consultorías y obras, siendo que si los fondos que se utilizan para la ejecución de dichos contratos provienen del erario nacional; es decir, son fondos públicos, la normativa que regulará el contrato; y, en general, las relaciones que se susciten entre las partes (entidad y contratista), será la LCE y el RLCE, así como también aquellas directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación que para dicho fin sean elaborados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en adelante, OSCE, en el ámbito de su competencia.[4]

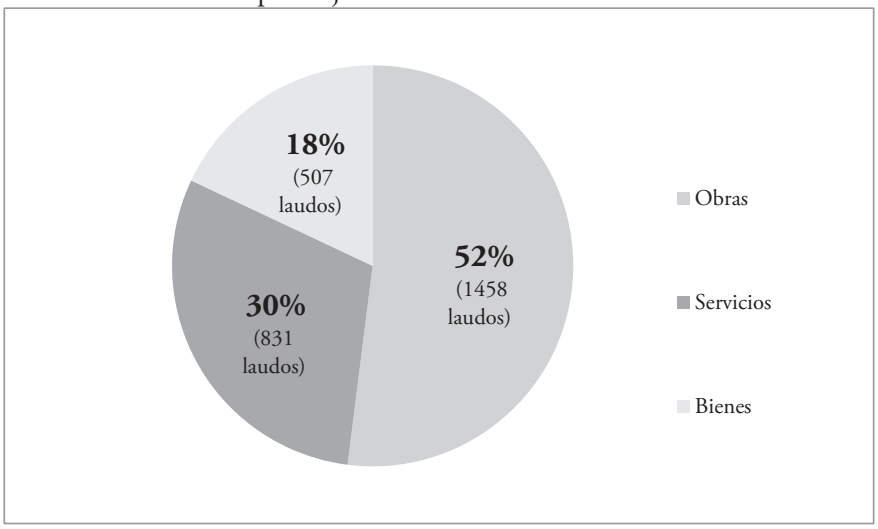
Dentro de ese contexto, en el presente acápite me abocaré a la problemática que se suscita, específicamente, en los contratos de obra pública. Al respecto, debo señalar que una de las dificultades que atraviesan dichos contratos, es que entrañan actividades altamente conflictivas, por diferentes razones: existen errores en el expediente técnico que recién son advertidos durante la construcción de la obra, discrepancias sobre ampliaciones de plazo, indemnizaciones, variación de metrados, penalidades, demora en el pago, incumplimiento de obligaciones, controversias sobre la liquidación de contrato, resolución de contrato, entre otros.

---

[4] Esta disposición se encuentra contemplada en el literal f) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado: Ley n.° 30225.

Dichos conflictos ocasionan una alta litigiosidad en los contratos de obra; prueba de ello la encontramos en el estudio realizado por la Contraloría General de la República (Contraloria General de la República, 2015, p. 58), donde se analizaron 2796 laudos arbitrales correspondientes al período 2003-2013, que permitieron concluir que el 52% de las controversias que se suscitan en el ámbito de las contrataciones con el Estado, están relacionadas a la ejecución de obras:

Figura 1.1
Distribución de laudo por objeto de contratación



Fuente: (Contraloria General de la República, 2015, p. 58)

Dicho estudio determinó, además, que las principales controversias que se suscitan en el ámbito de la ejecución de obras públicas, están referidas a indemnización por daños y perjuicios (17%), resolución de contrato (15%), ampliación de plazo contractual (12%), liquidación de contrato de obra (11%), penalidades (5%), otras controversias (40%), siendo que la tasa de crecimiento de controversias relacionadas a ejecución de obra al año, es de 9%. (Contraloria General de la República, 2015, p. 60). Es decir, se ha comprobado que la tendencia es que cada año las controversias se incrementen.

Frente a ello, se requiere de mecanismos de solución de controversias que permitan gestionar eficientemente las discrepancias que se suscitan entre las partes, a fin de que las mismas se resuelvan de manera rápida y dentro del plazo del contrato, ya que mientras más tiempo dure la solución de una controversia, mayor será el costo que tendrán que soportar las partes.

En esa misma línea, Paredes (2013) sostiene que:

> Imaginemos lo prohibitivamente costoso que significaría resolver una disputa relacionada con el diseño de un proyecto de construcción complejo en etapa de su conclusión y entrega; ello es una aventura descomunalmente costosa que muy pocos contratistas e incluso propietarios podrían soportar. De esta manera, sometiendo a un análisis de eficiencia, el manejo de las disputas en los contratos de construcción, diremos que 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. Entonces, si esto es así, no es eficiente para ninguna de las partes que la aplicación de una herramienta de solución de conflictos durase mas allá del plazo de ejecución de la obra (p. 80).

Sobre el particular, debemos preguntarnos, ¿cuál ha sido la política legislativa por la que optó nuestro país para hacer frente a esta problemática?

Al respecto, uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país, fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley n.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del año 1998, que consideró, por primera vez, al arbitraje y la conciliación como los únicos mecanismos de solución de controversias en aquellos contratos regulados por esta norma (Castillo y Sabroso, 2011, p. 1); vale decir, que aquellas discrepancias que surgieran entre las partes como consecuencia de contratos derivados para la provisión de bienes, servicios, consultoría o ejecución de obras en donde una de las partes

sea el Estado y la otra un particular, ya no tendrían que ser resueltas en el Poder Judicial, sino mediante conciliación y/o arbitraje.

Esta decisión fue una muestra de confianza para los inversionistas nacionales y extranjeros, pues desde ese momento el Estado les ofrecería neutralidad, celeridad y especialización en la solución de controversias, toda vez que «El Estado ya no recurriría al Poder Judicial, sino que conciliaría o arbitraría con los agentes privados en igualdad de condiciones» (Guzmán-Barrón y Zúñiga, 2014, p. 83).

No obstante ello, durante los últimos dieciocho años, las normas en materia de contrataciones con el Estado han ido cambiando; esto, en virtud a la necesidad de adaptarse a los nuevos desafíos originados por el crecimiento económico de nuestro país; sin embargo, dichos cambios tienen una peculiaridad y es que han mantenido a la conciliación y el arbitraje como mecanismos obligatorios de solución de controversias.

Dichos mecanismos han permanecido como la fórmula elegida por nuestros legisladores para la solución de controversias en el ámbito de las contrataciones con el Estado, tal y como podemos apreciar a continuación:

Tabla 1.1
Mecanismos de solución de controversias contemplados en las diversas LCEs peruanas

Ley de Contrataciones del Estado - LCE	Mecanismo de Solución de Controversias
□ Ley n.° 26850	Conciliación y arbitraje
□ Decreto Supremo n.° 083-2004	Conciliación y arbitraje
□ Decreto Legislativo n.° 1017	Conciliación y arbitraje
□ Ley n.° 29873 (modificaba el D.L. n.° 1017)	Conciliación y arbitraje
□ Ley n.° 30335 (vigente a partir del 09.01.16), modificada mediante D.L. n.° 1341 (vigente desde el 03.04.17)	Conciliación, arbitraje y Junta de Resolución de Disputas.

Fuente: (Guzmán-Barrón y Zúñiga, 2014, p. 83)

Sin embargo, con el devenir del tiempo, tanto la conciliación como el arbitraje presentan una serie de dificultades que limitan su eficacia.[5]

Al respecto, debo indicar que la conciliación es un mecanismo poco usado en el ámbito de las contrataciones con el Estado, toda vez que los funcionarios no quieren conciliar.

En efecto, los funcionarios públicos son muchas veces renuentes a resolver las discrepancias que se suscitan con el contratista mediante cualquier mecanismo diferente al arbitraje, inclusive, así las pretensiones del contratista estén debidamente fundamentadas;[6] ello, en virtud al temor que le genera el hecho de que luego los órganos de control

[5] Aspectos que desarrollaré con mayor profundidad en el capítulo II de la presente investigación.

[6] Esta afirmación cobra mayor contundencia cuando verificamos que, de acuerdo al estudio realizado por la CGR: «El arbitraje en las contrataciones públicas durante el período 2003-2013», el Estado pierde, aproximadamente, el 70% de los arbitrajes en los que participa.

interno cuestionen la razonabilidad de sus decisiones, evitando de esa manera, asumir algún tipo de responsabilidad.

Esto que hasta hace un tiempo era considerado como un secreto a voces, ha sido ratificado por el ex Contralor de la República. En efecto, Talavera y Olórtegui (2015) citan un extracto de la ponencia de Kouri, quien manifestó lo siguiente:

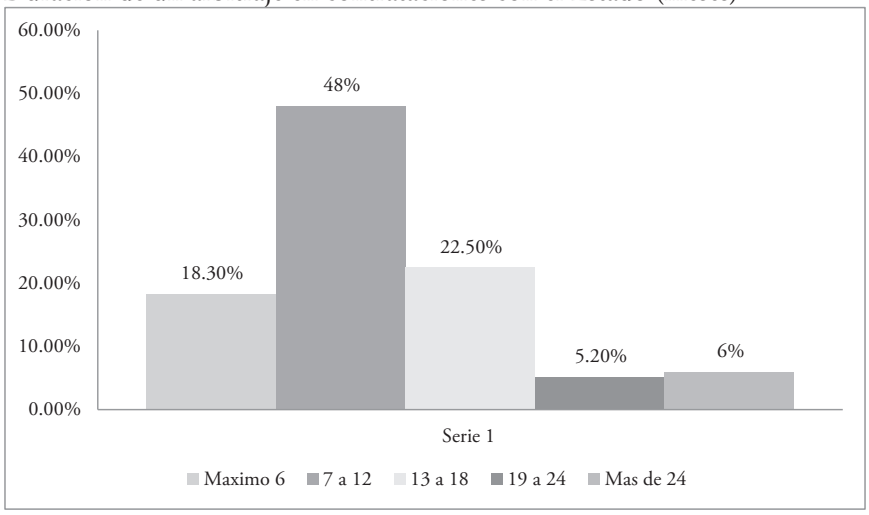
> Una controversia, que muy bien podría ser solucionada en etapa conciliatoria, es preferible por algunos funcionarios o procuradores llevarla a arbitraje. ¿Por qué? Porque es mejor que un tercero me lo diga y que yo no tome la decisión **que más adelante vaya a ser cuestionada por un órgano de control** o por alguna otra autoridad que ingrese, posteriormente, a la misma entidad (p. 272).

Información que también se corrobora con el estudio elaborado por la CGR denominado «El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003 y 2013», donde se concluye, entre otros, que sólo el 3% de las controversias se resuelven mediante conciliación (CGR, 2015, p. 6).

Por su parte, el arbitraje, si bien es cierto ha ganado una presencia importante en nuestro medio y un justo reconocimiento, lo cual es destacable, a la fecha presenta una serie de problemas que afectan su eficiencia, como por ejemplo, la corrupción de algunos malos árbitros; pero, sobre todo, la demora con la cual se solucionan las controversias.

En relación a esto último, en el año 2014, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú elaboró un estudio (Guzmán-Barrón y Zúñiga, 2014, p. 90) en el que analiza el tiempo de duración de los arbitrajes, desde el inicio de los mismos hasta la emisión del laudo, obteniendo como resultado que casi el 70% de los casos se resuelven en máximo un año, conforme se aprecia en el siguiente gráfico:

Figura 1.2
Duración de un arbitraje en contrataciones con el Estado (meses)



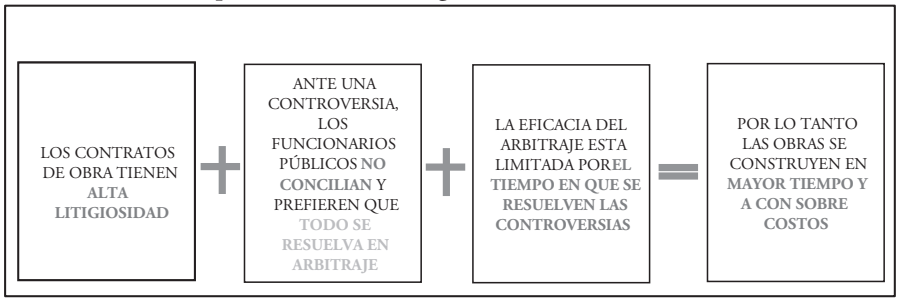
Fuente: (Guzmán-Barrón y Zúñiga, 2014, p. 90)

Sin lugar a dudas, la celeridad con la que el arbitraje resuelve las controversias en comparación al tiempo que supondría resolverlas en el Poder Judicial, es abismal; no obstante ello, al resolverse la controversia fuera del plazo del contrato, hace que la culminación de las obras se prolongue.

Como consecuencia de lo anterior, las obras se construyen en un mayor tiempo y a un valor superior, lo cual resulta perjudicial para el Estado y la sociedad.

En ese orden de ideas, podemos sintetizar la presente problemática con la siguiente ecuación:

Figura 1.3
Planteamiento del problema de investigación



Fuente: Elaboración propia

Frente a ello, el Estado peruano viene promoviendo una serie de políticas macroeconómicas que tienen como propósito mejorar la eficiencia del gasto público, a fin de evitar, entre otros, sobrecostos indirectos relacionados a la ejecución de obras. Dentro de ellas se menciona lo siguiente:

> **Un mayor impacto de la política fiscal sobre el crecimiento económico de mediano plazo requiere mejorar la eficiencia y priorización del gasto público bajo un enfoque multianual.** Según el FMI, en el Perú se podrían conseguir ahorros fiscales mayores al 1% del PBI si se mejora la eficiencia del gasto, esencialmente, en sectores como educación, salud e infraestructura. Se han dado avances en esta búsqueda de mayor eficiencia:
> **La nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley n.º 30225***)*, la cual será un importante elemento para garantizar la transparencia y la eficiencia en el sistema de contrataciones de las entidades públicas, regulando aspectos como los sobrecostos indirectos relacionados a la ejecución de obras (gastos legales, por ejemplo) y adelanto de pagos (MEF, 2016, p. 66). (El énfasis es agregado).

Justamente una de las novedades de la LCE y el RLCE vigentes desde el 9 de enero de 2016, es la inclusión de la JRD como nuevo mecanismo alternativo de solución de controversias, conocido interna-

cionalmente como los *dispute boards*, en adelante, DB, el mismo que será aplicable únicamente para los contratos de obra.

En palabras de Hurtado (2015), la JRD es la persona o el conjunto de personas que, en virtud al acuerdo de las partes originado en el contrato de obra, tiene la competencia para pronunciarse respecto a diversos aspectos sobre la ejecución de la obra, a fin de evitar o resolver las controversias entre las partes (p. 207).

Por su parte Benavente y Sotelo (2014), citando a Paredes, señalan que las JRD «[...] vienen a ser unos entes colegiados, integrados por expertos que: "[…] resuelven reclamos en plena ejecución de una obra y cuya decisión se torna obligatoria y final para las partes"» (p. 1).

Asimismo, se debe mencionar que los DB[7] ya vienen siendo empleados con gran éxito en otros países de la región, logrando gestionar eficientemente las controversias que se generan en la ejecución de una obra y coadyuvando a que éstas culminen dentro del tiempo programado, tal y como se explica en el capítulo III de la presente investigación.

Ante esa realidad, resulta propicio elaborar esta investigación, a fin de formular un análisis jurídico que nos permita determinar si la inclusión de la JRD como mecanismo de solución de controversias en los contratos de obra, en el ámbito de las contrataciones con el Estado, contribuirá a la solución de la problemática expuesta.

1.1.1 Pregunta principal

Atendiendo a la problemática descrita en las líneas anteriores, se ha formulado la siguiente pregunta principal:

---

[7] Como ya hemos mencionado, es el nombre internacional con el que se conoce a las JRD.

¿Serán las JRD, reguladas en la LCE y RLCE vigentes desde el 9 de enero de 2016, un mecanismo de solución de controversias que contribuirá a mejorar la gestión de conflictos que se susciten en los contratos de obra pública en el Perú?

1.1.2 Preguntas secundarias

Del mismo modo, la presente investigación responderá las siguientes preguntas secundarias:

- ¿Cuáles son los antecedentes de las JRD en el Perú?
- ¿Cuál es el marco normativo de la JRD en el ámbito de las contrataciones con el Estado en el Perú?
- ¿Es necesario que se formulen algunas modificaciones a la actual normativa que regula la JRD en el ámbito de las contrataciones del Estado en el Perú?
- ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la JRD como mecanismo de solución de controversias en el ámbito de las contrataciones del Estado en el Perú?
- ¿Cuál es la diferencia que existe entre la JRD y otros mecanismos de solución de controversias en el ámbito de las contrataciones del Estado en el Perú?
- ¿Qué experiencias han tenido otros países con la implementación de las JRD como mecanismos de solución de controversias?

1.2 Objetivos de la investigación

La presente investigación tiene los siguientes objetivos:

1.2.1 Objetivo general

Determinar si las JRD, reguladas en la LCE y RLCE vigentes desde el 9 de enero de 2016, serán un mecanismo de solución de controversias que contribuirá a mejorar la gestión de conflictos que se susciten en los contratos de obra pública en el Perú.

1.2.2 Objetivos específicos

- Determinar cuáles son los antecedentes de la JRD en el Perú.
- Conocer y analizar cuál es el marco normativo de la JRD en el ámbito de las contrataciones del Estado en el Perú.
- Formular una propuesta de modificación de la actual normativa que regula la JRD en el ámbito de las contrataciones del Estado en el Perú.
- Determinar las ventajas y desventajas de la JRD como mecanismo de solución de controversias en el ámbito de las contrataciones del Estado en el Perú.
- Señalar las diferencias que existen entre la JRD y otros mecanismos de solución de controversias en el ámbito de las contrataciones del Estado en el Perú.
- Determinar qué experiencias han tenido otros países con la implementación de las JRD como mecanismos de solución de controversias.

1.3 Hipótesis

La presente investigación sostiene las siguientes hipótesis:

1.3.1 Hipótesis principal

Las JRD, reguladas en la LCE y RLCE, vigentes desde el 9 de enero de 2016, serán un mecanismo de solución de controversias que contribuirá a mejorar la gestión de conflictos que se susciten en los contratos de obra pública en el Perú, toda vez que dicho mecanismo cuenta con una serie de ventajas que justifican su utilidad, dada la rapidez en la solución de controversias en comparación con el arbitraje y el carácter vinculante de sus decisiones.

1.3.2 Hipótesis secundaria

Es conveniente modificar el artículo 45.1 de la LCE y los artículos 205.4 y 207.1 del RLCE, a fin de evitar disposiciones contradictorias o ambiguas en el uso de la JRD como mecanismo de solución de contratos de obra cuyo valor sea superior a S/ 5'000,000.00 (cinco millones de soles).

1.4 Justificación de la investigación

El presente acápite tiene como propósito señalar cuáles son las razones que se han tenido en cuenta para realizar esta investigación, siendo que en dicho análisis se evaluarán dos factores: a) A quiénes beneficia y cómo los beneficia y b) Cuál es el aporte teórico que contribuirá a la solución del problema planteado.

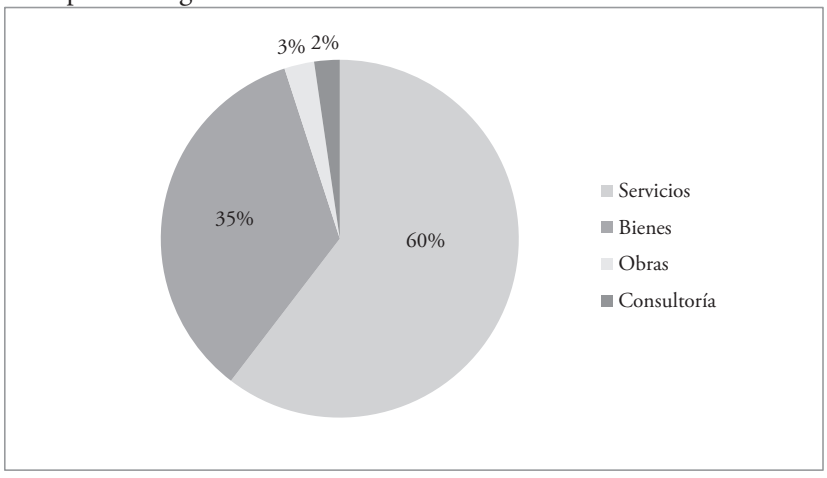
a. A quiénes beneficia y cómo los beneficia

Esta investigación beneficiará a la comunidad universitaria (carrera de derecho), a las empresas contratistas (ejecutores de obras) y a las entidades del Estado que participen en la construcción de obras en el marco de la LCE y RLCE.

Sobre el particular y con el propósito de aproximarnos al universo del grupo de interés al que se aboca la presente investigación, tenemos que hasta el año 2015 existían 2,793 entidades que conformaban el universo del sector público en el Perú las que, en conjunto, realizaban las contrataciones de bienes, servicios y obras (Hurtado, 2015, p. 204).

De otro lado, resultan interesantes las cifras que se reportan en el Informe Anual de Contrataciones Públicas publicado por el OSCE (OSCE, 2017, p. 33), en donde se determinó que en el año 2016 se registró 495,404 inscripciones vigentes de proveedores en el RNP,[8] de los cuales 13,598 (2.7%) corresponde a ejecutores de obras, conforme se aprecia en el siguiente gráfico:

Figura 1.4
Inscripciones vigentes en el RNP 2016



Fuente: (OSCE, 2017, p. 33)

[8] El Registro Nacional de Proveedores (RNP) es el sistema de información oficial único de la administración pública, que tiene por objeto registrar y mantener actualizada durante su permanencia en el registro, la información general y relevante de los proveedores interesados en participar en las contrataciones que realiza el Estado. (OSCE, *¿Qué es el RNP?*, s.f.).

Dicho informe establece, además, que el Estado peruano adjudicó en el año 2016, S/ 10,489.20 millones de soles (39.8%) para la ejecución de obras públicas (OSCE, 2017, p. 8).

Asimismo, se debe indicar que la forma en la que se beneficiará el grupo de interés al que está dirigida la presente investigación, es que estas personas podrán acceder a un documento académico que les permitirá ampliar sus conocimientos respecto a las JRD en el marco de la LCE y su reglamento; y, de esta manera, contribuir con un correcto uso del novedoso mecanismo.

En ese orden de ideas, podemos concluir que resulta significativo, tanto el número de entidades que realizan contrataciones en el Estado, así como el número de proveedores que se dedican a la ejecución de obras públicas, de manera que el impacto que puede tener la presente investigación en dicho grupo de interés, es relevante.

b. Aporte teórico

Consiste en la realización de un análisis jurídico respecto del marco normativo que regula las JRD en el ámbito de las contrataciones con el Estado en el Perú, proponiendo mejoras legislativas. Asimismo, se presenta una recopilación de diversos casos de éxito que las JRD han conseguido en diversos países de Latinoamérica; así como también se entrega al lector un análisis jurídico respecto de las ventajas que implicaría el uso de las JRD en el Perú, como mecanismo de solución de controversias en aquellas discrepancias que surjan entre las partes (entidad y contratista) en aquellos contratos de obra, cuyo valor sea superior a los S/ 5'000,000.00 y la identificación de los retos que tendrá que enfrentar la JRD para su puesta en marcha.

En esa línea, consideramos que el aporte teórico de esta investigación coadyuvará a la solución de la problemática expuesta, toda vez que contribuirá a fomentar el uso de las JRD en los contratos de obra

ejecutados en el marco de la LCE y su reglamento, lo que permitirá que dichas obras se culminen con menos retrasos.

1.5 Método de investigación

- Tipo de investigación: cualitativo.
- Diseño de investigación: no experimental.
- Método de estudio: inductivo.
- Alcance de la investigación: exploratorio, descriptivo y explicativo.

Capítulo II: Diagnóstico de los mecanismos de solución de controversias, en el ámbito de las contrataciones con el Estado, antes de la entrada en vigencia de la LCE y RLCE

Antes de analizar el nuevo mecanismo de solución de controversias sobre el cual versará la presente investigación (JRD), detengámonos un momento a reflexionar sobre el rol que tienen y han tenido la conciliación y el arbitraje en nuestro país, lo cual nos permitirá realizar un diagnóstico de la situación actual; y, posteriormente, una evaluación con relación al éxito o no que tendrán las JRD en el Perú.

Veamos. ¿El hecho de que la conciliación y el arbitraje hayan logrado permanecer hasta la actualidad como mecanismos de solución de controversias significa que estos mecanismos son eficientes? Considero que no.

Lamentablemente, la conciliación no ha funcionado en nuestro país, debido a que el funcionario público no quiere conciliar por temor a que luego sus decisiones sean cuestionadas por los órganos de control interno de la entidad, por la CGR, por el OSCE, entre otros entes fiscalizadores, mientras que el arbitraje, si bien es cierto ha ganado un espacio muy importante y trascendental como método de solución de controversias, hoy por hoy tiene que hacer frente a una serie de desafíos que cuestionan su éxito.

A efectos de sustentar esta afirmación, a continuación, realizaré una breve reseña de las principales dificultades y problemas que atraviesan ambos mecanismos.

2.1 La conciliación en materia de contrataciones con el Estado

En el año 2000, se emitió la Ley n.° 27330, norma que modificó diversos artículos de la Ley n.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, entre ellos el artículo 41, cuyo tenor, a partir de dicha modificación, quedó redactado de la siguiente manera:

> Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos de adquisición y contratación:
> Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:
> [...]
> b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.
> [...]

Dicho artículo entró en vigencia el 14 de enero de 2001.[9] Desde entonces las partes podían someter sus controversias a conciliación.

La conciliación es un mecanismo autocompositivo de solución de controversias, mediante el cual las partes acuden a un centro de conciliación extrajudicial, debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia, a fin de que un tercero imparcial denominado conciliador, ayude a las partes en la búsqueda de una solución a sus conflictos. El conciliador facilita la comunicación entre las partes, para que sean éstas quienes arriben a un acuerdo que satisfaga sus intereses. El acuerdo se plasmaba en un acta que, después de ser firmada por las partes y el conciliador, se convierte en un título ejecutivo.

---

[9] Ello, en virtud a que mediante Ley n.° 27218, se estableció que el carácter obligatorio de la conciliación extrajudicial se prorrogaba hasta el 14 de enero del año 2001.

Las materias que podían ser sometidas a conciliación, como reza el artículo 41 de la Ley n.° 27330, estaban referidas a discrepancias que surgieran entre las partes con motivo de interpretación o ejecución del contrato.

Con el paso del tiempo y las posteriores modificaciones legislativas, el abanico de discrepancias que podían ser sometidas a conciliación se amplió.

Así, por ejemplo, la Ley n.° 29873 que modificó, entre otros el artículo 52 del D.L. n.° 1017, LCE, estableció lo siguiente:

> 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.

En ese sentido, desde la perspectiva del empresario (proveedor del Estado), la conciliación resultaba ser un mecanismo útil, económico y expeditivo en la solución de controversias, toda vez que en una o dos audiencias de conciliación las partes tendrían la posibilidad de poner fin a sus discrepancias en virtud al acuerdo al que podrían llegar; sin embargo, esta visión no fue compartida por los funcionarios públicos, ya que éstos no sólo deben asumir los riesgos que significa arribar a acuerdos respecto a bienes y fondos públicos, sino que además deben asegurarse que sus actuaciones se ciñan a los lineamientos que sobre el particular han emitido los órganos fiscalizadores, lo que deja mucho espacio a la subjetividad, con lo cual, en vez de servirles de ayuda, terminan convirtiéndose en un obstáculo para conciliar.

En efecto, «existe un grave problema en la contratación pública. Y es que, cuando se tiene al Estado como parte en un contrato de construcción, la figura de la conciliación es ineficaz e inoperante» (Freitas y Gushiken, 2016, p. 451).

Otras cifras reveladoras las encontramos en el estudio realizado por la CGR, denominado «El arbitraje en las contrataciones públicas durante el período 2003 y 2013», en donde se concluye, entre otros, que sólo el 3% de las controversias se resuelven mediante conciliación (CGR, 2015, p. 6).

Por su parte, Guzmán-Barrón y Zúñiga (2014) sostienen que:

> [...] Es de público conocimiento que el Estado nunca o casi nunca concilia por el temor que despiertan los órganos de control en los funcionarios, los cuales se ven compelidos a evitar tomar decisiones que podrían evitar arbitrajes innecesarios, pero a pesar de ello prefieren que estas mismas decisiones sean dictadas a través de laudos arbitrales tomados por los tribunales arbitrales para así evitar todo tipo de responsabilidad frente a los órganos de control [...] (p. 99).

En relación a ello, resulta válido sostener que durante años la conciliación ha tenido que lidiar con una serie de dificultades que han impedido que este interesante mecanismo de solución de controversias tenga éxito en nuestro país. Así tenemos que:

- **<u>Problema 1</u>: Temor del funcionario de conciliar porque luego sus decisiones podrían ser cuestionadas por los órganos de fiscalización.**

  El numeral 1.1 del artículo IV de la Ley n.° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que por el principio de legalidad «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».

En virtud de lo expuesto, resulta evidente que en aplicación al principio de legalidad: «toda actuación de la administración pública siempre debe estar enmarcada dentro de una norma legal autoritativa que la faculte a realizar determinada acción administrativa, pues los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que le está expresamente permitido y atribuido por las normas que regulan su competencia» (Opinión del OSCE n.° 090-2011/DTN, 2011, p. 3).

En ese sentido, los funcionarios del Estado, en cumplimiento de la función pública encomendada, son responsables de velar por el cumplimiento de la ley, pero además de salvaguardar los intereses del Estado.

Ahora bien, atendiendo a que los funcionarios públicos ciñen sus conductas a aquello que establece la normativa, resulta válido preguntarse, ¿qué criterios deben observar los funcionarios que son invitados a conciliar?, ¿existe algún tipo de lineamiento que oriente sus conductas a efectos de decidir o no arribar a un acuerdo conciliatorio con algún contratista?

Sobre el particular, se aprecia que el Decreto Legislativo n.° 1068, publicado el 28 de junio de 2008, creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado, estableciéndose en su artículo primero que la defensa del Estado estará a cargo de los procuradores públicos, quedando bajo su responsabilidad el ejercicio indebido de la defensa jurídica del Estado, tal y como lo señala el literal k) del artículo 5 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte el artículo 38 del Decreto Supremo n.° 017-2008-JUS,[10] establece cuáles son los criterios y atribuciones que deberán tener en cuenta los Procuradores Públicos cuando concilien.

Dichas facultades están determinadas en función a la cuantía de la pretensión, lo cual podemos sintetizar en la siguiente tabla:

Tabla 2.1
Facultades de los funcionarios públicos para conciliar

Facultades para conciliar	
Supuesto	**Autorización previa**
Obligación de dar suma de dinero, que no sea pago indebido, siempre que la cuantía no exceda de 5 UIT (S/ 19,750.00 soles)	Ninguna. Decisión queda a cargo únicamente del Procurador Público
Obligación de dar suma de dinero, que no sea pago indebido, siempre que la cuantía no exceda de 25 UIT (S/ 98,750.00 soles)	Secretaría General de la entidad o quien haga sus veces
Obligación de dar suma de dinero, que no sea pago indebido de sumas mayores a 25 UIT	Titular de la entidad

Fuente: Decreto Supremo n.° 017-2008-JUS

De otro lado, a través de Resolución de Contraloría n.° 177-2007-CG, vigente a la fecha, la CGR, emitió la Guía de Auditoría de Obras Públicas por Contrata, con la finalidad de establecer una suerte de orientación para aquellos funcionarios públicos que se atrevan a conciliar, tal y como podemos apreciar a continuación (Freitas y Gushiken, 2016, p. 452).

[10] Modificado por la segunda disposición complementaria de la Ley n.° 30137, publicada el 27 de diciembre de 2013.

- Se realiza la solución de la controversia de manera adecuada.

- Se resuelve la controversia en la etapa de conciliación, en buenos términos para la entidad. Si no fuera así, se recurre a un arbitraje.

- La solución de controversias no debe irrogar a la entidad mayores gastos de los previstos.

De la sola lectura de dichos «lineamientos», comparto la opinión de Freitas y Gushiken (2016), en el sentido de que los mismos poco o nada podrían ayudar al funcionario público que se atreva a conciliar, habida cuenta de que se hace referencia a criterios que son absolutamente subjetivos (p. 452).

En efecto, las frases: «de manera adecuada» y «en buenos términos» no sirven de guía a los funcionarios; ello, en virtud de que a lo que para ellos resulte «adecuado» o «en buenos términos», para el órgano de control encargado de evaluar la conducta del funcionario, puede significar todo lo contrario, con lo cual el funcionario público queda expuesto a algún tipo de sanción, lo que constituye un desincentivo para que concilie.

- **<u>Problema 2</u>: La normativa en contrataciones con el Estado no incluía un criterio costo-beneficio como lineamiento para la conciliación.**

  Durante mucho tiempo las actuaciones de los órganos de fiscalización han iniciado procesos de investigación a los funcionarios públicos o servidores del Estado por el solo hecho de tener una opinión distinta a ellos.

  Asimismo, existe un arraigado pensamiento por parte de muchos auditores del Estado, quienes consideran que si un funcio-

> nario público ha tomado una decisión que tiene algún margen de discrecionalidad, eso significa casi de manera irrefutable que el funcionario público ha favorecido de manera ilegal al contratista, lo cual no necesariamente es cierto.
>
> En la actualidad, existen un sinnúmero de funcionarios públicos que han visto en «carne propia» cómo sus decisiones han terminado siendo cuestionadas por los órganos de control interno de las entidades, porque optaron por zanjar discusiones que ocasionaban retrasos innecesarios en la ejecución de las obras públicas, producto de lo cual, en vez de que se les otorgue algún tipo de reconocimiento en virtud a los resultados conseguidos, ocurrió todo lo contrario, pues los Órganos de Control Interno les iniciaron una ola de procesos administrativos e incluso penales. En este contexto, me pregunto: ¿qué funcionario público va a querer conciliar?
>
> Sobre el particular, Guzmán-Barrón y Zúñiga (2014), citando a Gandolfo, nos presentan un dato interesante:
>
> > [...] en los últimos cuatro años la Contraloría realizó 4,000 juicios de responsabilidad de funciones contra funcionarios de los cuales sólo 904 han acabado con sentencia, y de éstos sólo noventa con sentencia favorable a la Contraloría, es decir, únicamente un 2.3% de los juicios por responsabilidad tenían un fundamento adecuado (p. 100).

Dicha cifra es alarmante y explica por qué los funcionarios públicos no quieren conciliar.

En virtud a lo expuesto, comparto la opinión de Guzmán-Barrón y Zúñiga (2014), quienes consideran que los parámetros que usa la Contraloría General de la República son más bien un sesgo, pues es irracional desperdiciar dinero y recursos en acciones sin mayor sustento, que no generan ningún beneficio y que lo que ocasionan, más bien, es

un desincentivo de un mecanismo que muy bien podría solucionar las controversias que surjan entre las partes, como es la conciliación, evitando, de esta manera, que cualquier discrepancia llegue a un arbitraje (p. 101).

Ahora bien, otro aspecto interesante a comentar es la cuarta disposición complementaria final de la Ley n.° 29622.[11] En la referida disposición se establecen una serie de criterios para el ejercicio del control ante decisiones discrecionales, como, por ejemplo, la conciliación:

> Cuarta.- Criterios para el ejercicio del control ante decisiones discrecionales:
> En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones sólo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteadas o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia.

En relación a ello, como bien menciona Alvarado (2015), cuando un funcionario público que se encuentra frente a una casuística, opta por aplicar un criterio discrecional, debe tener en cuenta lo siguiente:

- Identificar los riesgos que podrían derivarse de su decisión y los resultados que con dicha decisión va a obtener.

[11] Ley que modifica la Ley n.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

- Al momento de aplicar su criterio discrecional debe tomar en cuenta los principios de las contrataciones del Estado, sobre todo el de razonabilidad.

- Si un funcionario se encuentra ante una casuística y observa que pueden surgir diferentes interpretaciones frente a un mismo hecho concreto, debe elegir la interpretación que sobre el particular haya emitido el órgano rector; por ejemplo, el OSCE.

Los criterios contenidos en la cuarta disposición complementaria final de la Ley n.° 29622, si bien es cierto, son un avance, lamentablemente, no parece haber sido suficiente para evitar la ola de procesos judiciales como los descritos líneas arriba.

Entonces, ¿qué necesitamos para lograr que la conciliación se convierta en un mecanismo atractivo para la solución de controversias?

Al respecto, Freitas y Gushiken (2016) consideran que es necesario introducir en la normativa un criterio costo-beneficio[12] objetivo para que, de esta manera, los funcionarios puedan sentir un respaldo en la toma de su decisión (p. 453).

2.2 El arbitraje en materia de contrataciones con el Estado

El artículo 63 de la Constitución Política del Perú (vigente desde el año 1993), establece que el Estado puede someter sus controversias derivadas de la relación contractual a arbitraje nacional o internacional.

Como sabemos, el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias al que se someten las partes con la finalidad

[12] Dicho criterio ha sido definido en el Pronunciamiento del OSCE n.° 263-2010/DTN, donde se señala que el criterio costo-beneficio es un análisis basado en el principio del *value for money* (mejor resultado posible por la inversión realizada).

de que un tercero, imparcial e independiente, resuelva sus conflictos en materias de libre disposición, previa suscripción del convenio arbitral, a través del cual dejarán constancia de su voluntad de someter las controversias a arbitraje.

Tal y como ya se ha señalado anteriormente, a partir del año 1998, con la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua LCE (Ley n.° 26850), se instauró por primera vez al arbitraje como mecanismo obligatorio para la solución de controversias en aquellos contratos regulados por aquella norma.

Desde ese entonces, el arbitraje se ha convertido en el mecanismo más usado para la solución de conflictos, desplazando a la conciliación como método alternativo.

Existen diversos estudios que explican el desenvolvimiento del arbitraje en las contrataciones públicas y cuáles son los retos y desafíos que tiene que enfrentar en la actualidad.

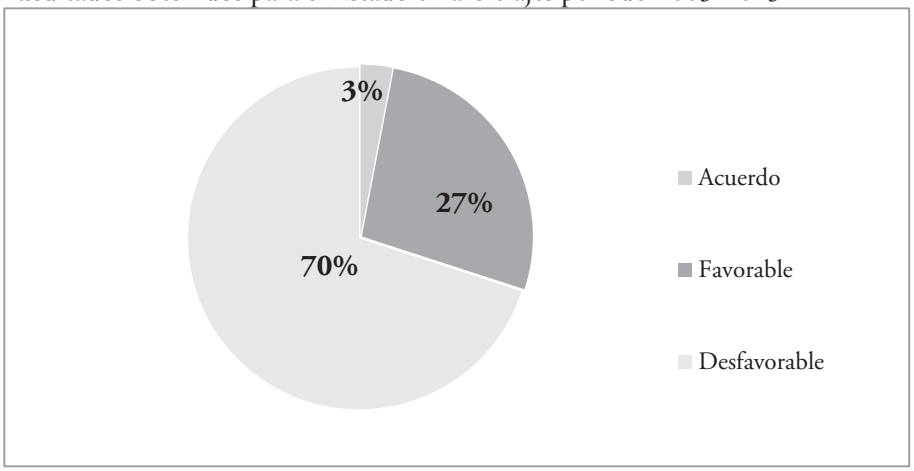
A continuación, señalaremos algunos de los problemas detectados.

- **Problema 1: El Estado pierde con frecuencia los arbitrajes**

  El Estudio realizado por la Contraloría General de la República (2015) reveló lo siguiente:

  > De la evaluación de los 2,796 laudos arbitrales emitidos para el periodo 2003-2013, el Estado ha obtenido resultados desfavorables en el 70% (1969) del total de laudos. Los resultados favorables sólo representan el 27% (758) y el 3% restante corresponde a arbitrajes concluidos bajo la forma de laudos arbitrales por conciliación u homologación de acuerdos transaccionales (p. 74).

Figura 2.1
Resultados obtenidos para el Estado en arbitrajes periodo 2003-2013



Fuente: (Contraloría General de la República, 2015, p. 74).

Evidentemente, como bien señala la CGR, las cifras que se muestran no deben ser interpretadas en el sentido de que el sistema arbitral sea el responsable de los resultados negativos para el Estado, sino que existen determinados factores que afectan la eficacia del Estado para lograr mejores tasas de éxito. Así pues, la Contraloria General de la República (2015), citando a Guerinoni, señala diversas causas que originan que el Estado sea llevado a arbitraje, entre ellas se destacan las siguientes:

> [...]
> - Deficiente gestión por parte del Estado en el seguimiento de los contratos en la etapa de ejecución contractual.
> [...]
> - Deficiente o nula coordinación interna entre las entidades, oficina logística o administrativa, dirección de asesoría jurídica y procuraduría pública para una defensa adecuada y coordinada de sus intereses (p. 75).

Como se aprecia, una inadecuada gestión del contrato durante la ejecución de la obra, ocasiona que no se adopten políticas de

gestión y prevención de riesgos durante la construcción, situación que, a la larga, termina generando pérdidas para el Estado.

- **<u>Problema 2</u>: Se señala que el arbitraje ha sido contaminado por la corrupción debido a que existen malos árbitros**

  Efectivamente, este problema ha sido materia de un sinnúmero de conferencias y ponencias que abordan este tema que, en concreto, se traduce en la falta de independencia e imparcialidad de malos árbitros, que hacen que sus decisiones favorezcan deliberadamente a una de las partes en perjuicio de la otra.

  Sobre el particular, Salazar en el seminario «Ética *versus* la corrupción en el arbitraje», llevado a cabo en la ciudad de Lima el 24 de julio del año 2016, sostuvo que en las controversias que se suscitan en las contrataciones con el Estado, hay tres tipos de actitudes en los operadores: los honestos, los dudosos y los ladrones. Ello se aprecia tanto en los proveedores del Estado, en los funcionarios y en los árbitros, siendo que estos últimos también son personas reales y en algunos casos se dejan llevar por sus intereses (Latorre, 2016).

  En el mismo evento, Cantuarias manifestó que «la designación de árbitros por el Estado es un negocio, tanto para el árbitro (que, seguramente, en el sector privado no hubiese conseguido trabajo) como para los procuradores» (Latorre, 2016).

  Por su parte, García indicó que esta falta de ética en los árbitros no sólo se da en el ámbito estatal, sino también en el privado, siendo uno de los casos de mayor corrupción que se ha conocido en los últimos años, es el «Caso Orellana», el cual se dio dentro del contexto del arbitraje institucional privado, el mismo que estuvo a cargo del Colegio de Abogados de Lima (Latorre, 2016).

Ahora bien, no pueden negarse los diferentes esfuerzos que han venido realizando importantes instituciones nacionales e internacionales, quienes han diseñado una serie de herramientas con el fin de minimizar y sancionar la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros.

En el ámbito local, tenemos que el RLCE incorpora, en su artículo 192, la obligación de los árbitros de ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje, independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales, siendo que al momento de aceptar una designación deben informar sobre cualquier circunstancia, acaecida dentro de los últimos cinco años, que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Dicha obligación se encuentra, además, en todos los reglamentos de las instituciones que administran arbitraje en nuestro país.

De otro lado, en el ámbito internacional existen las reglas de la IBA, que son un conjunto de normas que establecen ciertos lineamientos que han sido elaborados producto de la práctica internacional, que permiten a las partes identificar qué situaciones podrían dar lugar a un potencial conflicto de intereses y cuáles otras no.

Sin embargo, todo parece indicar que, lamentablemente, dichos esfuerzos aún no han sido suficientes para devolver la confianza al arbitraje; es por ello que diferentes autores consideran que éste es un tema del que se debe seguir conversando para plantear reformas urgentes.

- **<u>Problema 3</u>: Hay poca transparencia en el arbitraje debido a que la mayoría son de tipo *ad-hoc:***

El estudio desarrollado por el CARC-PUCP señala que el arbitraje administrativo tiene rasgos particulares; ello, en virtud a

que se discuten controversias referidas a bienes y fondos públicos, razón por la cual a este tipo de arbitraje se le debe dar un tratamiento especial, en donde se privilegie la transparencia de las actuaciones (Guzmán-Barrón y Zúñiga, 2014, p. 91).

El problema consiste, según explica el estudio del CARC-PUCP, en que «el panorama actual no permite la efectiva aplicación del precitado principio de transparencia, toda vez que el 71.8% de arbitrajes en materia de contratación pública, son de tipo *ad-hoc*», razón por la cual concluyen en que se debería privilegiar el arbitraje institucional, ya que éste cuenta con las siguientes ventajas (Guzmán-Barrón y Zúñiga, 2014, p. 90):

- Un reglamento que regula el proceso arbitral, con reglas preestablecidas que otorga a las partes seguridad jurídica.

- Un tarifario de honorarios y gastos arbitrales que permite evitar que los árbitros fijen sus honorarios de manera arbitraria.

- Un conjunto de normas éticas que deberán observar los árbitros.

- Una lista o registro de árbitros previamente seleccionados por la institución arbitral.

- Una organización y estructura adecuada para el oportuno y eficiente desarrollo del proceso arbitral.

- Un domicilio conocido con un horario de atención predeterminado, entre otros.

Capítulo III: Las Juntas de Resolución de Disputas (*Dispute Boards*) en el ámbito internacional

3.1 Definición

Las JRD, conocidas internacionalmente como *Dispute Boards* (DB) o panel de expertos, es un mecanismo de solución de controversias que viene siendo usado por diferentes países en la solución de discrepancias que se suscitan durante la ejecución de un contrato de construcción, ya sea en el ámbito privado o público.

Este mecanismo consiste en la conformación de un órgano consultivo desde el inicio de la obra (esto es lo más recomendable) o cuando surja la controversia, que estará integrado por uno o mas expertos independientes (el número de miembros dependerá del acuerdo al que arriben las partes o de la opción legislativa de cada país, según corresponda), a los que se les denominará adjudicadores, quienes ante una controversia que sea sometida a su consideración emitirán su veredicto, el mismo que, dependiendo del tipo de DB que se elija, podrá ser simplemente una recomendación para las partes o una decisión de obligatorio cumplimiento.

En esa misma línea, Figueroa (2010) sostiene que:

> Los *dispute boards* o paneles técnicos de expertos son órganos establecidos para solucionar disputas contractuales tan pronto ellas se producen. Ellos usualmente se constituyen tanto pronto se firma el contrato, y están formados, generalmente, por uno o tres miembros familiarizados con las partes, el contrato y su ejecución (p. 2).

Por su parte, Quintanilla (2006) manifiesta que:

> El DB es un mecanismo de solución de controversias en el sitio, formado por 1 ó 3 personas independientes e imparciales, designadas por las partes contratantes al inicio del contrato. Los miembros de los *dispute board* realizan visitas periódicas al sitio, revisan permanentemente la documentación relativa al proyecto y se involucran activamente en el mismo, asistiendo a las partes o bien, emitiendo sus recomendaciones o decisiones en las controversias que las partes le presentan (p. 5).

En el ámbito nacional, autores como Benavente y Sotelo (2014), citando a Paredes, señalan que las JRD:

> [...] vienen a ser unos entes colegiados, integrados por expertos que: «[…] resuelven reclamos en plena ejecución de una obra y cuya decisión se torna obligatoria y final para las partes, en tanto decidan no recurrir al arbitraje, en cuyo caso se convierte en una condición de arbitrabilidad […]. (p. 1).

3.2 Clases de *dispute boards*

Autores como Freitas y Gushiken (2016) señalan que, en el ámbito internacional, atendiendo a la clasificación que establece la ICC, los DB pueden ser clasificados en función a dos criterios (pp. 149-158).

3.2.1 En torno a la decisión de los adjudicadores

- **Junta de Revisión de Disputas.** Conocida también como *Dispute Review Board* (DRB). Esta Junta se caracteriza porque las decisiones que emite son únicamente recomendaciones, con lo cual sus efectos no son ni obligatorios, ni vinculantes.

- **Junta Decisoria de Disputas.** También conocida como *Dispute Adjudication Board* (DAB). En este caso, las decisiones que emite

la Junta sí son obligatorias, por lo que la decisión debe ser cumplida desde que es notificada a las partes.

- **Junta Mixta de Disputas.** Conocida también como *Combined Dispute Board* (CDB). Aquí, habrá situaciones en donde las decisiones que emita la Junta serán únicamente recomendaciones, y en otros casos se emitirán decisiones obligatorias.

3.2.2 En torno al método de actuación de los adjudicadores

- **Juntas Institucionales (permanentes).** Conocidas también como *Dispute Board Institucional* (DBI). Este tipo de Juntas se caracterizan porque se implementan desde el inicio del contrato, siendo el caso que sus miembros tienen la obligación de visitar la obra de forma periódica y permanente,[13] a fin de familiarizarse con su ejecución y, de esta manera, identificar de forma temprana las posibles controversias, con lo cual los miembros se encuentran en una excelente posición para resolver las controversias de forma rápida, dada la familiarización que tienen con la ejecución de la obra. Normalmente, son administrados por un centro institucional.

- **Juntas *Ad-Hoc.*** También conocidas como *Dispute Board Ad-Hoc* (DBAH). Estas Juntas, a diferencia de las Juntas permanentes, se constituyen cada vez que existe una controversia entre las partes.

3.3 Orígenes

Al respecto, Paredes (2009) señala que, en el año 1972, el Comité Nacional de Tecnología en Tunelería de los Estados Unidos de América realizó un estudio para el desarrollo de prácticas contractuales, poniendo

[13] Lo que resulta más oneroso para las partes.

un especial énfasis en la resolución de disputas. Como consecuencia de ello, en el año de 1974 se publicó *Better Contracting for Underground Construction*. Producto de dicho estudio, en el año de 1975, se incorporó en el contrato para la construcción del Túnel Eisenhower (Colorado-EE.UU.), como mecanismo de solución de disputas, cuyos resultados fueron muy exitosos, lo que ocasionó que luego se expandiera con entusiasmo en todos los Estados Unidos (p. 6).

Paralelamente, la Fidic[14] empezó a publicar diversos modelos de contratos que fueron muy populares en las contrataciones internacionales, en los cuales se otorgaba un elevado poder al ingeniero de la obra, quien actuando como «gerente de obra», era el encargado de decidir respecto a las controversias que surgían entre las partes (propietario y contratista). Sin embargo, al ser un agente del propietario de la obra, sus decisiones no eran consideradas imparciales por los contratistas, por lo que, frecuentemente, las decisiones eran sometidas a arbitraje (Hurtado, 2015, p. 206).

Posteriormente, en el año de 1980, se incorporó por primera vez en Latinoamérica, la figura del DB para la construcción de la Represa y Central Hidroeléctrica «El Cajón», en Honduras, considerado un mega proyecto, el cual fue financiado parcialmente con fondos del Banco Mundial (Paredes, 2009, p. 206).

Luego de ello, en el año de 1990 «[...] el Banco Mundial publicó normas para la Adquisición de Obras basado en un "Contrato Fidic", pero con la posibilidad de recurrir a los *dispute boards*» (Hurtado, 2015, p. 206).

Asimismo, Hurtado (2015) señala que

> [...] en 1995, la Fidic incorporó, en forma estándar en sus modelos de contratos de diseño y ejecución de obras, la posibilidad

[14] Federación Internacional de Ingenieros Consultores.

> de recurrir a los *dispute boards*, en cuyo supuesto le retiraba al ingeniero la facultad de decidir sobre las controversias en obra; y, para el año 1999 estableció en sus contratos modelo, a los *dispute boards* como principal medio de resolución de conflictos, el cual fue tomado como guía en las Normas para Adquisiciones de Obras del año 2000 del Banco Mundial (p. 206).

Por su parte, Escobar (2014), citando a Figueroa señala que para el año 2007, aproximadamente, 1,350 proyectos en el mundo ya habían utilizado al DB como mecanismo de solución de disputas, con un valor aproximado de US$ 140 billones de dólares (p. 14).

Asimismo, resultan interesantes los ejemplos de casos exitosos de DB que destaca Paredes, conforme a lo siguiente:

> A manera de ejemplo, citaremos que, durante la ejecución del EUROCHANNEL (quince mil millones de dólares) se presentaron veinte (20) reclamos resueltos por su DB. De estos veinte (20) reclamos, surgieron sólo cuatro (4) disputas que fueron sometidas a arbitraje, de las cuales dos (2) fueron transigidas antes de emitirse el laudo arbitral. En la ejecución de la ARTERIA CENTRAL Y TÚNEL DE BOSTON (siete mil millones de dólares) se suscribieron un total de ciento cuarenta y siete (147) contratos, de los cuales cuarenta y siete (47) tuvieron un DB como mecanismo para la solución de controversias. Durante su ejecución, se presentaron tan sólo quince (15) reclamos al DB y ninguno de ellos fue sometido, finalmente, a arbitraje. En la construcción del AEROPUERTO INTERNACIONAL DE HONG KONG (quince billones de dólares) se presentaron seis (6) reclamos al DB y sólo una (1) disputa fue sometida a arbitraje, confirmando el pronunciamiento de éste; lo mismo ocurrió durante la ejecución de la REPRESA DE KATSE (dos y medio billones de dólares), en donde se presentaron doce (12) reclamos al DB. En el caso de la construcción de la CENTRAL HIDROELÉCTRICA ERTAN (dos billones de dólares), se tuvo cuarenta (40) reclamos presentados al DB y ninguna disputa sometida a arbitraje. Finalmente, tanto en la construcción de la OBRA FERROVIARIA DE DOCKLANDS (quinientos millones de dólares) como

> en la planta privada turbogeneradora de gas de saltends (doscientos millones de dólares) los DB funcionaron como un método consultivo eficiente que eliminó, incluso, la aparición de reclamos y consiguientes disputas a arbitrar (p. 2).

Según cifras estadísticas publicadas por la *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) en su página web, se ha registrado que

> [...] del 98% de las decisiones de los *dispute boards* son cumplidas por las partes y no sometidas a arbitraje y sólo 2% se sometió a arbitraje siendo que, de este porcentaje sólo 1% fueron revocadas por el tribunal arbitral correspondiente. (Hurtado, 2015, p. 210).

En esa línea podemos afirmar que muchas de las inversiones que se han realizado en el mundo incorporando al DB como mecanismo de solución de controversias, han tenido resultados exitosos.

3.4 Organizaciones que fomentan su uso

A continuación, presentaré un breve alcance sobre cómo diversos organismos internacionales de mucho prestigio fomentan el uso de los DB como mecanismo de solución de controversias.

3.4.1 Cámara de Comercio Internacional (ICC)

La Cámara de Comercio Internacional es una organización empresarial mundial, fundada en París en el año 1919 y en la actualidad agrupa a empresas miembros, cámaras de comercio y asociaciones empresariales procedentes de más de 130 países. Tiene como objetivo fomentar la apertura del comercio y de la inversión a nivel internacional (ICC-Spain).

Debido a su fuerza representativa, la ICC es considerada como una entidad consultiva de primer orden por las Naciones Unidas; asimismo, mantiene una estrecha relación con otras organizaciones internacionales, tales como la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial (ICC-Spain).

Dentro de los servicios que brinda la ICC se encuentran los servicios de solución de controversias en materia de *dispute boards*, contando incluso con su propio reglamento, cuya primera versión entró en vigencia en el año 2004 y la última se encuentra vigente desde el 1 de octubre de 2015 (Figueroa, 2010, p. 6).

El vigente reglamento de DB de la ICC ofrece un esquema detallado sobre el procedimiento a seguir para solucionar controversias mediante un DB; asimismo, ha elaborado tres tipos de cláusulas modelo para incorporar a un DB en función a la clase de DB que elijan las partes, ya sea un DRB (emite sólo recomendaciones), DAB (emite decisiones vinculantes) o CDB (emite recomendaciones y decisiones) (ICC).

El precitado reglamento consta de treinticinco artículos y regula los aspectos claves para la puesta en marcha de un DB, tales como: a. Tipos de DB que pueden emplear las partes. b. Nombramiento de los miembros. c. La obligación de cooperar que deberán asumir las partes, d. Funcionamiento del DB. e. Los servicios que brindará el DB. f. El procedimiento a seguir para someter una controversia al DB. g. Aspectos referidos a las recomendaciones o decisiones que emitirá el DB a las partes. h. La forma cómo se remunerará al DB por sus servicios, entre otros (ICC).

Evidentemente, el hecho de que una organización tan importante como la ICC haya elaborado un reglamento en materia de DB y cuente, incluso, con un centro de resolución de controversias para DB, de-

muestra la relevancia de este mecanismo en la solución de controversias (Cairns y Madalena, 2006, p. 4).

3.4.2 Fidic

La Fidic es la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, cuya secretaría se encuentra en Ginebra (Suiza), fue fundada en 1913 y sus miembros son asociaciones nacionales de ingenieros consultores. Actualmente, los miembros de la Fidic cubren noventisiete países del mundo, incluyendo Perú (Fidic).

Esta organización tiene dentro de sus objetivos publicar modelos de contratos para el sector construcción y promover su uso a nivel internacional con el propósito de contribuir a que la ejecución de proyectos se realice de manera exitosa en términos de tiempo, plazo y calidad, en los que participen ingenieros consultores, así como también con una cuidadosa asignación de riesgos entre las partes (Paredes y Gray, 2015, p. 13).

El principio básico de los formatos elaborados por Fidic: «es que los riesgos sean asumidos por aquella parte que se encuentre en la mejor condición para controlar y/o evitar aquellos riesgos al menor costo [...]» (Paredes y Gray, 2015, p. 27).

Dichos autores, explican, además, que los modelos de contratos que publica la Fidic, se realizan por colores. Así, el primer modelo de contrato publicado por esta organización en 1957, fue el «Libro Rojo» (*Red Book*), referido a «Condiciones de contrato para obras de construcción de ingeniería civil» (traducido al español). Posteriormente, la Fidic elaboró el «Libro Amarillo» (*Yellow Blook*) referido a las «Condiciones de contrato para obras eléctricas y mecánicas». Luego, en el año de 1990, publicó el «Libro Naranja» (*Orange Book*), referido a «Condiciones del contrato para el diseño-edificación», entre otros; no obstante ello, es el Libro Rojo el que más se usa en el campo de la construcción. Cabe señalar que dichos contratos han ido mejorándose con el paso del tiem-

po a través de enmiendas y publicándose en diferentes versiones; pero, siempre manteniendo el mismo color (Paredes y Gray, 2015, p. 28).

Por su parte, Hurtado (2015) indica que en los referidos modelos de contratos:

> Se otorgaba un elevado poder al ingeniero de la obra, quien actuando como «gerente de obra», decidía respecto a las controversias que surgían entre las partes. Sin embargo, al ser un agente del contratante de la obra, sus decisiones no eran consideradas imparciales por los contratistas, por lo que, frecuentemente, las decisiones eran sometidas a arbitraje (p. 206).

Posteriormente, en el año de 1995 la Fidic incorporó por primera vez el concepto de DB en sus contratos referidos a proyectos de diseño y obras de infraestructura (Libro Naranja). Luego, en el año de 1996 se extendió al Libro Rojo y en el año 1997 al Libro Amarillo. El tipo de DB que se incorporó fue el de DAB, de manera que las decisiones que emitían los miembros de la Junta eran obligatorias para las partes, salvo que la decisión fuese revisada por las partes, de común acuerdo, o sometida a arbitraje por una de ellas (Figueroa, 2010, p. 5).

Desde entonces la Fidic viene promoviendo el uso de los DABs como mecanismo de solución de controversias en sus contratos, como el principal medio de resolución de conflictos, a nivel internacional, el cual, incluso, ha sido tomado como modelo por el Banco Mundial en las Normas para Adquisiciones de Obras del año 2000 (Hurtado, 2015, pp. 206-207).

No obstante ello, Hurtado (2015) señala, además, que:

> Los DB han ido armonizándose a lo largo de los años, así se emitió una edición concordada entre el Banco Mundial y la Federación Internacional de Ingenieros Consultores en el año 2005 que ha sido recogida por la mayoría de los Bancos Multila-

terales de Desarrollo, siendo que, en el año 2008, Fidic público el «Libro Dorado», «Condiciones de contratación para el diseño, construcción y operación», que estableció la vigente condición de los *Dispute Boards* (pp. 206-207).

3.4.3 Banco Mundial

Es una asociación internacional que desde el año de 1944 ha financiado más de 12,000 proyectos de desarrollo a través de préstamos tradicionales, créditos sin interés y donaciones. Está integrada por 189 países miembros, cuenta con cinco instituciones,[15] y tiene como misión reducir la pobreza y generar prosperidad compartida en los países en desarrollo. Asimismo, es una de las fuentes más importantes de financiamiento en el mundo (Banco Mundial).

Dentro de los trabajos realizados, el Banco Mundial (BM) publicó en 1995, una edición revisada del modelo de contrato empleado para la realización de cualquier obra civil importante que financie el BM, cuyo uso es obligatorio. Producto de esa revisión, el BM realizó una modificación a dicho contrato, incorporando el uso obligatorio del DRB de tres miembros, como mecanismo de solución de controversias, siempre que el monto del contrato sea igual o mayor a US$ 50 millones, pero si el monto del contrato era inferior a dicho valor, las partes podían utilizar un DRB de uno o tres integrantes; no obstante ello, en mayo del año 2000, producto de una nueva revisión a dicho modelo de contrato, el BM estableció que las recomendaciones que emitiera el DRB, pasarían a ser obligatorias, con la posibilidad de que dicha decisión podría ser revisada en sede arbitral (Figueroa, 2010, p. 5).

---

[15] El Banco Mundial está conformado por las siguientes instituciones: BIRF (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento), AIF (Asociación Internacional de Fomento), IFC (Corporación Financiera Internacional), MIGA (Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones) y el Ciadi (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones).

Asimismo, Figueroa manifiesta que la versión que, actualmente, se encuentra vigente de los DRB fue publicada en mayo del 2005, siendo uno de los cambios más importantes el reemplazo del término DRB por DB, así como la eliminación del uso obligatorio de tres miembros para aquellos contratos a partir de US$ 50 millones de dólares, dejando a discreción de las partes la determinación del número de integrantes por el que estaría conformado el DB al que someterían sus controversias (Figueroa, 2010, p. 5).

3.5 Experiencia de *Dispute Boards* (JRD) en Latinoamérica

En el presente acápite presentaré la experiencia de algunos países de Latinoamérica en materia de DB, a fin de profundizar el estudio sobre este mecanismo.

3.5.1 El Salvador

La experiencia de este país en materia de *dispute boards* fue a raíz del proyecto Fomilenio. En efecto, en noviembre del 2006, la Corporación del Reto del Milenio de los Estados Unidos de América (MMC, por sus siglas en inglés) donó al país de El Salvador la suma de US$ 460 millones no reembolsables, monto al que se le sumó la contribución del gobierno de dicho país, ascendente a US$ 577 millones, dinero que en su conjunto estuvo destinado a realizar diferentes inversiones en la zona norte de (Adepro, 2012, p. 6).

El objetivo de dicha donación fue que, en un lapso de cinco años, El Salvador realizara una serie de obras sociales y de infraestructura, las cuales tenían como objetivo reducir la pobreza en noventicuatro municipios de la zona norte de ese país. Con tal propósito, se realizaron una serie de trabajos de conectividad vial, consistentes en la construcción de la carretera longitudinal del norte, vía de 223 kilómetros que constaba de dos carriles y tres puentes (CB24, 2014).

Al respecto, Peñate (2014) manifiesta que, para la construcción de dicha carretera, el Estado de El Salvador suscribió trece contratos con diversas empresas nacionales e internacionales. Cada contrato oscilaba en alrededor de 15 y 20 millones de dólares (p. 96).

Los contratos empleados correspondían a los formatos utilizados por la Fidic, de manera que, en virtud de dichos modelos, se incorporó a los *dispute boards* como mecanismo de solución de controversias. El tipo de DB utilizado era el *ad-hoc*, puesto que las mesas de solución de disputas se instalaban una vez que surgía la controversia, de manera que el o los adjudicadores, no podían acompañar a la obra desde el inicio de la misma, sino se constituían una vez que surgía la controversia.[16]

En esa línea, Peñate (2014) sostiene que en el caso del Fomilenio, la celeridad que caracteriza a los *dispute boards* no fue palpable, puesto que:

> Al no ser designados desde el inicio del contrato los miembros de Mesa, éstos debían en muchos casos, sustituir esa captura directa de información y apercibimiento a la obra, por una dilatada reconstrucción de hechos, por medio de documentos y testimonios del personal de la obra, supervisores y las partes (p. 91).

No obstante ello, el citado autor considera que los DB implementados para el proyecto Fomilenio dejaron un saldo positivo para El Salvador, en principio. porque si bien es cierto la celeridad en la solución de controversias no fue la ideal, ésta se puede apreciar si se compara con el tiempo que hubiese tomado resolver las mismas controversias en un arbitraje.

De igual manera, indica que, de los trece contratos suscritos, en once hubo reclamos, por lo que se integró doce mesas, todas consti-

[16] *Ibidem*, p. 96

tuidas desde el momento en que se presentó el reclamo, siendo que el 60% de esas Mesas estaban conformadas por un solo adjudicador (controversias sobre interpretación contractual y, en menor medida, por el factor costo). Además, manifiesta que, de las decisiones emitidas por los DB, ocho de ellas fueron aceptadas rápidamente sin recurrir al arbitraje y sólo se sometió a arbitraje las cuatro restantes, cuyo resultado fue favorable, puesto que los árbitros confirmaron mayoritariamente las decisiones de los DB (Peñate, 2014, pp. 96-97).

Asimismo, se debe indicar que, de la revisión efectuada en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (Lacap) de El Salvador, y su reglamento, aprobado mediante Decreto n.° 98, ese país no ha regulado la figura del *dispute board* como mecanismo de solución de controversias en el ámbito de las contrataciones del Estado, por lo que la experiencia del mismo, respecto a los DB, se basa en la regulación que establecen los modelos de contrato Fidic.

3.5.2 Honduras

Como ya hemos adelantado, Honduras fue el primer país de Latinoamérica en utilizar el DB como mecanismo de solución de controversias en la construcción de la Represa y Central Hidroeléctrica «El Cajón».

En relación al éxito de este mecanismo, en el citado caso, Wöss (2016), sostiene que:

> En septiembre del 1999 más de 400 proyectos se han terminado o están siendo construidos utilizando un PAD.[17] Casi 1,000 controversias han sido objeto de decisiones tomadas por un PAD, pero sólo en pocas ocasiones (catorce, aproximadamente) una decisión de esta naturaleza ha sido referida a un arbitraje o a

[17] Se refiere a «Panel de Adjudicación de Desavenencias», otro de los nombres con los que se le conoce a los *dispute boards*.

> un tribunal. No existe reporte alguno en que un tribunal arbitral haya revertido la decisión de un PAD (p. 13).

En torno a la regulación de esta figura en el ámbito de las contrataciones con el Estado, Honduras al igual que Perú es uno de los pocos países de Latinoamérica que han decidido incorporar a los DB como mecanismo de solución de controversias en el ámbito de las contrataciones con el Estado (Hernández, 2014).

En efecto, en el portal de la Oficina Normativa de Contratación y Adquisiciones del Estado (Oncae) de Honduras, se encuentra publicada la Ley de Contrataciones del Estado[18] y su reglamento,[19] vigentes a la fecha.

De la revisión de la precitada ley se aprecia que el artículo 3-A, incluye la figura del DB, bajo la denominación de «Mesas de Resolución de Disputas», conforme se aprecia a continuación:

> Artículo 3-A.- *Mesas de Resolución de Disputas*. En 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 modelos creados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (Fidic). Las mesas pueden emitir recomendaciones o resoluciones vinculantes.

De la lectura de ese artículo se desprende que Honduras no ha limitado la aplicación de las Mesas de Resolución de Disputas a un tipo de

[18] Publicada en junio del 2001, que incluye revisiones a diciembre del año 2016.
[19] Publicado en mayo del 2002, que incluye revisiones a diciembre del año 2015.

contrato en específico, a diferencia de Perú, quien, por ejemplo, limita el uso de los DB a los contratos de obra únicamente.

Asimismo, ha optado por no regular el marco normativo de su DB, para lo cual ha establecido que su aplicación será conforme a lo establecido en el reglamento de la CCI, institución que goza de mucho prestigio a nivel internacional.

Tampoco ha establecido cuál es la clase de DB que podrán usar las partes para solucionar sus controversias, ya sea un DRB, DAB o un CBD, por lo que se entiende que esa decisión quedará a discreción del acuerdo al que arriben las partes.

No obstante ello, lo que sí se ha establecido es que para poder acceder a la Mesa de Resolución de Disputas, se deberá tener en consideración un monto mínimo del contrato, el cual, según refiere la ley, será definido en su reglamento.

Sin embargo, de la lectura del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no se ha encontrado ninguna referencia sobre el particular, ni tampoco ninguna regulación en torno a las Mesas de Resolución de Disputas, lo cual resulta desconcertante.

3.5.3 Ecuador

No se ha identificado en la normativa interna de Ecuador la regulación de los *dispute boards* como mecanismo de solución de controversias, prueba de ello es que ni en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de Ecuador, ni en su reglamento[20] se hace alguna referencia a este mecanismo.

[20] Documentos a los cuales se puede acceder en el Portal del Sercop: Servicio Nacional de Contratación Pública de Ecuador: www.sercop.gob.ec.

En esa misma línea, Escobar (2014) señala que el DB es un mecanismo alternativo para la solución de controversias que no se encuentra previsto en la legislación procesal ecuatoriana, de manera que su regulación no está definida, ni desarrollada (p. 49); sin embargo, considera que dadas las ventajas de este mecanismo, «[...] se requiere contar con disposiciones legales específicas que regulen ciertos temas del manejo de la DB en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [...]» (Escobar, 2014, p. 45).

No obstante ello, en el año 2009 la figura del DB fue incorporada como mecanismo de solución de controversias en uno de los contratos más importantes de Ecuador de los últimos diez años, cuyo objeto estaba destinado al diseño y construcción de la central Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair.

El referido contrato no se celebró al amparo de lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de Ecuador, sino que fue suscrito cuando la actual empresa pública (Coca Codo Sinclair) era una sociedad anónima, que convocó a una licitación internacional para la ejecución del referido proyecto hidroeléctrico, para lo cual se requería financiamiento internacional, el cual fue obtenido del Eximbank de China; particularidades que hicieron que el contenido no sea como los que realiza el sector público comúnmente, sino que se reguló bajo normas y prácticas internacionales aplicables para este tipo de contrato, incluyendo así al DB bajo la modalidad de Junta Combinada de Disputas (Escobar, 2014, p. 50).

Como consecuencia de lo anterior, Coca Codo Sinclair suscribió un contrato[21] con la empresa estatal China Sinohydro Corporation, para que esta última sea la encargada del diseño, provisionamiento de equipos y materiales, construcción de obras civiles, montaje de equipos y puesta en marcha de la gran central hidroeléctrica Coca Codo, que

[21] Modalidad llave en mano.

dotaría al país de 1500mw, equivalente al 36% de energía que consumen los ecuatorianos.

Dentro de los objetivos del proyecto está en convertirse en una central con mayor capacidad de generación que aportará al sistema nacional interconectado 8.631 gigavatios de energía al año, con lo cual se espera cubrir la demanda de potencia y energía nacional en los próximos cincuenta años, lo que incluye su capacidad de exportación, que convertiría a Ecuador en una potencia de energía eléctrica renovable, beneficiando no sólo a la población de ese país, sino también al medio ambiente, puesto que se sustituirá la fuente de energía del petróleo a la fuerza hidroeléctrica, siendo este proyecto motivo de gran cobertura dentro de la prensa de Ecuador (Quitarohd, 2015).

El referido contrato contempla (cláusulas 30.1 y 30.2) que cualquier disputa, controversia o reclamo que se derive de dicho contrato o guarde relación con él, deberá intentar ser resuelta mediante negociación directa entre las partes; sin embargo, si esta etapa no tiene éxito podrán someter sus desavenencias a la Junta Combinada de Disputas, la cual se regulará conforme a lo establecido en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (Escobar, 2014, pp. 51-52).

Otro de los aspectos que resulta relevante comentar con relación al contrato, es que las partes acordaron que la Junta Combinada de Disputas estará integrada por tres miembros, estableciéndose que el presidente sería un abogado con experiencia internacional, con experiencia en ejecución de obras de gran escala y con conocimiento de normas legales vigentes en Ecuador, con dominio del castellano. Adicionalmente, las partes convinieron que los miembros de la JCD debían ser de nacionalidad distinta a la ecuatoriana y china, a fin de promover la imparcialidad de éstos, siendo que la nacionalidad que tuvieron los miembros designados fue colombiana, italiana, alemana, chilena y española (Escobar, 2014, pp. 55-56).

Asimismo, se estableció que las partes podían resolver el contrato de cualquiera de los miembros sin expresión de causa y que, una vez emitida la decisión de la JCD, ésta podía ser sometida a arbitraje internacional. De otro lado, se indicó que las visitas de la JCD a la obra, debían realizarse, cuando menos, tres veces al año (Escobar, 2014, p. 56).

3.5.4 Chile

Chile cuenta con un marco normativo que regula el uso de los DB como mecanismo de solución de controversias en los contratos de construcción de concesiones de obras públicas (Figueroa, 2010, p. 130). Dicho marco normativo se encuentra contemplado en la Ley n.° 20.410, publicada por el congreso chileno el día 20 de febrero de 2010.

En efecto, con la promulgación de la Ley n.° 20.410, el congreso de ese país modificó la Ley de Concesiones de Obras Pública e introdujo en el artículo 36 la figura del panel técnico:

> Artículo 36.- 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 énfasis es agregado).

Del texto de la precitada norma se aprecia que para el caso chileno no se ha establecido un monto mínimo para acceder al panel técnico como mecanismo de solución de controversias, a diferencia de otras legislaciones como, por ejemplo, la peruana.

De otro lado, el artículo 36 establece, además, que las decisiones del panel técnico se manifestarán a través de «recomendaciones» para las partes, con lo cual podemos apreciar que la modalidad de este DB es de un *Dispute Review Boards*. En esa línea, Juan Figueroa sostiene que las recomendaciones que emitan los paneles técnicos ante una con-

troversia, no tendrán carácter obligatorio para las partes, por lo que las mismas podrán ser sometidas a arbitraje (Figueroa, 2010, p. 135).

En relación a la composición del panel técnico, el artículo 36 de la Ley n.° 20.410 establece que el mismo estará integrado por cinco profesionales, de los cuales dos serán abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras, siendo que dichos profesionales no podrán estar, ni haber estado relacionados con las empresas concesionarias de obras públicas ni con el Ministerio de Obras Públicas o servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones en los doce meses previos a su designación.

Esta restricción vinculada a los impedimentos para integrar un panel de expertos resulta bastante rigurosa, puesto que reduce la lista de profesionales que podrían integrar un panel. En todo caso, quizás, hubiese sido conveniente que la incompatibilidad se circunscriba a no haber tenido, durante los doce meses previos a su designación, algún tipo de relación únicamente con la empresa concesionaria que someterá sus controversias al panel de expertos y con el Ministerio de Obras Públicas.

Otro aspecto que llama la atención, está referido a cómo se designará a los miembros del panel técnico, a diferencia de otras legislaciones en donde la designación la realizan las partes o el centro que administrará el DB. Para el caso chileno, lo realiza el Consejo de Alta Dirección Pública, a través de concurso público, quien evaluará la idoneidad de los profesionales elegidos y la ausencia de inhabilitación e incompatibilidades que les afecten, tal y como reza el artículo 36.

Asimismo, el artículo 36 señala que los honorarios de los paneles técnicos serán compartidos en partes iguales entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas; sin embargo, los gastos que demanden la administración y funcionamiento del panel estarán a cargo de este último.

De otro lado, el artículo 36 establece que el panel técnico podrá pronunciarse sobre discrepancias relacionadas con:

1. La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión.

2. La determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción.

3. La definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 y 28 *ter*.

4. La determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales.

5. La determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y desde factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley y que requiera de esos cálculos.

6. Las demás discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato y que, de común acuerdo, sometan a su consideración, así como las demás que indique la ley.

En esa línea, concuerdo con la opinión de Figueroa (2010), quien sostiene que el establecimiento por ley de DB en los contratos de concesiones de obras públicas, a partir de la experiencia de Chile, es una clara demostración de que pueden perfectamente coexistir los DB con los contratos administrativos (p. 139).

Capítulo IV: Diferencias entre la JRD y otros medios de solución de controversias en materia de contrataciones con el Estado

El presente capítulo tiene como propósito determinar las principales diferencias que existen entre las JRD y los otros medios de solución de controversias regulados en la normativa de contrataciones.

4.1 La conciliación *versus* la JRD

En esta sección analizaremos las diferencias respecto a la nomenclatura, tipo de mecanismo de solución de controversias, oportunidad en la que se activa el mecanismo, lugar donde se ejercen funciones, mérito ejecutivo de los documentos que pongan fin a la controversia, obligatoriedad de las decisiones.

4.1.1 Nomenclatura básica

Con la finalidad de explicar las diferencias entre la conciliación y la JRD, en lo que corresponde a la nomenclatura se propone la siguiente tabla:

Tabla 4.1
Diferencias entre la nomenclatura usada en la conciliación *versus* la JRD

	Conciliación	**JRD**
Persona que asiste a las partes o resuelve la controversia	Conciliador (asiste a las partes)	Adjudicador(es) (Resuelve controversia)

Nombre de la cláusula de solución de controversias	Cláusula de conciliación extrajudicial	Acuerdo de someter controversias a cargo de una JRD
Nombre del documento con el cual se resuelve la controversia	Acta de conciliación	Decisión
Centro que administra el mecanismo de solución de controversias	Centro de conciliación	Centro de administración de JRD

Fuente: Elaboración propia.

4.1.2 Tipo de mecanismo de solución de controversias

La conciliación es un mecanismo autocompositivo de solución de controversias, mediante el cual las partes acuden a un centro de conciliación extrajudicial, debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia, a fin de que un tercero imparcial, denominado conciliador, asista a las partes en la búsqueda de una solución a sus conflictos. El conciliador facilita la comunicación entre las partes, para que sean éstas quienes arriben a un acuerdo que satisfaga sus intereses, mientras que la JRD es un mecanismo heterocompositivo de solución de disputas, a través del cual las partes acuerdan someter sus controversias a un panel de expertos, conformado por uno o tres adjudicadores, según sea el caso, para que sean él o ellos quienes resuelvan la disputa.

Como se puede apreciar, en el caso de la conciliación, quienes resuelven sus controversias son las propias partes (mecanismo autocompositivo), mientras que en el caso de las JRD, son los adjudicadores (terceros independientes e imparciales) quienes resolverán las desavenencias que surjan entre las partes (mecanismo heterocompositivo).

4.1.3 Oportunidad en la que se activa el mecanismo de solución de controversias

En el caso de la conciliación, este mecanismo se activa después de que surge la controversia y culmina con la emisión del acta de conciliación que suscriban las partes, en caso logren arribar a un acuerdo, de manera que podrá haber tantas conciliaciones como controversias existan. No ocurre lo mismo con la JRD, ya que, conforme a lo establecido en nuestra legislación,[22] éste es un órgano que actúa de forma permanente desde el inicio de la obra hasta la recepción de la misma, razón por la cual la JRD iniciará sus funciones, inclusive antes de que pueda surgir una controversia entre las partes.

En ese sentido, la oportunidad en la que se activará una conciliación será después de que surja la controversia, mientras que la JRD se activará desde el inicio de la obra, haya o no surgido alguna disputa entre las partes.

Expresado de otro modo, en la conciliación el esquema de solución de controversias se inicia independientemente del calendario de obra, con el nacimiento del conflicto y concluirá con el acuerdo entre las partes sobre la resolución o no del conflicto. En cambio, en la JRD el enfoque es más integral, al tener una doble función, la de prevención y resolución de controversias (Freitas y Gushiken, 2016, p. 173).

4.1.4 Lugar donde se ejercen funciones

Cuando las partes desean resolver sus controversias con la asistencia de un conciliador, deben recurrir a un centro de conciliación, debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia, mientras que para el caso de las JRD, éstas pueden realizar sus funciones en el lugar de la obra o en el lugar donde acuerden las partes y los miembros de la JRD.

---

[22] LCE, RLCE y Directiva.

4.1.5 Mérito ejecutivo de los documentos que pongan fin a la controversia

El acta de acuerdos a los que arriben las partes cuando recurren a una conciliación, constituye un título ejecutivo, conforme a lo previsto en el artículo 688 del Código Procesal Civil, de manera que por mandato legal, el acta de conciliación cuenta con el poder suficiente y necesario para que las obligaciones que allí se pacten, no sólo sean de obligatorio cumplimiento, sino que, además, la solución adoptada o las obligaciones que ella contiene, tienen mérito ejecutivo (Freitas y Gushiken, 2016, p. 173). En el caso de las decisiones que emite la JRD, éstas también son de obligatorio cumplimiento. Así lo establece el artículo 212 del RLCE; sin embargo, no tienen mérito ejecutivo, habida cuenta de que queda a salvo el derecho de las partes de someter a arbitraje cualquier decisión que emita la JRD, en la oportunidad y dentro de los plazos de caducidad que prevé el RLCE.

En esa línea, es importante considerar que las actas de conciliación tienen mérito ejecutivo, mientras que las decisiones de la JRD, no.

4.1.6 Obligatoriedad de las decisiones

Al respecto, debemos indicar que la solución que proponga el conciliador a las partes no es obligatoria. Dependerá de si las partes desean aceptarla o no; en cambio, la decisión que emite la JRD sí es obligatoria, a menos que sea impugnada en sede arbitral, conforme a lo establecido en los artículos 212, 213 y 214 del RLCE.

4.2 El arbitraje *versus* la JRD

En esta sección analizaremos las diferencias respecto a la nomenclatura, naturaleza jurídica, rapidez en la solución de conflictos, oportunidad en la que se activa el mecanismo, funciones de los terceros que resuelven la

controversia, inmediatez en la información obtenida, mérito ejecutivo de los documentos que emite e impugnación de las decisiones.

4.2.1 Nomenclatura básica

Con el propósito de explicar las diferencias entre el arbitraje y la JRD, en lo que corresponde a la nomenclatura, se propone la siguiente tabla:

Tabla 4.2
Diferencias entre la nomenclatura usada en el arbitraje *versus* la JRD

	Arbitraje	**JRD**
Persona u órgano que resuelve la controversia	Arbitro/Tribunal arbitral	Adjudicador(es)
Nombre de la cláusula de solución de controversias	Cláusula arbitral	Acuerdo de someter controversias a cargo de una JRD
Nombre del documento con el cual se resuelve la controversia	Laudo	Decisión
Centro que administra el mecanismo de solución de controversias	Centro arbitral	Centro de administración de JRD

Fuente: Elaboración propia.

4.2.2 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del arbitraje no ha sido un tema pacífico en la doctrina; no obstante ello, este debate llegó a su fin cuando el Tribunal Constitucional, emitió el 28 de febrero de 2006, la sentencia recaída en el expediente n.° 6167-2005-PHC/TC, en donde señaló que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional (Freitas y Gushiken, 2016, p. 84); es decir, que es el Estado el que le ha otorgado a los árbitros la potestad de administrar justicia, conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución, en donde se establece que «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la mi-

litar y la arbitral», mientras que para el caso de las JRD su naturaleza es convencional; ello, en virtud a que su incorporación como mecanismo de solución de controversias en contratos de ejecución de obra pública surge a partir del acuerdo al que arriben las partes, sobre la base de su autonomía de voluntad.

4.2.3 Rapidez en la solución de conflictos

Para que un árbitro o tribunal arbitral emita un laudo, se debe pasar por, aproximadamente, doce etapas: presentar solicitud de arbitraje, contestación de solicitud, audiencia de instalación, presentación de demanda, contestación de demanda, audiencia de ilustración, alegatos, audiencia de informe oral, emisión de laudo; y, finalmente, en caso de corresponder, rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo.

Todo este proceso, actualmente, puede durar entre uno o dos años. En contrapartida, tenemos que la JRD puede resolver la controversia en un máximo de seis etapas: presentación de solicitud, contestación de solicitud, audiencia de ilustración, emisión de la decisión; y, finalmente, en caso corresponda, corrección de la decisión. Todo ello podría tomar, aproximadamente, uno o dos meses.

4.2.4 Oportunidad en la que se activa el mecanismo de solución de controversias

En el caso del arbitraje, este mecanismo se activa después de que surge la controversia y culmina con la emisión del laudo. No ocurre lo mismo con la JRD, ya que, conforme a lo establecido en nuestra legislación,[23] éste es un órgano que actúa de forma permanente desde el inicio de la obra hasta la recepción de la misma, razón por la cual la JRD iniciará sus funciones, inclusive antes de que pueda surgir una controversia entre las partes.

---

[23] LCE, RLCE y Directiva.

En ese sentido, la oportunidad en la que se activará un arbitraje, será después de que surja la controversia, mientras que la JRD se activará desde el inicio de la obra, haya o no surgido alguna disputa entre las partes.

Expresado de otro modo, en el arbitraje el esquema de solución de controversias inicia independientemente del calendario de obra, con el nacimiento del conflicto y concluirá con la emisión del laudo. En cambio, en la JRD, el enfoque es más integral, al tener una doble función: la de prevención y resolución de controversias (Freitas y Gushiken, 2016, p. 180).

4.2.5 Sobre las funciones de los terceros que resuelven las controversias

Los árbitros tienen la misión de resolver las controversias que sean sometidas por las partes, a través de la emisión del laudo arbitral; mientras que la JRD, conforme a lo previsto en el artículo 205 del RLCE, tiene una doble finalidad. De un lado busca prevenir el conflicto y, de otro, resolverlo.

4.2.6 Inmediatez en el conocimiento sobre los avances de la obra

Una de las funciones de la JRD es la de realizar visitas periódicas al lugar de la obra, a fin de conocer el estado en el que se encuentra el avance de la misma, escuchar a las partes e identificar potenciales riesgos con el propósito de prevenir futuras controversias.

Esto aporta un beneficio muy importante al momento de resolver las controversias que se sometan a las JRD, habida cuenta de que permite que los adjudicadores puedan obtener información de forma inmediata y de esta manera resolver las disputas con una mayor certeza técnica (Freitas y Gushiken, 2016, p. 181); sin embargo, ello no ocurre con el arbitraje, ya que si bien es cierto, los árbitros pueden realizar di-

versas inspecciones a la obra, ellos se van a encontrar con una obra que posiblemente esté paralizada o que ha cambiado debido a las circunstancias que la rodean (Freitas y Gushiken, 2016, p. 181).

Por esta razón, diversos autores sostienen que en ocasiones los arbitrajes los gana aquella parte que describa mejor los hechos, mientras que en la JRD ello es improbable, pues las ocurrencias o vicisitudes que suceden en la obra, se solucionan de forma rápida, casi de manera inmediata, lo cual genera que desaparezcan los posibles conflictos entre las partes (Freitas y Gushiken, 2016, p. 182), con lo cual las partes no tienen que narrarle los hechos a una JRD para que resuelva el conflicto, pues ella ya los conoce.

En esa línea, resulta relevante la diferencia que existe entre el arbitraje y la JRD, en el sentido de que el primero de ellos no tiene la posibilidad de obtener medios probatorios directamente, mientras que la JRD sí, debido a las visitas *in situ* que realiza a la obra.

4.2.7 Mérito ejecutivo de los documentos que pongan fin a la controversia

El laudo es un título ejecutivo, conforme a lo establecido en el artículo 688 del CPC, en la medida que contenga un derecho de crédito cierto y exigible. Asimismo, se reconoce la ejecutabilidad de los laudos internacionales bajo la suscripción de convenios internacionales, como la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá y la Convención de Montevideo, mientras que la decisión que emite la JRD no tiene mérito ejecutivo, habida cuenta de que queda a salvo el derecho de las partes de someter a arbitraje cualquier decisión que emita la JRD, en la oportunidad y dentro de los plazos de caducidad que prevé el RLCE.

4.2.8 Impugnación de las decisiones

Como sabemos, los laudos arbitrales son definitivos, obligatorios e inapelables y no pueden ser revisados o impugnados en el fondo por otra instancia, ya sea arbitral o judicial. Sólo se puede interponer contra un laudo el recurso de anulación, por causales taxativas establecidas en el artículo 63 del Decreto Legislativo n.° 1071; de manera que el laudo tiene mérito de cosa juzgada; en cambio, la decisión emitida por la JRD, si bien es cierto resulta obligatoria, conforme a lo establecido en el artículo 212 del RLCE, dicha obligatoriedad es temporal, debido a que cualquiera de las partes se encuentra facultada a solicitar su revisión, ya sea por cuestionamientos de forma o fondo en la vía arbitral, siempre que observe el procedimiento establecido por la normativa vigente.

Capítulo V: Análisis de las Juntas de Resolución de Disputas en el ámbito de las contrataciones con el Estado peruano: Ley n.° 30225 y D.S. n.° 350-2015-EF

En el presente capítulo realizaré un análisis sobre la Junta de Resolución de Disputas regulada en la LCE, el RLCE y la Directiva n.° 020-1016-OSCE/CD, emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, a fin de identificar los aspectos generales de este novedoso mecanismo, los criterios que se deben tener en cuenta para su incorporación en los contratos de ejecución de obra, su funcionamiento; y, finalmente, las reglas que las partes deberán tener en cuenta si desean someter las decisiones de la JRD a arbitraje, en la oportunidad y dentro de los plazos de caducidad que establece la nueva LCE y su Reglamento.

5.1 Las JRD en el Perú y su naturaleza

El primer acercamiento de las JRD en el Perú fue con motivo del uso de los DB en los contratos financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial (BM), como consecuencia del empleo de contratos Fidic. Al respecto, Franco (2016) afirma que:

> En muchos de dichos casos, se interpretó a los *dispute boards* como una suerte de conciliación en la cual el conciliador emitía una decisión no vinculante y que podría ser sometida a arbitraje en un determinado plazo. Si las partes no sometían la decisión a arbitraje, entonces la misma devenía en final (p. 30).

En el marco de dichos contratos, este mecanismo era llamado «la conciliación decisoria», cuyo uso sigue vigente en aquellos contratos financiados por el BID y BIF; sin embargo, dadas las características descritas, vendría a ser un DRB; es decir, un DB que sólo emitía recomendaciones.

Un segundo acercamiento a las JRD se da en el Marco de las Asociaciones Público-Privadas (APP), reguladas mediante Decreto Legislativo n.° 1012. En efecto, en sus inicios, esta norma contemplaba al arbitraje como único mecanismo de solución de controversias; sin embargo, el 2 de diciembre de 2013 se publicó la Ley n.° 30114, cuya undécima disposición complementaria transitoria modificó el numeral 9.6 del D.L. n.° 1012, con lo cual se incluyó a la Junta de Resolución de Disputas y al amigable componedor como mecanismos de solución de controversias adicionales al arbitraje.

Dicha modificación normativa estableció algunas pautas preliminares, por ejemplo, que la Junta de Resolución de Disputas debía ser administrada por un centro o institución, así como también que la junta estaría conformada por uno o tres miembros, en función al acuerdo al que arriben las partes y que las decisiones que emita la junta serían vinculantes, agregando que las otras reglas relacionadas al procedimiento, plazos y demás, serían fijados en el reglamento.

El gran inconveniente se suscitó cuando al publicarse el reglamento del D.L. n.° 1012 (D.S. n.° 127-2014-EF), 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 (Freitas y Gushiken, 2016, p. 427)», con lo cual «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».[24] De manera que este segundo acercamiento normativo de la JRD en el año 2013, no fue del todo feliz en nuestro país.

Nuestro tercer acercamiento a las JRD se da en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado peruano: Ley n.° 30225 (en adelante, LCE) y su Reglamento aprobado mediante D.S n.° 350-2015-EF (en adelante, RLCE), vigentes desde el 9 de enero de 2016. En efecto, una de las novedades que incluyó este cuerpo normativo, es la incorporación de la JRD como un mecanismo de solución de controversias, para los contratos de obra.

Así, el artículo 45.1 de la LCE estableció 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** [...]». (El énfasis es agregado).

Por su parte, el RLCE reguló el funcionamiento de las JRD desde el artículo 205 al 214, precisando el tipo y monto de contrato en el que se podrá incorporar una JRD como mecanismo de solución de controversias, la designación de los miembros, los honorarios de la JRD, el tipo de decisiones que emitirán, los plazos para someter las decisiones de la JRD a arbitraje, entre otros.

Este marco normativo se completó cuando el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) publicó la Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD, en donde se establecen reglas adicionales que deberán tener presentes las partes durante el procedimiento de solución de controversias a cargo de una JRD, la misma que entró en vigencia el 28 de febrero de 2016.

---

[24] *Ibidem*, p. 428.

Posteriormente, el Estado peruano modificó la LCE, a través de la promulgación del Decreto Legislativo n.° 1341 (en adelante, D.L. n.° 1341); sin embargo, dichos cambios no afectaron la regulación correspondiente a las JRD. Suerte diferente corrió el RLCE, puesto que el mismo fue modificado mediante el Decreto Supremo n.° 056-2017-EF (en adelante, D.S. n.° 056), norma que modificó los siguientes artículos referidos a JRD: artículos 205, 207, 212 y 213. Cabe señalar que, tanto el D.L. n.° 1341 y el D.S. n.° 056 entraron en vigencia el 3 de abril de 2017.

Ahora bien, después de haber delimitado los distintos marcos normativos respecto al uso de las JRD en el Perú, poniendo un especial énfasis en la normativa de contrataciones del Estado, puesto que ésta es objeto de la presente investigación, corresponde abocarnos al análisis de la naturaleza de la JRD.

Al respecto, debemos indicar que la naturaleza jurídica de la JRD **es contractual**, debido a que su incorporación como mecanismo de solución de controversias en contratos de ejecución de obra pública surge a partir del acuerdo al que arriben las partes, sobre la base de su autonomía de voluntad.

En efecto, el artículo 205.4 del RLCE, establece que:

> Artículo 205.- La Junta de Resolución de Disputas:
> [...]
> 205.4 Las partes **pueden pactar** hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, **una cláusula de solución de disputas a cargo de una Junta de Resolución de Disputas** en aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean superiores a cinco millones de soles (S/ 5'000,000.00), siendo sus decisiones vinculantes para las partes. (El énfasis es agregado).

En esa misma línea, Freitas y Gushiken (2016), señalan que:

> 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 [...]. (p. 90).

Tal y como explicaré más adelante, la manifestación de voluntad de las partes para someter sus controversias a la JRD, se expresa en dos momentos:

i. Cuando las partes (entidad y contratista) incluyen en el contrato de obra el acuerdo o cláusula mediante el cual pactan la incorporación de la JRD como mecanismo de solución de controversias; y

ii. Cuando las partes (entidad, contratista) y el/lo(s) miembro(s) de la JRD suscriben el contrato tripartito en donde se establecerán las reglas procesales, así como los deberes y obligaciones de las partes y de la JRD.

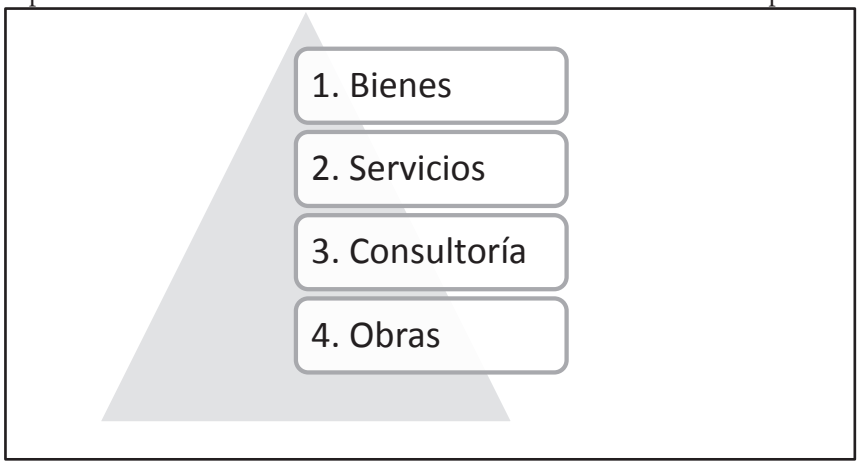
5.2 Incorporación de la JRD como mecanismo de solución de controversias: ¿cómo se accede a una JRD?

Para poder acceder a una JRD, debemos tener presente cuáles son las reglas que ha previsto nuestra normativa de contrataciones, para lo cual es importante identificar: tipos de contratos en los que se puede pactar una JRD, acuerdos que deben suscribirse, plazo máximo para pactar una JRD, designación de los miembros de la JRD y la información referida al centro que administrará la JRD, aspectos que desarrollaré a continuación:

5.2.1 ¿En qué contratos se puede pactar una JRD?

Como sabemos, en el ámbito de las contrataciones con el Estado peruano, los principales objetos contractuales son los siguientes: i) Contratos de bienes; ii) Contratos de servicios; iii) Contratos de consultoría (en general y de obras); y iv) Contratos de obras, tal y como se aprecia en el siguiente gráfico:

Figura 5.1
Tipos de contratos en el ámbito de las contrataciones con el Estado peruano



Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo, nuestra normativa de contrataciones ha previsto que las JRD únicamente pueden ser pactadas en los contratos de obra, conforme a lo previsto en el artículo 45.1 de la LCE, que a la letra dice:

> 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 [...]. (El énfasis es agregado).

Por su parte, el numeral 205.4 del RLCE establece lo siguiente:

> Artículo 205.- La Junta de Resolución de Disputas:
> [...]
> 205.4 Las partes pueden pactar hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, una cláusula de solución de disputas a cargo de una Junta de Resolución de disputas en aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean superiores a cinco millones de soles [...]. (El énfasis es agregado).

Así, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCE y el numeral 205.4 del RLCE, en el ámbito de las contrataciones con el Estado peruano, las JRD únicamente pueden pactarse en los contratos de ejecución de obra, cuyo valor sea mayor a los S/ 5'000,000.00 (cinco millones de soles).

Con lo cual quedan fuera del alcance de la JRD los contratos de bienes, servicios o consultorías, salvo que, posteriormente, se incorpore en la normativa alguna modificación sobre el particular.

5.2.2 Plazo máximo para pactar una JRD

El numeral 205.4 del RLCE establece que la JRD puede ser pactada por las partes hasta antes del inicio de la ejecución de la obra; pero, ¿cuándo se inicia la ejecución de una obra?

Al respecto, debemos manifestar que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 152.1 del RLCE, el inicio del plazo de ejecución de una obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

> Artículo 152.- Inicio del plazo de ejecución de obra
> 152.1 El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:
> a) Que la entidad notifique al contratista quién es el inspector o el supervisor, según corresponda;
> b) Que la entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda;

c) Que la entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación;
d) Que la entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo, en caso éste haya sido modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones;
e) Que la entidad haya otorgado al contratista el adelanto directo en las condiciones y oportunidades establecidas en el artículo 156.

No obstante ello, se debe tener presente, además, que en situaciones excepcionales, la entidad y el contratista podrían suscribir un acuerdo para diferir la fecha de inicio del plazo de ejecución, a pesar de que se haya cumplido con todos los supuestos que prevé el numeral 152.2 del RLCE. En efecto, una situación excepcional que podría motivar a las partes a suscribir un acuerdo para diferir el plazo de inicio de la obra, es cuando la estacionalidad climática del lugar donde se realizarán las obras, ponga en riesgo el avance de la misma (lluvias).

En tal sentido y conforme a lo expuesto, el plazo máximo para que las partes puedan pactar la incorporación de la JRD como mecanismo de solución de controversias en un contrato de ejecución de obra es hasta antes de que inicie la obra.

Sin embargo, por un tema práctico, lo recomendable sería que, si la entidad desea promover la incorporación de la JRD en el contrato de obra, lo adecuado será que incluya la cláusula de solución de disputas a cargo de una JRD en la proforma de contrato que integre parte de las bases de la respectiva licitación, para que desde ese momento las partes manifiesten su voluntad.

5.2.3 Acuerdos que deben suscribirse para acceder a una JRD

Para poder acceder a una JRD como mecanismo de solución de controversias en los contratos de obra pública, se deben firmar dos acuerdos:

El primero de ellos se denomina: *Cláusula de solución de disputas*,[25] consistente en un acuerdo al que arriban las partes (entidad y contratista), mediante el cual manifiestan su voluntad para que una JRD prevenga, conozca y resuelva sus controversias desde el inicio del contrato hasta la recepción de las obras. Dicho acuerdo debe ser firmado hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, tal y como lo establece el numeral 205.4 del RLCE.

El segundo acuerdo es el *Contrato tripartito*,[26] a través del cual la entidad y el contratista contratan los servicios de cada uno de los miembros de la JRD, a fin de que estos últimos brinden sus servicios conforme a lo dispuesto en las normas aplicables.

A continuación, procederé al análisis de cada uno de los acuerdos para una mejor comprensión:

- **Primer acuerdo: Cláusula de solución de disputas (acuerdo entre la entidad y el contratista)**

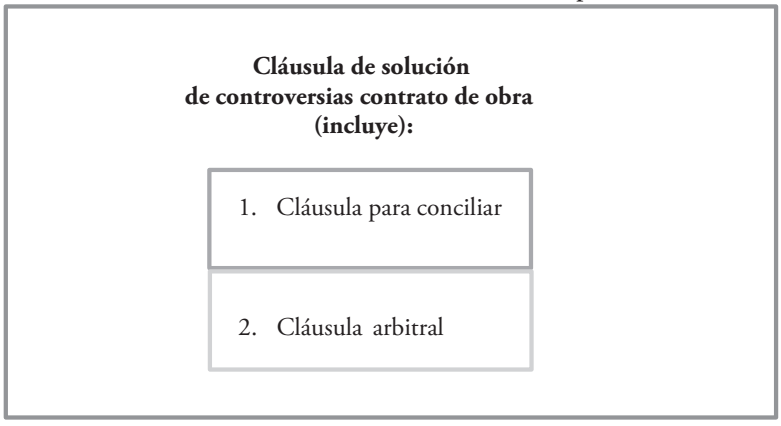
  Mediante este acuerdo las partes deben manifestar su voluntad para que una JRD prevenga, conozca y resuelva sus controversias desde el inicio del contrato hasta la recepción de las obras. Dicho acuerdo puede ser incorporado como una de las cláusulas que se incluyen en la proforma de contrato de obra que la entidad pone a disposición de los postores en las licitaciones, de manera que será suscrito por aquél que logre adjudicarse la buena pro.

[25] Conforme a lo previsto en el numeral 205.4 del RLCE.

[26] Cuyo modelo se encuentra previsto en el Anexo 1 de la Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD.

En efecto, la antigua LCE (D.L. n.° 1017), al igual que la vigente,[27] establecía en el artículo 40 que los contratos debían incluir necesariamente y bajo responsabilidad, entre otras, la cláusula de solución de controversias, por lo que, atendiendo a que los únicos medios de solución de controversias para los contratos de obra eran, en ese entonces, la conciliación y el arbitraje, usualmente, la cláusula de solución de controversias estaba conformada por la cláusula para conciliar y la cláusula arbitral, conforme al siguiente gráfico:

Figura 5.2
Cláusula de solución de controversias con acuerdo para conciliar e ir a arbitraje

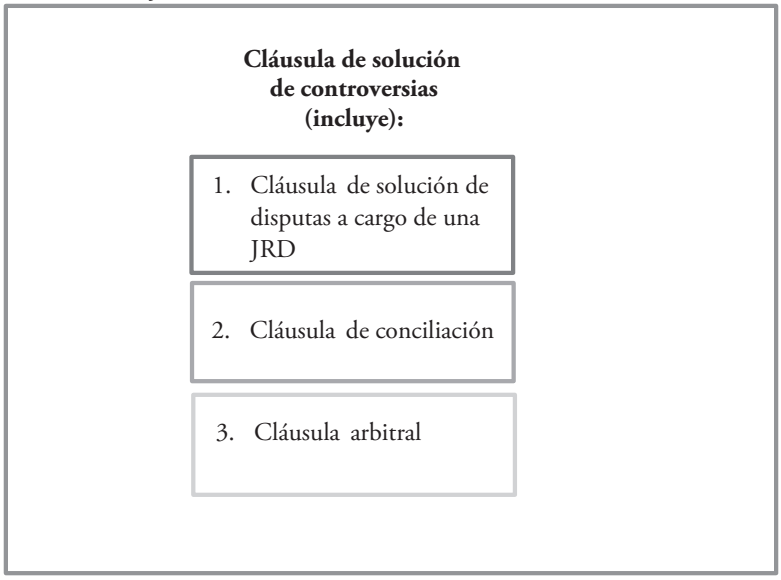


Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo, atendiendo a que la vigente LCE y su Reglamento, han previsto para el caso de los contratos de ejecución de obra mayores a cinco millones de soles, la posibilidad de recurrir a una JRD, la entidad contratante podría incluir en la proforma de contrato que integra los documentos de la licitación, una cláusula de solución de controversias que incluya el acuerdo para solucionar sus desavenencias a cargo de una JRD, tal y como se aprecia en el siguiente gráfico:

[27] En la actual LCE las cláusulas obligatorias que deben ser incluidas en los contratos se encuentran previstas en el artículo 32.

Figura 5.3
Cláusula de solución de controversias con acuerdo para conciliar, ir a arbitraje y acudir a una JRD



Fuente: El autor de la presente investigación

Sin embargo, también existe la posibilidad de que la cláusula para solucionar disputas a cargo de una JRD, sea incorporada en un documento independiente del contrato de obra. El único requisito indispensable, ya sea que se opte por una u otra opción, es que el acuerdo se suscriba antes de que se inicie el plazo del servicio, conforme a lo establecido en el numeral 205.4 del RLCE.

Ahora bien, ¿qué requisitos debe contener el acuerdo de solución de disputas a cargo de una JRD? Al respecto, debemos indicar que el OSCE ha diseñado una cláusula modelo que se incluye como Anexo n.° 2 en la Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD:

PERU | Ministerio de Economía y Finanzas | Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado | Consejo Directivo

ANEXO N° 2
CLÁUSULA MODELO

Las partes acuerdan para la solución de todas las controversias derivadas del presente Contrato de Obra conformar una Junta de Resolución de Disputas (en adelante, la JRD) de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las directivas que emita OSCE al respecto (en adelante, las "Normas Aplicables a la JRD"); encargando su organización y administración al .....[denominación o razón social del Centro de Administración designado por las partes].....[1]

La JRD estará compuesta por..... [tres (3) miembros / un (1) miembro].....[2], los/el cual/es será/n designado/s conforme a las Normas Aplicables a la JRD.

Todas las controversias generadas entre las partes con ocasión al presente Contrato de Obra deben ser sometidas, en primer lugar, a la decisión de la JRD de conformidad con las Normas Aplicables a las JRD.

La decisión que emita la JRD es vinculante y, por tanto, de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes conforme a lo establecido en las Normas Aplicables a la JRD. El incumplimiento de la decisión otorga a la parte afectada la potestad de resolver el contrato, previo aviso requiriendo el cumplimiento.

En caso alguna de las Partes no esté de acuerdo con la decisión emitida por la JRD, podrá someter la controversia a arbitraje conforme a lo establecido en las Normas Aplicables a la JRD. Las Partes acuerdan que es condición obligatoria para el inicio del arbitraje el haber concluido de modo previo el procedimiento ante la JRD.

Si una Parte no manifiesta su disconformidad con una decisión emitida por la JRD en el plazo previsto en las Normas Aplicables a las JRD, entonces dicha decisión adquiere el carácter de definitiva y no podrá ser sometida a arbitraje. Si una Parte manifiesta su disconformidad con una decisión emitida por la JRD en el plazo previsto en las Normas Aplicables a las JRD, pero no inicia el arbitraje respectivo en el plazo previsto en dichas Normas, aquella adquiere la calidad de definitiva.

La sugerencia del OSCE es que la cláusula cuente, como mínimo, con los siguientes requisitos:

- **Manifestación expresa de las partes de recurrir a la JRD.** Este aspecto es indispensable y se encuentra plasmado en el primer párrafo de la cláusula modelo del OSCE; es decir, las partes deben dejar constancia de su voluntad de recurrir a la

JRD como mecanismo de prevención y solución de controversias durante la ejecución de la obra (Freitas y Gushiken, 2016, p. 147).

- **Designación indubitable del centro que administrará la JRD.** Éste también es un requisito esencial. En efecto, de acuerdo a lo indicado en el artículo 206 del RLCE, las partes deben designar de mutuo acuerdo y de manera indubitable, el centro al cual encargarán la organización y administración de la JRD, siendo el caso que, ante la falta de acuerdo, las partes no podrán someter sus controversias a la JRD. Este requisito se encuentra plasmado en el primer párrafo de la cláusula modelo del OSCE.

- **Número de los miembros que conformarán las JRD.** El segundo párrafo de la cláusula modelo del OSCE, establece que las partes deben acordar el número de miembros que conformarán la JRD (ya sea 1 ó 3); y, posteriormente, definirán los demás requisitos, conforme a las normas aplicables.[28] Sin embargo, en el supuesto de que las partes no incorporen esta información en el acuerdo, se aplicará supletoriamente la regulación establecida en el numeral 205.5 del RLCE, que establece que, a falta de acuerdo o en caso de duda, la JRD estará integrada por un solo miembro, cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cinco millones de soles (S/ 5'000,000.00) y menor a cuarenta millones de soles (S/ 40'000,000.00); y, por tres miembros, cuando el monto del contrato tenga un valor igual o superior a cuarenta millones de soles (S/ 40'000,000.00).

[28] En la actualidad, el procedimiento para la designación de miembros, se encuentra regulado en el numeral 205.5, en el artículo 207 del RLCE y en el numeral 7.3 de la Directiva.

- **Precisar el sistema escalonado de solución de controversias.** Conforme se aprecia en el tercer, quinto y sexto párrafo de la cláusula modelo del OSCE, esta entidad recomienda que las partes acuerden que las controversias que surjan entre ellas, deberán resolverse, en primer lugar, por JRD.

  En mi opinión, éste no es un requisito esencial, habida cuenta de que en el supuesto de que no sea incluido por las partes en el acuerdo, de todas formas, se aplicará el sistema escalonado de solución de controversias por aplicación supletoria del artículo 213 del RLCE, por lo que su no inclusión no invalidaría el acuerdo.

- **Precisar que las decisiones de la JRD son vinculantes.** Este aspecto tampoco resulta esencial, debido a que su regulación se encuentra tipificada en el numeral 212.1 del RLCE, de manera que la ausencia de esta precisión en la cláusula del acuerdo, no lo invalida.

- **Recurrir al arbitraje cuando esté en desacuerdo con la decisión y plazos de caducidad.** Del mismo modo, este requisito tampoco es esencial, toda vez que en el supuesto en que no se incluya esta precisión en el acuerdo de solución de disputas, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en los artículos 213 y 214 del RLCE.

  Ahora bien, en el supuesto de que la entidad no haya previsto en la proforma de contrato la cláusula de solución de disputas a cargo de la JRD, los postores pueden solicitar su incorporación mediante la formulación de una consulta a las bases, siguiendo el procedimiento que establece el artículo 51 del RLCE, quedando su aceptación a discrecionalidad de la entidad.

- **Contrato tripartito: entidad, contratista y miembro(s) de la JRD.** Éste es un contrato que suscriben las partes que integran un contrato de obra (entidad y contratista) con los miembros de la JRD.[29]

  Al respecto, debemos indicar que la única referencia que tenemos sobre este contrato en el RLCE, es el tenor de lo dispuesto en el artículo 208, en donde se establece que:

  > **Artículo 208.- Actividades de la Junta de Resolución de Disputas:**
  > [...]
  > Los procedimientos de la Junta de Resolución de Disputas serán regidos por la ley, el presente Reglamento, las directivas que emita OSCE, **el contrato tripartito celebrado entre los miembros de la Junta y las partes**, las disposiciones que emita la Junta de Resolución de Disputas y supletoriamente por las directivas y reglamentos del Centro, en dicho orden de prelación [...]. El énfasis es agregado.

  No obstante ello, una mayor regulación sobre el tema la encontramos en la Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD, emitida por el OSCE, en cuyo numeral 7.4 se establece que una vez que se ha designado a los miembros de la JRD, las partes (entidad y contratista) deben suscribir con éstos un contrato tripartito, el cual debe ser puesto de conocimiento del Centro Institucional que administrará la JRD,[30] señalándose, además, que para dichos efectos las partes pueden utilizar el modelo de contrato

---

[29] Definición establecida en el literal V de la Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD.

[30] Asimismo, se establece que en «cualquier momento las partes, actuando conjuntamente y previa notificación con siete (7) días de anticipación, pueden resolver el contrato tripartito respecto de uno o más miembros de la JRD sin expresión de causa y sin incurrir en mayor responsabilidad que el pago de los honorarios pendientes por los servicios prestados hasta la fecha de resolución».

que forma parte de la directiva, el cual adjuntamos en calidad de anexo en la presente investigación.

De la revisión del modelo de contrato tripartito, se aprecia que la sugerencia del OSCE es que el mismo cuente con una serie de requisitos, siendo los más relevantes los siguientes:

- **Redactar un contrato de locación de servicios.** Este aspecto resulta acertado, puesto que los miembros de la JRD realizarán sus servicios de manera independiente y no se encuentran bajo la subordinación de ninguna de las partes (entidad y contratista), siendo que la actuación de cada uno de los miembros de la JRD, será bajo su propia cuenta y riesgo.

- **Identificación de las partes que intervienen.** Se deberá precisar los datos de identificación de los representantes de la entidad y del contratista (en caso éste sea una persona jurídica o un consorcio), el o los miembros de la JRD y del representante del Centro que administrará la JRD.

- Objeto del contrato. Se deberá indicar cuál es la finalidad del contrato; es decir, señalar que el mismo se celebra con el objeto de contratar los servicios de cada uno de los miembros de la JRD, individualmente, con el fin de que presten de manera independiente el servicio de prevención y solución de controversias que se deriven del contrato de obra.

  En este acápite, el OSCE propone una redacción en la cual se hace énfasis en que cada miembro de la JRD asume sus obligaciones de manera individual y no es responsable por la actuación de los otros miembros de la JRD, tal y como se aprecia a continuación:

> [...]
> **CLÁUSULA SEGUNDA - OBJETO**
> Por el presente contrato tripartito, la entidad y el contratista contratan los servicios de cada uno de los miembros de la JRD, individualmente, con el fin de que presten de manera independiente el servicio de prevención y decisión de controversias relativas al contrato de obra como miembros de la JRD. **Cada miembro de la JRD asume las obligaciones que le corresponden de manera individual y no es responsable por la actuación de los otros miembros de la JRD.**
> Las acciones que desplieguen los miembros de la JRD para cumplir con las obligaciones que asumen en virtud del presente contrato, serán desarrolladas bajo su propia cuenta y riesgo.
> [...] El énfasis es agregado.

Al respecto, considero que dicha estipulación es un acierto. Ello, en virtud a que no sería justo que una mala actuación de uno de los miembros de la JRD, ocasione la responsabilidad del resto, siempre que de la naturaleza de la actuación se pueda individualizar al responsable de la mala práctica o al que ocasionó el daño. Una redacción distinta; es decir, la de atribuir una responsabilidad solidaria entre los miembros de la JRD, podría, más bien, desincentivar la participación de profesionales en una JRD.

- **Obligaciones de los miembros de las JRD.** En esta sección el OSCE formula un listado de obligaciones para los miembros de la JRD; sin embargo, se aprecia que éstas consisten en, aproximadamente, siete situaciones que deberán garantizar los miembros de la JRD, a fin de asegurar su independencia e imparcialidad.[31]

Dichas precisiones ponen un especial énfasis en las obligaciones que deben asumir los miembros de la JRD respecto de su independencia e imparcialidad, lo cual no está mal, puesto que, si bien es cierto, el numeral 7.5 de la Directiva ya ha estipula-

[31] Ver cláusula tercera del modelo de contrato tripartito del OSCE.

do el deber de información de los miembros de la JRD, en el sentido de que los miembros que son designados al momento de aceptar el encargo deben informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) primeros años anteriores a su designación, que pudiera afectar su independencia e imparcialidad; asimismo, se señala que dicha obligación se mantiene incluso después de aceptado el cargo; la reiteración en el cumplimiento de este deber de independencia e imparcialidad es conveniente, sobre todo en esta etapa en la que se necesita fortalecer la confianza sobre los miembros de la Junta en torno a su independencia e imparcialidad.

Sin perjuicio de ello, considero que es importante también que las partes incorporen en dicho modelo de contrato, las obligaciones de carácter técnico que deberán asumir los miembros de la JRD, a fin establecer los lineamientos a seguir, de acuerdo a las características y necesidades de la obra en cuestión.

- **Obligaciones de la entidad y el contratista.** Aquí los aspectos relevantes están referidos al pago de los honorarios de los miembros de la JRD, a la provisión de medidas de seguridad que se deberán destinar en las visitas a la obra que realicen los miembros de la JRD, así como también a proveerles de toda la información vinculada al contrato de obra.

  De otro lado, se señala que ni la entidad ni el contratista podrán designar a un miembro de la JRD como árbitro durante la vigencia del contrato tripartito. En este caso, considero que esta obligación de no hacer se debería mantener, incluso después de la vigencia del contrato tripartito, siempre que la controversia que sea sometida a sede arbitral esté referida a la decisión que emitió la JRD, toda vez que el miembro de la Junta que luego se convertirá en árbitro, ya tendrá una posición sobre la controversia, y eso afectaría su neutralidad.

5.2.4 Designación y conformación de los miembros de la JRD

En esta sección se analizará el procedimiento para la designación de los miembros de la JRD, cuáles son los impedimentos para participar, los requisitos que deben cumplir, los criterios para reemplazarlos, entre otros.

- **Número de miembros.** El actual RLCE establece en el numeral 205.5 que la JRD puede estar conformada por 1 ó 3 miembros; ello dependerá del acuerdo al que arriben las partes; sin embargo, ante la falta de acuerdo o en caso de dudas, la JRD se conformará de acuerdo a lo siguiente:

Tabla 5.1
Criterios para la designación del número de miembros en una JRD

Monto del Contrato	Número de miembros en la JRD
Igual o mayor a S/ 5'000,000.00 y menor a S/ 40'000,000.00	Un solo miembro
Igual o superior a S/ 40'000,000.00	3 miembros

Fuente: Elaboración propia.

- **Requisitos que deben cumplir los miembros de la JRD.** Este aspecto ha sido regulado en el artículo 207 del RLCE, cuyas reglas pueden ser resumidas conforme a lo siguiente:

a. **En caso de miembro único:**
- Profesión: Ingeniero o arquitecto.
- Conocimientos: Normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones con el Estado.
- Registro: Debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros (RNA).

b. **Tres miembros:**
Presidente JRD:
- Profesión: Ingeniero o arquitecto.
- Conocimientos: Normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones con el Estado.
- Registro: Debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros (RNA).

Los demás miembros:
- Profesión: Cualquiera (la norma no precisa ninguna en particular).
- Conocimientos: Expertos en la ejecución de obras.
- Registro: Debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros (RNA).

Sobre el particular, no queda claro cómo se va acreditar el requisito de conocimiento sobre la normativa nacional aplicable al contrato de obra, ni el de contrataciones con el Estado, exigido tanto para el miembro único, como para el presidente de la JRD, por lo que dicho requisito es impreciso.

De igual manera, tampoco se entiende con precisión cuáles serán los requisitos para que los demás miembros de la JRD (en caso esté conformada por tres miembros) acrediten ser expertos en la ejecución de obras.

Otro de los requisitos que se menciona para todos los miembros, es que deben estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros, lo cual se detalla en la Directiva n.° 017-2016-OSCE/CD. Dicha directiva sí establece criterios objetivos para poder demostrar la experiencia solicitada, ya sea mediante acreditación de formación académica (diplomados, maestrías o doctorados), experiencia funcional (haber ejercido cargo de árbitro) o experiencia como docente.

En ese sentido, soy de la opinión de que las imprecisiones sobre las calificaciones que se exigen para los miembros de la JRD, a las que hemos hecho referencia, tienen que ser mejor reguladas por el OSCE, tal y como se realizó para el caso del RNA.

- **Impedimentos para ser miembro de una JRD.** Conforme a lo dispuesto en el numeral 207.3 del RLCE, los impedimentos para actuar como miembro de una JRD son los mismos que se establecen para actuar como árbitro, los cuales se detallan en el artículo 190 del RLCE, tales como:

  1. El presidente y los vicepresidentes de la República, los congresistas, los ministros de Estado, los viceministros, los titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
  2. Los magistrados, con excepción de los jueces de paz.
  3. Los fiscales y los ejecutores coactivos.
  4. Los procuradores públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.
  5. El contralor general de la República y el vicecontralor.
  6. Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo.
  7. Los gobernadores regionales y los alcaldes.
  8. Los directores de las empresas del Estado.
  9. El personal militar y policial en situación de actividad.
  10. Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la entidad o sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
  11. Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (6) meses después de haber dejado la institución.
  12. Los sometidos a proceso concursal.

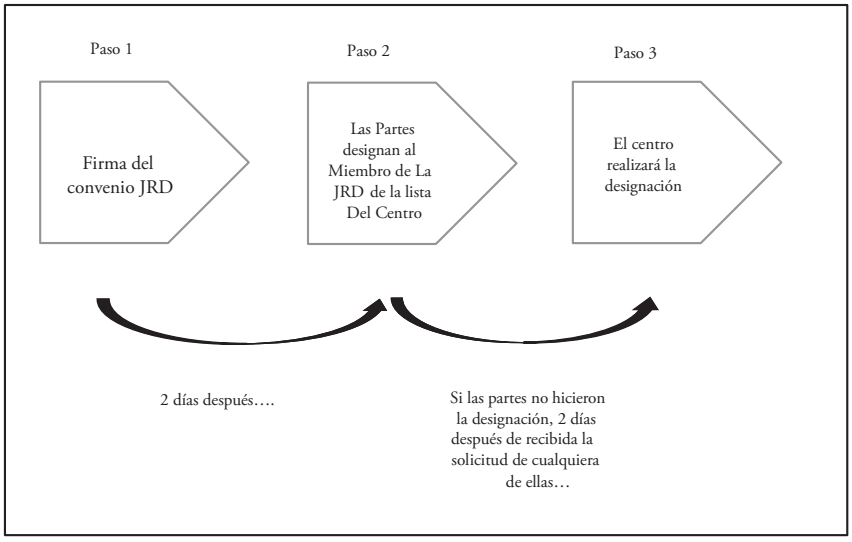
13. Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones, sin perjuicio de la culminación de los casos en los que haya aceptado su designación previamente a la fecha de imposición de la sanción.
14. Los sancionados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.
15. Los sancionados con condena que lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción.
16. Los sancionados por delito doloso, en tanto esté vigente dicha sanción.
17. Los que tengan sanción o suspensión vigente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.
18. Las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (Redereci), sea en nombre propio o a través de persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa, así como en el registro nacional de abogados sancionados por mala práctica profesional, en el registro de funcionarios y servidores sancionados con destitución por el tiempo que establezca la ley de la materia y en todos los otros registros creados por ley que impidan contratar con el Estado.
19. Las personas inscritas en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam).
20. Las personas sancionadas por el Consejo de Ética según lo dispuesto en este Reglamento.
21. Las personas a las que se refiere el literal m) del numeral 11.1 del artículo 11 de la ley.

En los casos a que se refieren los numerales 8 y 10, el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

- **Designación de los miembros de la JRD.** Al respecto, se debe indicar que el plazo y procedimiento se encuentran regulados en el numeral 7.3 de la Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD, conforme a lo siguiente:

  Designación de miembro único. Cuando se trata de un solo miembro, éste será designado por las partes de la lista de adjudicadores del Centro que administrará la Junta, dentro del plazo de dos días siguientes a la firma del acuerdo por el que se someten las controversias a la JRD; sin embargo, en el supuesto de que no se lleve a cabo esta designación, el Centro lo nombrará en un plazo máximo de dos (2) días siguientes de recibida la solicitud formulada por cualquiera de las partes. Lo expuesto, puede ser graficado de la siguiente manera:

Figura 5.4
Plazo para designar a miembro único de una JRD



Fuente: Directiva n.° 020-1016-OSCE/CD.

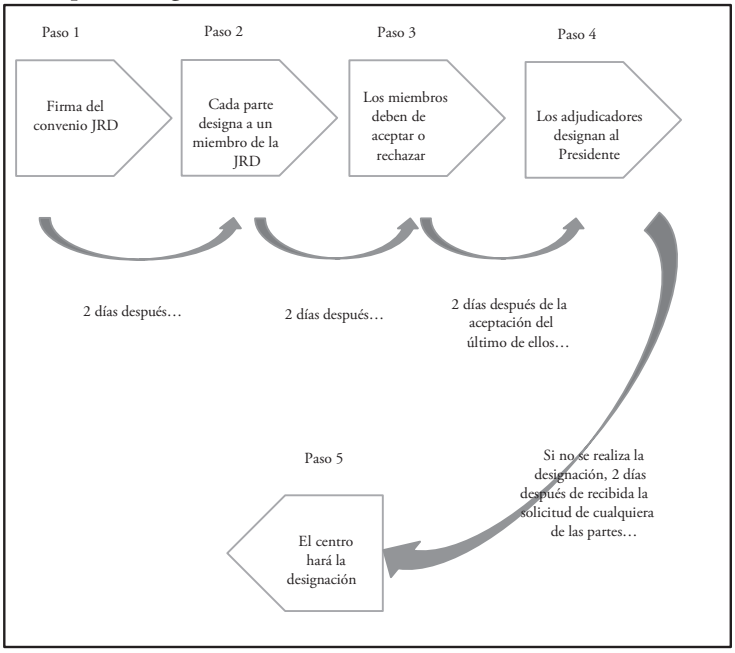
Designación de 3 miembros. Cuando se trata de una JRD conformada por tres miembros, cada parte designará a un

miembro dentro del plazo de dos días siguientes a la suscripción del acuerdo por el que se someten las controversias a la JRD. Posteriormente, los miembros designados tendrán un plazo de dos días para aceptar o no la designación. El tercer miembro, es decir, quien asumirá el cargo de presidente, será designado por los adjudicadores nombrados por las partes en un plazo máximo de dos días de producida la aceptación del último de ellos; dicha elección se realizará de la lista de adjudicadores del Centro.

En el supuesto de que no se lleve a cabo dicha designación, el Centro lo nombrará en un plazo máximo de dos días siguientes de recibida la solicitud formulada por cualquiera de las partes.

Lo señalado puede ser resumido con el siguiente gráfico:

Figura 5.5
Plazo para designar a miembros de una JRD



Fuente: Directiva n.° 020-1016-OSCE/CD.

Asimismo, cuando alguno de los miembros designados no acepte o no se pronuncie dentro de los plazos establecidos, la parte, los miembros que lo propusieron o el Centro, nombrará al reemplazante, según corresponda, siguiendo los procedimientos señalados en los párrafos precedentes.

Además, cuando en un plazo de veinte (20) días calendario, computados desde la firma del acuerdo por el cual se someten las controversias a la JRD, las partes o los miembros designados no logren obtener la aceptación de los adjudicadores que les corresponde designar, el Centro nombrará al o a los miembros que no hayan sido nombrados.

- Sustitución de miembros de la JRD. Por su parte, el numeral 7.23 de la Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD, estipula las causales y el procedimiento a seguir para la sustitución de los miembros de la JRD, de acuerdo a lo siguiente:

  1. Incapacidad física o mental permanente.
  2. Incapacidad física o mental temporal, que impida o dificulte el desarrollo de las actividades de la JRD.
  3. Fallecimiento.
  4. Recusación declarada fundada.
  5. Resolución del contrato respecto al miembro único o uno de los miembros de la JRD.
  6. Renuncia.

  Ante la ocurrencia de cualquiera de estas causales, la parte que designó al miembro sustituido, los adjudicadores que lo propusieron o el Centro, según corresponda, nombrarán a un nuevo adjudicador en un plazo máximo de dos días computados desde el momento en que el miembro sustituido cesa en sus funciones. En caso no se logre obtener la aceptación del nuevo adjudicador en un plazo de quince días calendario, computa-

dos desde el momento en que el miembro sustituido cesa en sus funciones, el Centro realizará la designación correspondiente.

Asimismo, se señala que, en caso de recusación declarada fundada, será el Centro quien designe directamente al miembro sustituido.

Otro aspecto relevante que menciona la directiva, es que en tanto y en cuanto no se haya sustituido un miembro de la JRD, los otros dos miembros deben abstenerse de realizar audiencias y de emitir decisiones, salvo acuerdo en contrario y por escrito de las partes. De otro lado, en caso deba ser reemplazado el miembro único, dos o tres miembros; la JRD no podrá llevar a cabo ninguna actividad.

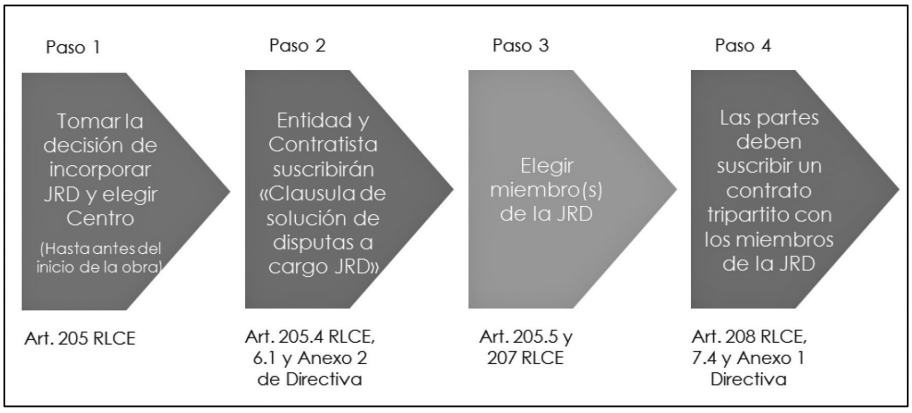
5.2.5 Designación del centro que administrará la JRD

Como ya lo hemos adelantado al momento de analizar el contenido de la cláusula de resolución de controversias a cargo de una JRD, la designación del centro que administrará la JRD es de vital importancia, toda vez que, conforme a lo previsto en el artículo 206 del RLCE, en donde se establece que todas las JRD que ejerzan sus funciones en el ámbito de las contrataciones del Estado, deben ser administradas por un centro que brinde servicios de administración de JRD.

Asimismo, se indica que la designación del Centro debe ser indubitable y de común acuerdo entre las partes, siendo que a falta de acuerdo, las partes **no pueden** someter sus controversias a la Junta de Resolución de Disputas.

En ese orden de ideas, podemos sintetizar el procedimiento de incorporación de una JRD en un contrato de obra, de la siguiente manera:

Figura 5.6
Pasos para incorporar una JRD en un contrato de obra.



Fuente: Elaboración propia.

5.3 Funcionamiento de la JRD

A continuación, abordaremos los aspectos relacionados al funcionamiento de la JRD.

5.3.1 ¿Desde cuándo opera la JRD?

La JRD debe de iniciar sus funciones desde el inicio del plazo de ejecución de la obra hasta la recepción de la misma, conforme a lo previsto en el numeral 205.1 del RLCE, que a la letra dice:

> Artículo 205.- La Junta de Resolución de Disputas:
> [...]
> 205.1. La finalidad de la Junta de Resolución de Disputas es que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente las controversias que surjan **desde el inicio del plazo de ejecución** de la obra hasta la recepción total de la misma.
> [...] El énfasis es agregado.

Esta opción legislativa que ha tomado nuestro país, en el sentido de elegir un tipo de DB permanente; es decir, que funcione desde el inicio de la obra, es muy acertada. En efecto, algunos autores extranjeros cuando narran el uso de los DB en su país destacan los beneficios que obtuvieron producto de la incorporación de este mecanismo en la solución de las controversias en los contratos de construcción; sin embargo, consideran que el beneficio hubiera sido mayor si su DB se hubiese constituido desde el inicio de la obra.

Así, por ejemplo, en el caso de El Salvador, como ya hemos comentado en el capítulo III, el tipo de DB que se eligió no fue permanente, sino *ad-hoc*; es decir, que el panel de expertos se instalaba sólo cuando surgía una controversia; pero, no desde el inicio de la obra. Ello ocasionó que uno de los aspectos que caracteriza al DB, que es la celeridad, no sea tan palpable para el proyecto del Fomilenio. «[...] al no ser designados desde el inicio del contrato los miembros de Mesa, éstos debían en muchos casos, sustituir esa captura directa de información y apercibimiento a la obra, por una dilatada reconstrucción de hechos, por medio de documentos y testimonios del personal de la obra, supervisores y las partes» (Peñate, 2014, pp. 90-92).

Por su parte, el numeral 7.4 de la Directiva precisa, además, que una vez que los miembros de la JRD hayan sido elegidos y se haya procedido a la suscripción de los respectivos contratos tripartitos, lo cual debe ser puesto en conocimiento del Centro, las actividades de la JRD iniciarán, luego de suscrita el **Acta de Inicio de Funciones**, la misma que deberá ser firmada por todos los miembros de la JRD o del miembro único. En dicha acta, se debe incluir un calendario de reuniones y visitas periódicas de la obra, el cual puede ser modificado de acuerdo a lo previsto en el numeral 7.9 de la Directiva.

5.3.2 Materias que pueden ser sometidas a la competencia de la JRD

Conforme a lo dispuesto en el 45.2 de la LCE y el artículo 205.1 del RLCE, la JRD es competente para conocer todas las controversias que

surjan desde el inicio del plazo de ejecución de obra hasta la recepción total de la misma, a excepción de las materias señaladas en los numerales 45.1 de la LCE y el artículo 168 del RLCE. De acuerdo con ello, tenemos que:

i) **La JRD es competente para conocer las siguientes controversias:**

a. Controversias sobre interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato.
b. Todas las controversias que surjan desde el inicio del contrato hasta su recepción, salvo aquéllas que se indican en el numeral 45.1 de la LCE y el artículo 168 del RLCE.
c. Valorización de metrados iguales o mayores al 5% del monto del contrato actualizado.

ii) **La JRD no es competente para conocer controversias sobre:**

a. Nulidad de contrato.
b. Decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales.
c. Enriquecimiento sin causa o indebido.
d. 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.
e. Valorización de metrados menores al 5% del monto del contrato actualizado.
f. Controversias que se susciten después de que la obra fue recibida.

5.3.3 Actividades y funciones de la JRD

El RLCE y la Directiva han previsto dos tipos de funciones de la JRD. De un lado, aquéllas que están destinadas a prevenir los conflictos; y, de otro lado, aquéllas que tienen como propósito resolverlos.

En ese sentido, las principales actividades de la JRD, son las siguientes:

a) **Función consultiva:**

El artículo 208 del Reglamento establece como una de las actividades de la JRD **absolver consultas planteadas por las partes respecto a algún aspecto contractual y/o técnico**, las cuales previamente deben ser consultadas al supervisor de la obra y al proyectista, según corresponda. Esta actividad es la que el numeral 7.6 de la Directiva denomina como **función consultiva** y tiene como propósito prevenir el surgimiento de futuras discrepancias entre la entidad y el contratista.

En efecto, **a petición de ambas partes**, la JRD puede realizar una función consultiva, consistente en emitir **una opinión no vinculante** sobre algún aspecto que las partes deseen dilucidar, solicitud que se puede formular durante cualquier reunión, audiencia o visita a la obra. Bastará con que dejen constancia por escrito de dicho pedido;[32] no obstante ello, la directiva no ha precisado el plazo que tendrá la JRD para atender este tipo de solicitudes, ni la forma cómo se pondrá en conocimiento de las partes.[33]

---

[32] Numeral 7.6 de la Directiva.

[33] Sería conveniente que el OSCE modifique la Directiva a fin de precisar este extremo, al menos determinando a quién corresponde fijar el plazo para la elaboración de dicha opinión no vinculante.

Esta facultad de la JRD puede significar un aporte importante para las partes durante la ejecución de la obra, sobre todo en aquellas situaciones en donde se tiene que actuar de manera rápida, para atender circunstancias propias de la obra, en donde no se puede esperar a tener la solución una vez concluya un arbitraje.

Sin embargo, tampoco se puede perder de vista el hecho de que cuando la JRD, ya sea de un solo miembro o de tres, emite su opinión, por más de que ésta no sea vinculante, lo que se está transmitiendo, en realidad, es la visión que tiene la JRD en relación al tema que se le ha puesto bajo consideración, lo que en la práctica puede ser considerado como un adelanto de opinión, pese a que el numeral 7.6 de la directiva señala que: «La JRD no queda vinculada por las opiniones que haya expresado mientras ejerció función consultiva».

En esa línea, no es absurdo pensar que, si los hechos que sólo fueron materia de consulta ante la JRD, luego devienen en controversia; la parte que consideró que su posición fue respaldada con la opinión de la JRD no dudará en someter dicha controversia a la JRD, a fin de obtener ahora una decisión vinculante, ya que tendrá la expectativa razonable de que la Junta siga la misma línea de pensamiento.

b) **Recopilación de información, requerir medios probatorios, convocar reuniones, citar o interrogar, realizar audiencias:**

La JRD, con la finalidad de cumplir con sus funciones, se encuentra facultada para solicitar a las partes que aporten cualquier documento que consideren necesario para emitir sus decisiones; requerir a las partes medios probatorios sobre cuestiones relativas al procedimiento que surjan durante las visitas; convocar diversas reuniones considerando las necesidades de la

obra; citar o interrogar a las partes, sus representantes, testigos, expertos y peritos que considere pertinente; realizar audiencias, tal y como lo prevé el numeral 7.6 de la Directiva.

c) **Realizar visitas periódicas a la obra**

El numeral 7.9 de la Directiva establece que al inicio de sus actividades, la JRD, en coordinación con las partes, fijará un calendario de visitas periódicas a la obra y de reuniones adicionales, según considere necesario. Ese calendario es de obligatorio cumplimiento, siendo que las partes deben participar en todas las reuniones y visitas a la obra. Las visitas se realizarán en el lugar de la obra y las reuniones en cualquier lugar acordado por las partes y la JRD; pero, en caso de desacuerdo, ésta se llevará a cabo en el lugar que fije la JRD. En caso la JRD solicite una reunión o visita y alguna de las partes considere que ello no es eficiente, puede solicitar a la JRD que lo reconsidere.

Asimismo, se indica que la JRD puede realizar la reunión o visita a la obra, incluso a pesar de la inasistencia de una de las partes, además, en caso de inasistencia de un miembro de la JRD, los demás miembros pueden decidir la procedencia de realizar la reunión o visita.

De otro lado se señala que las reuniones y visitas a la obra deben ser lo suficientemente frecuentes con el objetivo de que la JRD se mantenga informada de la ejecución de la obra y de cualquier discrepancia desde el momento inicial. Asimismo, será el Centro que administre la JRD quien coordinará las reuniones y visitas, debiendo recibir la colaboración de las partes. En caso la JRD lo solicite, las partes deben facilitarle un espacio de trabajo apropiado, alojamiento, medios de comunicación, equipos de oficina e informáticos, así como todo lo que sea necesario para

viabilizar las reuniones o visitas de manera eficiente, procurando minimizar los gastos y el tiempo requerido.

Por su parte, el numeral 7.10 de la Directiva establece que en cada visita periódica que la JRD realice, habrá una reunión y una inspección. En dichas visitas se contará con la asistencia de un representante de la entidad, del contratista, del supervisor y del Centro que administre la JRD, siendo que la agenda de dichas visitas debe incluir, por los menos, los siguientes puntos:

1. Apertura de la reunión por el presidente de la JRD o por el miembro único, según sea el caso.
2. Presentación, por parte del contratista, del trabajo realizado desde la última reunión, el estado actual de la obra y su avance con relación al cronograma contractual, posibles dificultades que anticipa y las soluciones que propone.
3. Exposición del supervisor sobre su punto de vista con relación a los aspectos comentados por el contratista y cualquier otra situación.
4. Comentarios de la entidad respecto a lo señalado por el contratista y el supervisor, pudiendo presentar, además, las posibles dificultades que anticipa y las soluciones que propone.
5. Explicación, por parte del contratista y/o de la entidad, de las áreas de la obra que propone que sean inspeccionadas y comentarios del supervisor, la entidad y los miembros de la JRD.
6. Inspección a la obra, con especial énfasis en las áreas con mayor actividad o relevancia.
7. Conclusiones.
8. Fijación o confirmación de la fecha de la próxima visita.

Se señala, además, que será el Centro quien prepare las actas en cada visita y se menciona un punto de especial relevancia,

a efectos de mantener la independencia e imparcialidad de la JRD, precisándose que ni la entidad, ni el contratista, ni el supervisor, deben buscar de manera independiente a la JRD o a alguno de sus miembros para realizarle consultas, pedir opinión o consejo sobre alguna materia.

En relación a la regulación que hemos señalado, autores como Franco consideran que hubiese sido conveniente que el OSCE fije algunos criterios generales respecto a la periodicidad de las visitas que efectuará la JRD a la obra (Franco, 2016, p. 44); sin embargo, soy de la opinión de que teniendo en cuenta que la JRD recién se empezará a usar en el ámbito de las contrataciones con el Estado peruano, es preferible dejar que sean las partes quienes determinen la periodicidad de dichas visitas, a fin de evitar sobrecostos que no puedan soportar.

d) **Emitir decisiones vinculantes**

Cuando las partes deciden someter una controversia a la JRD, ésta emitirá una decisión que será vinculante; es decir, que las disposiciones que allí se establezcan son de obligatorio e inmediato cumplimiento para las partes, tal y como lo establece el artículo 212 del RLCE. Asimismo, el referido artículo señala, además, que ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir el cumplimiento de las decisiones que emita la JRD, de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo.

5.3.4 Funciones del Centro que administrará la JRD

El artículo 206 del RLCE establece que para que la JRD pueda ejercer sus funciones, debe ser administrada por un Centro que preste servicios de organización y administración de las mismas. Dichos centros deberán cumplir con las siguientes funciones:

a. Tener un registro de miembros de Juntas de Resolución de Disputas.
b. Designar a los miembros de las JRD en reemplazo de las partes, en los casos que indique la Directiva.
c. Resolver las eventuales recusaciones de miembros de la JRD.
d. Supervisar el cumplimiento de principios éticos por parte de los miembros, mediante la aplicación de la nueva LCE, RLCE y Directivas que emita el OSCE.
e. Informar al OSCE sobre las sanciones éticas que imponga a los miembros de la JRD.
f. Proporcionar apoyo logístico a la JRD y a las partes.

Por su parte, la Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD señala que, además de las funciones establecidas en el artículo 206 del RLCE, el Centro de Administración y Organización de JRD, deberá:

a. Custodiar el expediente que contenga las actuaciones de la JRD por un plazo de diez (10) años desde la culminación de las funciones de la JRD; sin embargo, se precisa, además, que el Centro puede encargar al OSCE, o a otra institución que ésta autorice, la custodia del expediente luego de transcurrido el plazo mínimo de un (1) año desde la fecha de culminación de las funciones de la JRD, debiendo el expediente ser micrograbado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 199 del RLCE.

b. El Centro debe remitir al OSCE la información que le requiera. Sin perjuicio de ello, debe remitir trimestralmente la información detallada en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 198 del NRLCE,[34] así como un reporte de casos iniciados y concluidos por las JRD, con indicación de la materia controvertida, nom-

[34] **Artículo 198.- Información que debe remitirse al OSCE**
1. Copia de las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos mediante las cuales se resuelven recusaciones planteadas contra los árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas.

bre de las partes, representantes legales, asesores o abogados, miembros de la JRD y profesionales del Centro a cargo del caso, así como el motivo de conclusión de la JRD.

5.3.5 Honorarios y gastos de la JRD

Este aspecto no ha sido regulado con mucha claridad por el legislador, puesto que el artículo 209 del RLCE establece que las partes asumen en porciones iguales todos los honorarios y gastos de los miembros de la JRD, de acuerdo a lo establecido en las respectivas tablas de los Centros de Administración de JRD.

Sin embargo, el numeral 7.21 de la Directiva señala que, **a falta de acuerdo** entre las partes y los miembros de la JRD respecto del monto de los honorarios y gastos, éstos serán fijados de acuerdo a lo establecido en el respectivo reglamento del Centro.

Como se aprecia, de un lado el RLCE establece que los honorarios se fijan de acuerdo a la tabla del Centro, mientras que, de otro lado, la Directiva señala que los honorarios se fijarán por acuerdo entre las partes; y ante la falta de acuerdo, recién se recurrirá al reglamento del Centro.

Ante esta contradicción, ¿qué disposición debe primar? Al respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 208 del RLCE, establece que los procedimientos de la JRD serán regidos por un orden de prelación conforme a lo siguiente: LCE, RLCE, directivas del OSCE, el contrato

2. Laudos, rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones de laudos, decisiones que ponen fin a los arbitrajes y decisiones emitidas por las Juntas de Resolución de Disputas.
3. Copia de los documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a árbitros, secretarios arbitrales y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas por infracción al Código de Ética de la institución arbitral respectiva.

tripartito, disposiciones de la JRD; y, supletoriamente, por las directivas y reglamentos del Centro.

De lo expuesto se advierte que las disposiciones del RLCE priman sobre las de la Directiva, con lo cual, en relación a los honorarios de los miembros de la JRD, éstos se definirán en función a los montos establecidos en el Centro que lo administrará.

En lo que sí coinciden, tanto el artículo 209 del RLCE como el numeral 7.21 de la directiva, es que en caso de falta de pago a los miembros de la JRD por una de las partes, la otra parte puede subrogarse y realizar el pago, siendo que en caso de mantenerse la falta de pago, la JRD está facultada para disolverse.

Asimismo, el numeral 7.22 de la directiva señala que el Centro fijará los gastos administrativos por los servicios que preste, de acuerdo a las tarifas que establezca en sus respectivos reglamentos.

De otro lado, el contrato tripartito, el cual sabemos que no es de uso obligatorio para las partes, también incluye en su cláusula quinta, algunas disposiciones respecto a los honorarios de la JRD. Al respecto, el numeral 5.3 señala que las partes convienen en que no habrá lugar al pago de bonificaciones extraordinarias a los miembros de la JRD y que los miembros de la JRD se obligan a no recibir bajo dicho contrato cualquier tipo de bonificación, comisión, porcentaje o pago adicional de cualquier naturaleza en adicional a los honorarios fijados. En ese sentido, se entiende que la propuesta de honorarios que plantea el contrato tripartito es, a suma alzada.

Por su parte, el numeral 5.4 de la cláusula quinta del contrato tripartito señala que las partes dejan expresa constancia de que el honorario pactado se mantendrá fijo durante el lapso de vigencia de dicho contrato; salvo que el mismo se extienda por más de veinticuatro meses, en cuyo caso las partes podrán acordar un ajuste por inflación.

Ahora bien, a lo largo de la presente investigación, sólo se ha identificado dos instituciones que han publicado un reglamento para la administración de JRD. Me refiero al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (en adelante, Reglamento CARC-PUCP) y el Centro de Arbitraje Ing. CIP. Alberto Bedoya Sáenz, perteneciente al Colegio de Ingenieros del Perú (en adelante, Reglamento CIP), los cuales pasaremos a analizar a continuación, en lo que se refiere a los honorarios y gastos para las JRD.

- **Reglamento CARC-PUCP.** En el artículo 22 del Reglamento CARC-PUCP se señala que las partes asumirán en partes iguales todos los honorarios y gastos de los miembros de la JRD. Asimismo, indica que en caso de que la JRD esté integrada por tres miembros, éstos recibirán en partes iguales los mismos honorarios por su labor, salvo pacto en contrario. A continuación, mostramos el tarifario de dicha institución:

Tabla 5.2
Tabla de Honorarios de JRD del CARC-PUCP (Cifra es soles):

Escala	Cuantía de Contrato	Tasa administrativa del Centro MENSUAL (no incluye IGV)	Tasa administrativa del Centro 24 MESES (no incluye IGV)
A	5'000,000 - 40'000,000	3,500	84,000
B	40'000,001 - 70'000,000	3,500	84,000
C	70'000,001 - 100,000,000	3,500	84,000
D	100,000,001 - 150'000,000	3,500	84,000
E	150'000,001 a más	3,500	84,000

Escala	Cuantía de Contrato	Honorarios MENSUAL 3 miembros JRD (montos netos)	Honorarios 24 MESES 3 miembros JRD (montos netos)
A	5'000,000 - 40'000,000	No aplica	No aplica
B	40'000,001 - 70'000,000	20,100	482,400
C	70'000,001 - 100,000,000	24,000	576,000
D	100,000,001 - 150'000,000	26,100	626,400
E	150'000,001 a más	30,000	720,000

Escala	Cuantía de Contrato	Honorario MENSUAL Miembro único (montos netos)	Honorario 24 MESES Miembro único (montos netos)
A	5'000,000 - 40'000,000	11,600	278,400
B	40'000,001 - 70'000,000	No aplica	No aplica
C	70'000,001 - 100,000,000	No aplica	No aplica
D	100,000,001 - 150'000,000	No aplica	No aplica
E	150'000,001 a más	No aplica	No aplica

Fuente: Página web del CARC-PUCP

De la lectura de los artículos 23 al 28 de dicho reglamento, se aprecia que son tres tipos de pagos los que contempla el centro: a. Pago de honorarios (mensuales o diarios); b. Reembolso por gastos de desplazamiento y otros de la JRD; y c. Gastos administrativos del Centro.

a. **Pago de honorarios a la JRD.** El referido reglamento establece que los honorarios de los miembros de la JRD pueden ser pactados bajo la modalidad de honorario mensual o un honorario diario. En caso opten por el **honorario mensual**,[35] dicho reglamento señala que las partes pueden acordar pagar a los miembros de la JRD un honorario mensual en función de: disponibilidad para asistir a todas las reuniones de la JRD con las partes y a todas las visitas al sitio; disponibilidad para asistir a las reuniones internas de la JRD; por el estudio del 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 de la JRD; y otros gastos generales ocasionados por el miembro en su lugar de residencia. Asimismo, se indica que las partes pueden acordar pagar a la JRD un honorario mensual base por sus labores de asistencia consultiva y un incremento al honorario base en caso se emita una decisión.

   En relación al **honorario diario**,[36] el reglamento señala que las partes pueden acordar también el pago de honorarios diarios a cada miembro de la JRD por el tiempo dedicado a: reuniones y visitas al sitio; audiencias; tiempo de desplazamiento; reuniones internas de la JRD; estudio de los documentos entregados por las partes durante los procedimientos; preparación de la decisión o recomendación; y actividades de coordinación y organización del funcionamiento.

[35] Artículo 23 Reglamento CARC-PUCP.
[36] Artículo 24 Reglamento CARC-PUCP.

b. **Reembolso por gastos de desplazamiento y otros.** Este importe corresponde a los siguientes conceptos: desplazamientos locales, viajes por vía terrestre, aérea u otra, alojamiento, alimentación, llamadas de teléfono local o de larga distancia, gasto de fax y de mensajería, fotocopias, correos, gastos de visado, etc., los cuales serán reembolsados tomando como base su costo real, salvo pacto en contrario.

   Otro aspecto relevante se regula en el artículo 27 de dicho reglamento, pues se establece que, salvo acuerdo en contrario, los **honorarios mensuales** se facturarán y **se pagarán trimestralmente** por anticipado, mientras que los **honorarios diarios** y los gastos reembolsables se facturarán y se pagarán mediante **valorizaciones mensuales**.

c. **Gastos administrativos del Centro.** En torno a los gastos administrativos, dicho reglamento establece que será el centro quien fije su retribución por dichos conceptos de acuerdo a la tarifa que establezca (ver tabla 5.2).

- **Reglamento CIP**

   En el Reglamento de este centro se establece que cada miembro de la JRD recibirá sus honorarios de acuerdo con lo establecido en el respectivo contrato tripartito o, en su defecto, por las reglas que se establecen en el Reglamento CIP. En caso de emplearse este reglamento, las partes deberán asumir los siguientes pagos: a. Honorarios de los miembros de la JRD, b. Costos de desplazamiento y otros gastos y c. Pago por los gastos administrativos del centro.

a. **Pago de honorarios a la JRD.** Este pago se realizará por el tiempo que destinará la JRD en las siguientes actividades: asistir a reuniones y visita al sitio; audiencias; reuniones internas

de JRD; estudio de los documentos entregados por las partes durante los procedimientos ante la JRD; preparación de una determinación; actividades de coordinación y de organización de la JRD. Dichos honorarios se encuentran detallados en la Tabla I del reglamento CIP, conforme a lo siguiente:

Tabla 5.3
Tabla de Honorarios de JRD del Reglamento CIP

Honorarios de JRD		
# Adjudicadores	Rango de Cuantías	%
Único	De S/ 5,000,000.00 a < S/ 40,000,000.00	0.60 %
Tres	De S/ 40,000,000.00 a < S/ 70,000,000.00	0.80 %
Tres	De S 70,000,000.00 a < S/ 100,000,000.00	0.70 %
Tres	De S/ 100,000,000.00 a < S/ 150,000,000.00	0.50 %
Tres	> 150,000,000.00	0.45 %
Honorarios de CARD		
50 % más IGV de los honorarios de la Junta de Resolución de Disputas		

Fuente: Reglamento CIP

b. **Costos de desplazamiento y otros.** De acuerdo a lo indicado en el artículo 25 de Reglamento CIP, salvo estipulación en contrario, en el contrato tripartito, los gastos de desplazamiento en cualquier medio de transporte se reembolsarán en base a las tarifas correspondientes al trayecto entre el lugar de residencia del miembro de la JRD y el destino del viaje. Asimismo, los gastos de estadía en virtud de las visitas al lugar de ejecución del contrato, serán reembolsados por las partes tomando como base su costo real.

c. **Gastos administrativos del Centro.** Sobre el particular, la tabla de honorarios que hemos mostrado líneas arriba, señala que este costo ascenderá al 50% más IGV de los honorarios de la JRD, conforme a lo señalado en el artículo 26 del Reglamento CIP.

5.3.6 Orden de prelación de la normativa que deben usar los miembros de la JRD

Para la resolución de una controversia se debe tener presente dos clases de normas: aquéllas destinadas a la resolución del fondo de la controversia (normas sustantivas) y otras que constituyen las reglas que se deberán seguir durante el procedimiento de solución de controversias (normas adjetivas o procesales).

Por ejemplo, si la JRD tiene que resolver una controversia referida a determinar si corresponde o no otorgar una ampliación de plazo a un contratista, tendrá que identificar: i) Normas sustantivas: Es decir, todas aquéllas que regulan los supuestos en los que cabe el otorgamiento de una ampliación de plazo; y ii) Normas procesales: Aquéllas que sirven de pauta para las actuaciones de la JRD, tales como: el plazo en el que la JRD debe emitir sus decisiones, el plazo que tienen las partes para someter la decisión de la JRD a arbitraje, etc.

Ahora bien, ¿qué ocurre si dentro de las normas sustantivas o procesales existen preceptos que colisionan entre sí?, la solución jurídica se encuentra en establecer un orden de prelación para preferir aquella norma que se encuentre en un mejor rango.

Atendiendo a dichas circunstancias, la nueva LCE ha establecido un orden de prelación que deberán tener presente los operadores jurídicos, entre ellos, la JRD, al momento de emitir sus decisiones, conforme a lo siguiente:

□ **Orden de preferencia para la aplicación de normas sustantivas**

El artículo 45.3 de la nueva LCE establece un orden de preferencia en la aplicación del derecho para resolver una controversia. Dicha disposición es de orden público, lo que significa que su incumplimiento será sancionado con nulidad:

- La Constitución Política del Perú.
- La Ley de Contrataciones con el Estado (LCE).
- El Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (RLCE).
- Normas de derecho público.
- Normas de derecho privado.

□ **Orden de preferencia para la aplicación de normas procesales**

Al respecto, el artículo 208 del nuevo RLCE señala que los procedimientos de la JRD serán regidos por el siguiente orden:

- La Ley de Contrataciones con el Estado.
- El Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.
- Las directivas que emita el OSCE.
- El contrato tripartito celebrado entre los miembros de la Junta y las partes.
- Las disposiciones que emita la JRD.
- Supletoriamente por las directivas y reglamentos del Centro.

Un caso que nos permite analizar la aplicación del orden de preferencia en las reglas del procedimiento de las JRD, lo encontramos cuando deseamos determinar en qué tipo de contratos de ejecución de obra se puede pactar una JRD.

Como sabemos, el artículo 205 del RLCE establece que las partes pueden pactar una cláusula de solución de disputas a cargo

de una JRD, en aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean **superiores** a cinco millones de soles.

Sin embargo, el numeral 6.1 de la Directiva n.° 020-2016-OSCE/CD, señala que: «Las partes pueden pactar una cláusula de solución de disputas a cargo de una JRD en aquellos contratos cuyos montos sean **iguales o superiores** a cinco millones de soles [...]».

Como se puede apreciar, de un lado el reglamento establece que la JRD se puede pactar en contratos de ejecución de obra **superiores** a cinco millones de soles, mientras que la directiva considera que el criterio es **igual o superior** a cinco millones de soles.

Sobre el particular, se debe tener presente que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 208 del reglamento, al tener éste un rango de preferencia superior al de la Directiva, es la disposición contenida en el reglamento la que determina en qué supuesto se puede pactar una JRD (contrato superior a cinco millones de soles).

5.3.7 Procedimiento para someter una controversia a la JRD

A continuación, se explicará el procedimiento que establecen los numerales 7.12 al 7.19 de la Directiva respecto a los criterios que se deben tener en cuenta para someter una controversia a la JRD.

a. Presentación de la controversia. Cuando cualquiera de las partes desee someter una controversia a la JRD, debe presentar al Centro que administre la JRD una petición escrita en donde se deberá señalar lo siguiente:[37]

[37] 7.12 de la Directiva.

- □ Descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la controversia.
- □ Una lista de peticiones que serán sometidas a decisión de la JRD.
- □ Una presentación de la posición de la parte.
- □ Cualquier sustento que fundamente la posición, como documentos, planos, cronogramas o programas de actividades, correspondencia, etc.
- □ La respuesta que dio la parte contraria, de ser el caso.

Una vez presentada la solicitud al Centro, la fecha de recepción de la petición escrita será la fecha de inicio de la controversia sometida a la JRD. Otra posibilidad que prevé la Directiva, es que la petición no sea presentada sólo por la parte interesada, sino por ambas y arribar a un acuerdo sobre la discrepancia en cualquier momento, sin la necesidad de esperar la decisión de la JRD.

Lo que no se puede pretender es que, a través de una decisión de la junta, se modifiquen los plazos o procedimientos que regula la LCE y el RLCE respecto a las ampliaciones de plazo, variaciones a los trabajos adicionales, deductivos, modificación de contrato de obra, aclaraciones al expediente técnico y cualquier otro tipo de incertidumbre o controversia que surja, tal y como lo estipula el numeral 7.12 de la Directiva.

Es decir, la expectativa que se debe tener en relación a la determinación que emita la JRD sobre las discrepancias que puedan surgir, es que el contenido de su decisión se ajustará a los plazos y procedimientos que sobre el tema en cuestión, se encuentren previstos en la LCE, RLCE, el Contrato de Obra y cualquier otro documento que forme parte del mismo.

b. Contestación de la petición. En torno a la contestación de la petición, el numeral 7.13 de la Directiva establece que una vez que el Centro verifique que la petición escrita de someter una controversia a la JRD cumple con los requisitos indicados en el literal anterior, correrá traslado de la petición a la otra parte en un plazo máximo de tres días de recibida.

La parte que recibe la petición, deberá formular su contestación dentro del plazo de quince días siguientes, luego de ser notificada por el Centro. Para tal fin, su contestación deberá de incluir lo siguiente:

- □ Presentación clara y concisa de la posición respecto de la controversia.
- □ Documentos que respalden su posición, tales como planos, cronogramas o programas de actividades y correspondencia que considere pertinente.

No obstante ello, la JRD, en cualquier momento, puede solicitar a cualquiera de las partes que presente otros escritos o documentos que ayuden a la emisión de la decisión.

c. Audiencia. Al respecto, el numeral 7.14 de la Directiva señala que, luego de la contestación, la JRD determinará si es necesario realizar una audiencia para que cada parte realice una exposición sobre su posición, lo cual dependerá de la complejidad de la materia en controversia u otros aspectos que tenga a bien evaluar la JRD. Sin embargo, si una de las partes solicita la realización de dicha audiencia, ésta deberá efectuarse.

Asimismo, se indica que el plazo máximo para llevar a cabo la audiencia, no puede ser mayor a diez días desde que se recibió la contestación de la petición. La audiencia se podrá llevar a cabo en una o más sesiones.

Ahora bien, cuando deba realizarse en una fecha distinta a la de una visita periódica, la fecha y lugar serán establecidos de común acuerdo entre las partes y la JRD. A falta de acuerdo, decidirá la JRD.

La audiencia se llevará a cabo con presencia de los miembros de la JRD y un representante del Centro; sin embargo, ante la ausencia de alguno de los miembros de la JRD, los otros consultarán a las partes si desean que, de todas maneras, ésta se lleve a cabo.

La dirección de la audiencia estará a cargo de la JRD.

d. Adopción de la decisión. El numeral 7.15 de la Directiva establece que, en caso la JRD esté conformada por tres miembros, la decisión se adopta con el voto favorable de dos miembros; sin embargo, en el supuesto de que no exista mayoría, el voto del presidente de la JRD, será dirimente.

Se precisa, además, que los adjudicadores, es decir, los miembros de la JRD, tienen la obligación de votar en todas las decisiones y, si no lo hacen, se entenderá que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según sea el caso.

De otro lado, el miembro de la JRD que esté en desacuerdo con la decisión, debe elaborar un informe escrito, el cual no formará parte de la decisión, pero se comunicará a las partes conjuntamente con ella, en el que expondrá las razones que motivan su desacuerdo. Sin embargo, el hecho de que un miembro de la JRD no motive su desacuerdo, no será obstáculo para la eliminación de la decisión ni para su eficacia, tal y como señala el numeral 7.15 de la Directiva.

e. Contenido de la decisión y plazo de notificación. El numeral 7.16 de la Directiva indica que la JRD deberá formular su decisión por escrito, indicando la fecha de su emisión y los fundamentos y conclusiones que la motivan. Dicha decisión deberá incluir:

- □ Un resumen de la controversia, de las posiciones respectivas de las partes y de los pedidos que se solicitan.
- □ Un resumen de las disposiciones pertinentes del contrato de obra y de la legislación aplicable.
- □ Una cronología de los hechos relevantes.
- □ Un resumen del procedimiento seguido por la JRD.
- □ Una lista de los escritos y de los documentos entregados por las partes durante el procedimiento.
- □ La decisión en sí misma y su motivación.

Asimismo, se precisa, además, que la decisión debe ser emitida conforme a las normas de contrataciones del Estado y el contrato de obra, previniendo cualquier posible complicación o duda que pueda generar su aplicación.

El plazo con que cuenta la JRD para notificar su decisión al Centro es de quince días, computados desde la última audiencia o de la única que se haya realizado. Posteriormente, el Centro notificará la decisión a las partes en un plazo máximo de tres días contados desde la recepción de la misma.

De otro lado, se indica que las decisiones emitidas y notificadas a las partes fuera de los plazos indicados, serán ineficaces, salvo que ambas partes decidan, antes de la recepción de la notificación de la decisión respectiva y mediante acuerdo expreso, concederle a la JRD un plazo adicional para emitir la decisión. Dicho acuerdo debe ser suscrito antes de la recepción total de la obra.

Dicha decisión deberá ser notificada por la JRD al Centro dentro de los quince días siguientes a la fecha de realizada la última o única sesión.

f. Correcciones y aclaraciones de la decisión. El numeral 7.18 de la Directiva indica que la JRD puede corregir de oficio cualquier error tipográfico o informático, de cálculo, de transcripción o de naturaleza similar que contenga la decisión en un plazo de cinco días desde su notificación a las partes.

Asimismo, cualquiera de las partes puede pedir a la JRD la corrección de los errores señalados en el párrafo anterior, o bien que se formule una aclaración de su decisión, pedido que tendrá que formularse dentro de los cinco días siguientes a la fecha de recepción de la decisión. En este caso, la JRD otorgará a la otra parte un plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud, para que manifieste su opinión; luego de ello, la JRD emitirá su aclaración en el plazo de cinco días siguientes a la fecha de expiración del plazo otorgado a la otra parte para la recepción de sus comentarios. Finalmente, el Centro notificará a las partes la aclaración en el plazo máximo de tres días.

5.4 PROCEDIMIENTO PARA SOMETER A ARBITRAJE LAS CONTROVERSIAS QUE SURJAN EN LOS CONTRATOS DE OBRA EN DONDE SE HAYAN PACTADO UNA JRD

5.4.1 Tratamiento de controversias dentro del periodo de vigencia de las JRD

Al respecto, el artículo 213 del nuevo RLCE, establece lo siguiente:

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

El agotamiento del procedimiento ante la Junta de Resolución de Disputas, cuando este mecanismo haya sido pactado, es un presupuesto de arbitrabilidad, para los temas sometidos a su competencia. En el arbitraje correspondiente, la Junta de Resolución de Disputas no es parte del proceso.

Sin embargo, las partes quedan habilitadas para el inicio de un arbitraje, en caso la Junta de Resolución de Disputas no haya podido ser conformada; o si no emite y notifica a las partes su decisión en el plazo previsto en las reglas del procedimiento respectivas; o si la Junta de Resolución de Disputas se disuelve antes de la emisión de una decisión; o si se ha producido la recepción total de la obra, salvo el supuesto de excepción previsto en el artículo 211. En dichas circunstancias, el medio de resolución de controversias disponible para resolver la controversia es el arbitraje.

Los plazos de caducidad previstos en la ley para someter la controversia a arbitraje se computan desde que (i) venció el plazo para que la Junta de Resolución de Disputas emita y notifique a las partes su decisión o (ii) se comunique a las partes la disolución de la Junta de Resolución de Diputas o (iii) se ha producido la recepción total de la obra, según corresponda.

Todas las materias comprendidas en las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas pueden ser sometidas a arbitraje siempre que la parte que se encuentre en desacuerdo haya manifestado oportunamente su disconformidad, debiendo interponerse el arbitraje respectivo dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la recepción de la obra. En estos casos deberá plantear un único arbitraje, con independencia del número de decisiones de la Junta de Resolución de Disputas que se sometan a controversia. El sometimiento a arbitraje de las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas no suspende el trámite de liquidación del contrato, siendo que en caso de plantearse controversias respecto de la liquidación final, ésta deberá acumularse necesariamente con el proceso arbitral a cargo de resolver las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas.

Corresponde al titular de la entidad, bajo responsabilidad, evaluar la conveniencia o no de someter a arbitraje las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas, sobre la base de criterios de

> costo-beneficio, así como los costos y riesgos de no adoptar la decisión.
> Dicha evaluación debe estar contenida en un informe técnico legal. (El subrayado es agregado).

Como se puede apreciar, el citado artículo no sólo aborda los criterios que se deben tener en cuenta para someter una decisión de la JRD a arbitraje, sino que además incluye en el mismo artículo, supuestos en los que, habiéndose pactado una JRD, las partes se encuentran habilitadas para recurrir directamente al arbitraje.

Atendiendo a dichas consideraciones, resulta necesario analizar el artículo 213 del RLCE de forma pormenorizada, a fin de lograr su mejor comprensión. Dicho estudio lo subdividiré en los siguientes acápites:

i. La regla general es que no se puede recurrir al arbitraje, sin antes agotar el procedimiento de la JRD: ¿sistema escalonado de solución de controversias?

El artículo 213 del RLCE, ha previsto que la solución de las controversias que se susciten en los contratos de obra en donde se haya pactado una JRD, se resolverán mediante el sistema escalonado de solución de controversias, como regla general, salvo excepciones puntuales que comentaré más adelante.

En tal sentido, como regla general, se debe tener presente que las controversias que se susciten desde el inicio del contrato de obra hasta su recepción, y que sean de competencia de la JRD,[38] deberán ser sometidas en primer lugar a las JRD y en el supuesto de que alguna de las partes no esté de acuerdo con la decisión que emita la JRD, podrá recurrir al arbitraje en la

[38] Tener en cuenta que no todas las controversias que surjan en el contrato de obra son de competencia de la JRD. Para mayor información sobre el particular, pueden remitirse al numeral 5.3.2 del presente capítulo.

oportunidad y dentro del plazo de caducidad que establecen los artículos 212 y 213 del RLCE.

De manera que en este tipo de contratos, el arbitraje cumple un rol subsidiario, ya que para recurrir al arbitraje, es indispensable que previamente la controversia se haya sometido a la JRD. Es por ello que se considera que la JRD es un presupuesto de arbitrabilidad, tal y como lo establece el artículo 213.

- **Requisitos para someter una decisión de la JRD a arbitraje**

Como ya se ha explicado, cuando en un contrato de obra se haya pactado el acuerdo de solución de controversias a cargo de una JRD, todas las discrepancias que surjan entre las partes, y que sean competencia de la JRD, deberán ser sometidas a la JRD, quien, dentro de los plazos previstos en el RLCE y la Directiva, deberá emitir su veredicto a través de lo que se denomina «una decisión».

Ahora bien, sin perjuicio de que dicha decisión es de obligatorio cumplimiento para las partes, ello no enerva el derecho de cualquiera de ellas para manifestar su desacuerdo y, por consiguiente, solicitar que ésta sea revisada por un árbitro o un tribunal arbitral, según corresponda.

En ese sentido, si cualquiera de las partes decide someter a arbitraje la decisión de la JRD deberá tener en cuenta dos aspectos:

a. Manifestar su desacuerdo a la contraparte y a la JRD

Este procedimiento se encuentra regulado en el artículo 212 del RLCE y en los numerales 7.18 y 7.19 de la Directiva.

En efecto, un requisito indispensable para someter una decisión de la JRD a arbitraje es que, previamente, la parte interesada haya manifestado, de manera oportuna (dentro del plazo

de siete días de notificada la decisión), su desacuerdo total o parcial con la decisión de la JRD, para lo cual debió de remitir a la otra parte y a los miembros de la JRD una comunicación escrita indicando su disconformidad con la decisión, tal y como lo establece el artículo 212 del RLCE.

b. Iniciar el proceso arbitral dentro del plazo de caducidad

Conforme a lo dispuesto en el artículo 213 del RLCE, una vez que la parte que se encuentra en desacuerdo con la decisión, haya emitido su disconformidad, debe iniciar el arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la recepción de la obra.

Cabe resaltar que el plazo indicado en el párrafo anterior constituye uno de caducidad; es decir, para que el arbitraje sea admitido, debe ser iniciado antes de vencido dicho plazo.

Al respecto, el artículo 2003 del Código Civil señala que «la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente [...]». Por su parte, Peña Acevedo señala que la caducidad es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material por la inactividad del titular de dicho derecho, privándosele de aquél, luego de transcurrido el plazo fijado por la ley o la voluntad de los particulares (Opinión n.° 003-2013/DTN).

En consecuencia, éste es un aspecto que deben tener muy presentes las partes, a fin de no enervar su derecho a someter a arbitraje una decisión emitida por la JRD.

De otro lado, este plazo de caducidad de treinta días hábiles, computados desde la recepción de las obras, es únicamente aplicable para casos en los que se desee someter a arbitraje una

decisión emitida por la JRD, habida cuenta de que el RLCE establece, además, otros criterios de cómputo de caducidad cuando se desee llevar a arbitraje controversias que no pudieron ser dilucidadas por una JRD, pese a que ésta fue pactada en el contrato, aspecto que se desarrollará más adelante.

- **Criterios que deberán emplear las entidades para decidir someter a arbitraje una decisión de la JRD**

Ya he explicado que para someter a arbitraje una decisión emitida por la JRD, primero hay que manifestar el desacuerdo con la decisión, dentro de los plazos previstos, y luego interponer el arbitraje, dentro de los plazos de caducidad que prevé la norma.

Sin embargo, como resulta evidente, uno de los objetivos de incluir a la JRD como mecanismo de solución de controversias, es que el mismo no sólo logre prevenir las controversias, sino que, además, sea un filtro hacia el arbitraje; de lo contrario, es decir, si todas las decisiones de la JRD terminan siendo llevadas a sede arbitral, la JRD no tendría ninguna razón de ser, ya que sólo debería llegar a arbitraje lo que resulte indispensable o aquellas controversias que no sean de competencia de la JRD.

Bajo dicha premisa, es importante que los funcionarios del Estado tengan presente lo dispuesto en el artículo 213 del RLCE, en donde se establece cuál es el criterio que deberán tener las entidades del Estado para decidir si someten o no a arbitraje una decisión de la JRD. En esa línea, el citado artículo establece que el titular de la entidad, bajo responsabilidad, será quien deba evaluar la conveniencia o no de someter a arbitraje las decisiones que pueda emitir la JRD, sobre la base de criterios de **costo-beneficio** y ponderando los costos en tiempo y recursos de recurrir a la vía arbitral, así como la expectativa de éxito en tal vía y los riesgos de no adoptar la decisión. Indicando, asimismo, que dicha

decisión **debe constar en un informe técnico-legal**, debidamente fundamentado.

Éste es un aspecto clave para augurar el éxito que puedan tener las JRD, en el marco de las contrataciones con el Estado, en nuestro país, debido a que uno de los riesgos que existe, es que las entidades del Estado decidan someter a arbitraje todas las decisiones de la JRD cuyo resultado les sea adverso, no bajo un criterio costo-beneficio, como exige la norma; no porque consideren que la decisión fue equívoca; no porque consideren que la decisión es injusta, sino por el temor de que si no lo hacen, terminarán siendo cuestionados por los órganos de control interno.

Dicho temor ha sido tan poderoso, que durante años ha ocasionado que otros mecanismos de solución de controversias, como la conciliación, no tengan éxito en nuestro país, justamente por la misma razón: que los funcionarios no deseaban conciliar porque ello podía ser interpretado por los órganos de control como una forma de favorecer al contratista, con lo cual las entidades preferían no conciliar y dejar que la controversia sea resuelta en sede arbitral.

Ahora bien, como ya dijimos, la decisión de la entidad de someter a arbitraje una decisión de la JRD, debe ser sustentada bajo un criterio costo-beneficio. En esa medida, su decisión se debe basar en un análisis respecto a cuál sería el costo y cuál sería el beneficio de implementar su decisión, así como los impactos que ella conllevaría.

En este punto, los órganos de control interno también cumplen un rol importante, habida cuenta de que no deben cuestionar las decisiones de los funcionarios públicos por el solo hecho de que tengan una opinión distinta a ellos, como ha ocurrido en muchos casos.

ii. Excepciones a la regla: supuestos en los que habiéndose pactado una JRD, las partes pueden recurrir directamente al arbitraje

Existen algunos otros supuestos que ha previsto el artículo 213 del RLCE, en los que, pese a haberse pactado una JRD, las partes pueden recurrir al arbitraje sin esperar que dicho procedimiento termine.

Tales supuestos, son los siguientes:

- Cuando la controversia no sea materia de competencia de la JRD.
- Cuando la JRD no se pudo conformar.
- Cuando la JRD no emitió ni notificó su decisión en el plazo previsto.
- Cuando se disolvió la JRD antes de la emisión de una decisión.

5.4.2 Tratamiento de controversias después del período de vigencia de las JRD

Este tipo de controversias, serán aquéllas que surjan después de la recepción de las obras. En este escenario, las partes deberán recurrir directamente al arbitraje.

En esa línea, la pregunta que cae por su propio peso es ¿qué tipo de controversias podrían surgir después de la recepción de las obras? Pues, principalmente, controversias sobre la liquidación del contrato y/o vicios ocultos.

Capítulo VI: Ventajas que justifican la necesidad de contar con una JRD y factores que amenazan su eficiencia en el marco de las contrataciones con el Estado

A efectos de determinar si las JRD, reguladas en la actual normativa de contrataciones con el Estado, serán un mecanismo que contribuirá a la solución de las controversias que se susciten en los contratos de ejecución de obra pública, resulta conveniente analizar las ventajas que justifican la necesidad de contar con una JRD en los contratos de obra en nuestro país, así como los factores que amenazan su eficiencia.

6.1 Ventajas que justifican el uso de las JRD

En esta sección analizaremos aspectos referidos a la rapidez en la solución de controversias, la inmediatez respecto al conocimiento sobre la obra, menores retrasos durante la ejecución de la obra y la prevención de conflictos:

6.1.1 Rapidez en la solución de controversias

Ésta es una de las mayores ventajas que ofrece la JRD, debido a que el tiempo en que se solucionan las controversias es bastante inferior a lo que en promedio dura un arbitraje.

En efecto, la celeridad de este mecanismo se puede medir en tres aspectos: i) Es un mecanismo que tiene menos formalidades y etapas, ii) El panel de expertos se encuentra plenamente informado sobre los aspectos relevantes de la obra en todo momento; y iii) El tiempo del que

dispone la JRD para emitir una decisión es inferior a lo que en promedio toma a un árbitro o tribunal arbitral, emitir un laudo.

Con relación al primer aspecto, veamos el siguiente cuadro:

Tabla 6.1
Cuadro comparativo entre la JRD y el arbitraje respecto al tiempo aproximado en la solución de controversias:

Actividades	**Plazos**	
	JRD (días calendario)	**Arbitraje (días hábiles)**
1. Presentación de la solicitud	--	-
2. Centro corre traslado de la solicitud	3	5
3. Contestación de solicitud	15	5
4. Audiencia de instalación	--	En función a disponibilidad de árbitros y centro arbitral
5. Presentación de demanda	--	10
6. Contestación de demanda	--	10
7. Fijar audiencia de puntos controvertidos	--	En función a disponibilidad de árbitros y centro arbitral
8. Fijar audiencia de ilustración	10	
9. Alegatos	--	5
10. Fijar audiencia de informe oral	--	En función a disponibilidad de árbitros y centro arbitral
11. Plazo para emitir decisión	15	30
12. Solicitud de correcciones a la decisión	5	10
13. Corrección o aclaración de decisión	5	15
Tiempo aproximado	**53 días**	**1 a 2 años**

Fuente: Elaboración propia.

Esta tabla muestra que las JRD ofrecen un importante ahorro en tiempo en la solución de controversias en comparación con el arbitraje. Las primeras resuelven las disputas en máximo seis etapas, mientras que el segundo, aproximadamente, en doce; de las cuales, muchas de ellas no cuentan con un plazo máximo para su realización, con lo cual los procesos arbitrales terminan dilatándose más allá del tiempo necesario.

Ante ello, diversos autores señalan que el arbitraje, dada su naturaleza y por consistir necesariamente en un proceso, con una serie de formalidades y etapas, no puede competir en rapidez y celeridad con las JRD (Castillo Freyre, 2014, p. 48).

En efecto, no podemos perder de vista que el arbitraje, si bien es cierto es un mecanismo que ha ganado un justo reconocimiento en la solución de controversias; sin embargo, en la práctica, pareciera no superar aún aquellas exigencias de costo y tiempo que emergen de la naturaleza misma de la actividad de la construcción (Paredes, 2013, p. 81).

Por ello, se sostiene que las JRD o DB surgieron producto de la reacción desde la propia industria de la construcción, a la excesiva complejidad y demora de los procedimientos judiciales y arbitrales, con la finalidad de proporcionar un mecanismo rápido y eficaz en la resolución de controversias, prácticamente, en tiempo real (Laorden Mengual, 2011, p. 41).

Ahora bien, en relación a la segunda variable de medición (panel de expertos familiarizados con la obra), resulta interesante destacar que conforme a lo establecido en el numeral 7.9 de la Directiva, la JRD cuenta con una serie de obligaciones, entre ellas, la de realizar visitas periódicas a la obra, a fin de mantenerse permanentemente informada de la ejecución de los trabajos y de cualquier desacuerdo o controversia que surja o pueda surgir entre las partes (entidad y contratista).

Este aspecto es clave debido a que, en términos de celeridad, resulta de vital importancia contar con un adjudicador o panel de expertos, según sea el caso, que conozca la obra desde su inicio y se vaya familiarizando con su ejecución, avance, adicionales de obra, ampliaciones de plazo, adendas al contrato, etc., información que irá recopilando a lo largo del proceso producto de las visitas periódicas que realice a la obra.

Respecto a la tercera variable, consistente en el tiempo que se toma una JRD en emitir su decisión, tenemos que, conforme se aprecia en la Tabla 6.1, la JRD podrá emitir su decisión a las partes en, aproximadamente, cincuentitrés días, mientras que en un arbitraje este tiempo podría durar en promedio entre 1 ó 2 años, si no es más.

En ese orden de ideas, podemos colegir que la JRD es un mecanismo verdaderamente ágil en la solución de controversias que se suscitan entre las partes desde el inicio del contrato hasta la recepción de las obras.

6.1.2 Inmediatez

Otra de las ventajas de la JRD que ya ha hemos adelantado en el numeral anterior, es que sus miembros logran adquirir un conocimiento real de la obra, debido a que acompañan a las partes desde el inicio de la obra hasta la recepción de la misma, de manera que su rol preventivo y consultivo es permanente.

Es por ello que el artículo 208 del RLCE establece que, dentro de las actividades de la JRD, se encuentra el efectuar visitas periódicas a la obra durante su ejecución. Este aspecto es sumamente importante, porque permite a los adjudicadores obtener información en tiempo real respecto al estado en el que se encuentra la obra, a fin de prevenir o tener una mejor visión para la solución de las controversias.

La JRD es testigo del progreso de la ejecución de la obra, encontrándose en capacidad de identificar y discutir las potenciales controversias, escuchando reclamos, preparando recomendaciones durante su ejecución, lo cual podría ayudar a que las partes (entidad y contratista) puedan mantener una relación sana y pacífica entre ellas (Wöss, 2006, p. 15) o, al menos, ello sería lo deseable.

El hecho de que los adjudicadores puedan contar con los elementos probatorios adecuados, obtenidos en tiempo real, a fin de que éstos no sean destruidos o no se encuentren disponibles para una inspección o verificación posterior, es muy importante, lo cual muchas veces no ocurre cuando las controversias se resuelven en sede arbitral. (Figueroa, 2010, p. 1).

Un ejemplo de ello lo propone Peñate (2014), quien manifiesta que no resulta ventajoso que los reclamos referidos a la ejecución de la obra se acumulen hasta el final del contrato, ya que muchas veces los terceros que tengan que resolver una controversia «no podrán apreciar ellos mismos el talud que se derribó provocado por una fuerza de la naturaleza, o el volumen adicional de excavaciones que reclama el contratista» (p. 91).

En esa línea, la labor de la JRD de realizar visitas frecuentes al sitio o lugar donde se ejecute la obra, requiriendo a las partes la entrega de documentos, consultando a testigos o a los representantes de las partes, y leyendo los informes de avances de obra y anotaciones del cuaderno de obra, permite a los miembros de la JRD estar en una excelente posición para prevenir y resolver las controversias de manera rápida (Figueroa, 2010, p. 3); y, a su vez, ayuda al adjudicador o panel de expertos a conocer casi en simultáneo los hechos que ocasionan un reclamo (Peñate, 2014, p. 91), de manera que la inmediatez de la información de la obra que puede obtener la JRD para la prevención o solución de controversias, es otra de las ventajas que presenta este mecanismo.

6.1.3 Menores retrasos en la ejecución de la obra

Uno de los problemas que se suscitan durante la ejecución de las obras, es que con frecuencia éstas no logran culminarse dentro del plazo en que habían sido concebidas, lo cual puede ocurrir por factores de diversa índole, como por ejemplo, errores en el expediente técnico, demoras en la aprobación de adicionales de obra, ampliaciones de plazo, incumplimiento de obligaciones del contratista o de la entidad, entre otros. Sin embargo, el problema no es que estas situaciones se presenten porque muchas de ellas resultan inherentes a la naturaleza conflictiva de toda obra, el problema es que no exista un ente que se encargue de la gestión de los conflictos, dicho de otra forma, que no exista un tercero imparcial que pueda ayudar a las partes a resolver sus desavenencias de manera rápida y eficaz.

Es, justamente bajo dicha premisa, que surge la necesidad de implementar en los contratos de obra a las JRD, a fin de evitar retrasos en las mismas, siendo que la actuación de la JRD se configura dentro de una etapa prearbitral, que dada su naturaleza de actuación, no presenta los inconvenientes propios de los arbitrajes, en donde en ocasiones, debido a la extemporaneidad con la cual se atiende el reclamo es, usualmente, muy tarde para resolver las disputas que requieren atención inmediata, lo que significa también un mayor costo y tiempo empleado (Figueroa, 2010, p. 11).

Pero, ¿exactamente que elemento es el que permitirá a la JRD reducir riesgos de paralizaciones o demoras en la obra? Pues, el hecho que de un lado, las decisiones que formule la JRD son emitidas en corto tiempo (quince días después, computados desde la última audiencia o de la única audiencia que se haya realizado, tal y como lo establece el numeral 7.16 de la Directiva); y, de otro lado, que dichas decisiones son de obligatorio cumplimiento para las partes, siendo que las mismas deben ser acatadas por la entidad y el contratista, así no estén de acuerdo.

En ese sentido, ante una controversia, las partes la pondrán en conocimiento de la JRD y ésta emitirá su decisión, la misma que tendrá que ser acatada tanto por la entidad como por el contratista, con lo cual se disminuye el riesgo de paralización o retraso en la obra. No obstante ello, la parte que se vio afectada con la decisión luego de recibida la obra, podrá someter la decisión de la JRD a arbitraje, dentro de los plazos de caducidad previstos en la LCE y el RLCE. En otras palabras, las partes recurrirán al arbitraje una vez que la obra esté culminada y no antes, ello es un cambio trascendental en la gestión de los conflictos de la ejecución de obras, puesto que se prima el interés público.

Es por ello que las JRD son útiles en los contratos de construcción a mediano o largo plazo, toda vez que permiten resolver los conflictos en forma oportuna durante el desarrollo de las obras, sin necesidad de extinguir el vínculo contractual ni paralizar la ejecución de la obra, más allá del corto tiempo que el panel de expertos necesita para emitir su decisión (Figueroa, 2010, p. 12).

6.1.4 Prevención de conflictos

El numeral 7.6 de la Directiva establece que a petición de ambas partes, la JRD puede, además de resolver controversias, ejercer una función consultiva con la finalidad de prevenir el surgimiento de futuras controversias. Dicha función consiste en que la JRD emita una opinión no vinculante sobre algún aspecto que, a criterio de las partes, pueda en el futuro dar lugar a una controversia.

Este mecanismo puede resultar muy provechoso para las partes que actúen de buena fe, debido a que puede absolver inquietudes o despejar sus dudas de orden técnico, evitando, de esta manera, que en el futuro aquella duda no aclarada, se convierta en una controversia.

Asimismo, el rol que asume la JRD puede ayudar a que las partes actúen de forma más profesional y razonable en la toma de decisiones,

en la presentación de sus reclamaciones y en cualquier discusión en general, ya que la mera presencia de la JRD suele actuar como freno de posturas infundadas (Laorden Mengual, 2011, p. 41).

Ahora bien, autores como Figueroa consideran que las JRD tienen, además, la ventaja de que pueden ser usadas tantas veces cuantas desavenencias surjan en el transcurso de la ejecución del proyecto del contrato (Figueroa, 2010, p. 12). En principio, ello es cierto; sin embargo, soy de la opinión de que tampoco se puede hacer un uso indiscriminado de las mismas, ya que tendríamos como consecuencia el efecto adverso del que se persigue; es decir, que cualquier duda o inquietud que formule el contratista para obtener la opinión del proyectista, supervisor o la entidad, terminen siendo trasladadas también a la JRD para su opinión, pese a tratarse de consultas de rutina; de manera que aquí nuevamente se debe apelar a la buena fe entre las partes.

6.2 Factores que amenazan la eficiencia de la JRD

A continuación, abordaremos los siguientes aspectos: (i) honorarios de los miembros de la JRD; (ii) carencia de adjudicadores; e (iii) impugnación de las decisiones de la JRD.

6.2.1 Honorarios de los miembros de la JRD

Conforme a lo establecido en el artículo 209 del RLCE, las partes asumen por igual los honorarios y gastos, tanto de la JRD como del Centro que prestará sus servicios de administración, siendo que la falta de pago de una de las partes, permite que la otra pueda subrogarse y efectuar el pago; caso contrario, la JRD puede disolverse.

Como sabemos, una JRD puede ser incorporada en los contratos de obra, como mecanismo de solución de controversias, cuyo valor sea superior a los S/ 5’000,000.00 (cinco millones de soles), por lo que co-

rresponderá a las partes evaluar el impacto económico que tendrán los honorarios de la JRD y del Centro en el presupuesto de la obra, a fin de determinar si los mismos podrían constituirse en una desventaja que desaliente la incorporación de la JRD en los contratos de obra.

A manera de referencia, Figueroa sostiene que, según la CCI, el costo de usar los DB durante la ejecución de un contrato, oscila entre un 0.04% a un 0.51% del costo total del contrato (Figueroa, 2010, p. 13).

En nuestro país, como ya hemos explicado en el numeral 5.3.5 de esta investigación, existen dos instituciones que cuentan con un reglamento para la administración de JRD: (i) El CARC-PUCP y (ii) el Colegio de Ingenieros del Perú.

En el primero se fija una tarifa de honorarios en función a la cuantía del contrato; mientras que, en el segundo, la tarifa de honorarios de la JRD oscila entre el 0.45 y 0.60% del valor del monto del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, las partes deberán evaluar de qué manera impacta en el contrato el monto que se deberá destinar para cubrir los honorarios de la JRD; no obstante, si el uso de esta institución no cumple con la finalidad propuesta, entonces, sin lugar a duda, el importe que se destine para estos fines, será valorado de forma negativa por las partes.

6.2.2 Carencia de adjudicadores

El RLCE, en su artículo 207, establece que si la JRD está integrada por un solo miembro, éste debe ser ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado; mientras que si está conformada por tres miembros, el presidente debe contar con las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único y los otros dos miembros deben ser expertos en la ejecución de obras.

Eso significa que, en caso de que la JRD esté integrada por tres miembros, con excepción del presidente, los otros adjudicadores pueden tener cualquier profesión, incluso la de abogado.

Por su parte, el numeral 7.1 de la Directiva, establece que los Centros que administren JRD, deben llevar un registro de adjudicadores nacionales y/o extranjeros. Dicho listado debe ser difundido, conjuntamente con las especialidades y experiencia de los citados expertos para conocimiento del público, al menos a través de su página web. La lista de adjudicadores del CARC-PUCP, es la siguiente:

Figura 6.1
Registro de adjudicadores nacionales del CARC-PUCP:

Nº	Nombres	Profesión
1	Arrese Orellana, Humberto	Abogado
2	Becerra Naccha, Ives	Abogado
3	Campos Medina, Alexander	Abogado
4	Franco Regjo, Eric	Abogado
5	Gray Chichón Jaime Alejandro	Abogado
6	Henostroza Ames Miriam Ruth	Ingeniera Civil
7	Lama Bustinza, José Andrés	Abogado
8	Lazo Piccardo Martín	Abogado
9	López Aviles, Carlos	Ingeniero Civil
10	Paredes Carbajal, Gustavo	Abogado
11	Rivarola Rodríguez María Eliana	Ingeniera
12	Rodríguez Ardiles, Ricardo José Fernando	Abogado

Fuente: Pagina web CARC-PUCP.

Figura 6.2
Registro de adjudicadores extranjeros del CARC-PUCP:

Nº	Nombres	Profesión	País
1	Brodsky Fleischman, Jerry	Abogado	Estados Unidos
2	Figueroa, Juan Eduardo	Abogado	Chile
3	Guyer, James T.	Ingeniero	Estados Unidos
4	Hernández García Roberto	Abogado	Mexico
5	Medina Salla, Ricardo	Abogado	Brasil
6	Peters, Roger J.	Abogado	Estados Unidos
7	Sanhueza, Eduardo	Ingeniero	Chile
8	Sukkar, Marc	Abogado	Qatar
9	Waggeman Farfán,Alex	Abogado	Chile

Fuente: Página web CARC-PUCP.

Como se puede apreciar, el CARC-PUCP cuenta, a la fecha, con un total de veintidós profesionales, de los cuales, dieciséis son abogados y únicamente seis ingenieros. De todos los adjudicadores, trece son nacionales y nueve son extranjeros (no sabemos si con residencia en el Perú).

En relación al Colegio de Ingenieros del Perú, en su página web no se identifica ninguna lista de adjudicadores.

En ese orden de ideas, se puede colegir que, actualmente, en nuestro país existe una carencia de adjudicadores que puedan integrar una JRD, más aún si los pocos que existen son predominantemente abogados, quienes debido a las reglas establecidas en el artículo 207 del RLCE, sólo pueden integrar paneles de tres miembros, con lo cual se reduce aún más el número de JRD que podrían implementarse en nuestro país.

En este punto, resulta válido preguntarse, ¿es conveniente que una JRD esté conformada por al menos un abogado? Soy de la opinión de

que definitivamente ello debería ser así, debido a que muchas de las discrepancias que surgen en un contrato de obra tienen connotación legal. No en vano, el artículo 207 del RLCE exige que, en caso la JRD esté integrada por un solo miembro, éste debe contar con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado.

En ese sentido, es recomendable que la JRD esté conformada por, al menos un abogado, pues su experiencia como perito en derecho va a facilitar la emisión de la decisión conforme a la ley, lo cual ayudará, además, a dar confianza a las partes respecto de la credibilidad de la decisión (Quintanilla, 2006, p. 6). Así como también para evitar que, producto de la falta de experiencia de los profesionales ajenos al derecho, se emitan decisiones de la JRD sin observar el debido proceso, lo que conllevaría a que la parte perjudicada con la decisión se vea obligada a recurrir a un arbitraje, alargando de esta manera la solución del conflicto.

Expertos como Figueroa, sostienen que, de acuerdo al sistema de la CCI, en la práctica, los DB están integrados usualmente por dos ingenieros y un abogado, quien incluso preside (Figueroa, 2010, p. 13).

6.2.3 Impugnación de las decisiones de la JRD por temor al control de los órganos fiscalizadores

Uno de los factores que ocasionó el fracaso de la conciliación como mecanismo de solución de controversias, ha sido el temor del funcionario público para tomar una decisión que luego pueda ser cuestionada por el Órgano de Control Interno de la Entidad. Se espera que lo mismo no ocurra con la JRD; sin embargo, las probabilidades de que la entidad decida someter a arbitraje todas aquellas decisiones que sean adversas a la posición de ésta, tienen un riesgo que puede ser considerado como moderado, puesto que el artículo 213 del RLCE exige que para llevar a cabo dicha medida, el titular de la entidad, bajo responsabilidad, o el

servidor en quien éste haya delegado tal función, evalúa la conveniencia o no de someter a arbitraje las decisiones de la JRD, sobre la base de criterios de costo-beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos de recurrir a la vía arbitral, así como los costos y la expectativa de éxito en dicha vía y los riesgos de no adoptar la decisión. Dicha evaluación debe estar contenida en un informe técnico legal debidamente fundamentado.

Conclusiones

1. A lo largo de la presente investigación se ha demostrado que los actuales mecanismos de solución de controversias, tales como la conciliación y el arbitraje, presentan una serie de dificultades que han limitado su eficacia, razón por la cual se requiere de nuevos métodos de solución de discrepancias, como lo es la JRD (conocida internacionalmente como DB), a fin de mejorar la gestión de conflictos entre la entidad y el contratista durante la ejecución de la obra pública.

2. Se ha determinado que los DB a nivel internacional han registrado importantes casos de éxito en la gestión de controversias que se han suscitado durante la construcción de obras de gran envergadura, en países de Asia, Europa, África, así como también en Estados Unidos, Canadá, El Salvador, Ecuador y Chile. Dicho éxito consiste en que las controversias que se han sometido a un DB, pocas veces han sido llevadas a arbitraje, permitiendo que las obras se culminen dentro del plazo de su contrato y sin dilaciones.

3. Actualmente, nuestro país ya cuenta con todas las condiciones necesarias para el empleo de la JRD, en el ámbito de las contrataciones con el Estado, como mecanismo útil en la gestión de controversias que se susciten durante la ejecución de contratos de obra cuyo valor sea superior a S/ 5'000,000.00 (cinco millones de soles), puesto que existe un marco normativo definido en la LCE, el RLCE y la Directiva. Esta última incluye, a su vez, un modelo de cláusula de solución de disputas a cargo de una JRD, así como también el modelo de contrato tripartito, para ser suscrito entre las partes y los miembros de la JRD. Asimismo, ya existen instituciones de prestigio que

se encuentran preparadas para administrar las JRD; sin perjuicio de ello, es necesario que se realicen algunas modificaciones a la LCE y RLCE, a fin de potenciar el uso de la JRD.

4. El hecho de que la JRD tenga la capacidad de emitir decisiones vinculantes y de obligatorio cumplimiento para las partes, es sumamente importante para el éxito de este mecanismo, puesto que ello permitirá que los conflictos se atiendan dentro del plazo del contrato, siendo que, una vez que la obra se reciba, recién cualquier discrepancia sobre la decisión emitida por la JRD, podrá ser sometida a arbitraje, salvo casos excepcionales, lo cual es muy beneficioso, puesto que de un lado se reducen los riesgos de paralización o atrasos en las obras; y, de otro, se podrán canalizar todas las discrepancias en un solo arbitraje, evitando, de esta manera, decisiones contradictorias.

5. El hecho de que se atribuya al titular de la entidad o el servidor en quien éste haya delegado dicha función; la responsabilidad de antes de someter una decisión de la JRD a arbitraje, analizar criterios costo-beneficio, costos en tiempo y recursos de recurrir a la vía arbitral, así como los riesgos de no adoptar la decisión de la JRD, es de vital importancia para el éxito de este mecanismo en nuestro país, puesto que ayudará a disuadir a aquellos funcionarios públicos que, por el solo hecho de que una determinación de la JRD fue adversa a la posición de la entidad, consideren que la misma deba ser sometida a arbitraje.

6. La idoneidad de los miembros de la JRD es de vital importancia para el buen funcionamiento de la JRD, puesto que sus cualidades y capacidades como expertos interdependientes serán las que les permitirán tener ascendencia sobre las partes y así lograr la confianza y respeto de éstas, fomentando un ambiente de colaboración permanente entre la entidad, el contratista y la JRD.

7. El rol que tendrán los Centros de Administración de JRD es trascendental, puesto que tienen la responsabilidad de realizar sus actuaciones con la rapidez y celeridad que se requiere, proporcionando, entre otros, el apoyo logístico a la JRD y las partes; y, a su vez, supervisando el cumplimiento de los principios éticos de los miembros de la JRD.

Referencias

Adepro (2012). *Buenas prácticas y lecciones aprendidas: El caso de Fomilenio El Salvador.* El Salvador.

Alvarado, K. (11 de septiembre de 2015). Enfoque negativo y positivo del criterio discrecional en las contrataciones del Estado. Lima, recuperado el 1 de enero de 2017 de https://www.youtube.com/watch?v=qqnq0wlehwg.

Álvarez Illanes, J. F., I. S. Hiromoto Hiromoto & R. Álvarez Llosa (2016). *Manual operativo del proceso de contrataciones.* Lima.

Banco Mundial (s/f), recuperado el 2 de junio de 2017. *Quiénes somos*. http://www.bancomundial.org/es/who-we-are.

Barletta, F., M. Pereira, V. Robert & G. Yoguel (2013). Argentina: Dinámica reciente del sector de software y servicios informáticos. *Revista de la Cepal* (110), 137-155. Obtenido de: http://www.cepal.org/publicaciones/xml/1/50511/rve110yoqueletal.pdf.

Benavente, C. A. & E. A. Sotelo (2014). Novedades en los mecanismos de resolución de controversias en etapa de ejecución contractual de la nueva ley de contrataciones del Estado. *Arbitraje PUCP*, 21-27.

Cairns, D. & I. Madalena (2006). El reglamento de la ICC relativo a los «*Dispute Boards*». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1-11.

Capuñay Chafloque, F. & G. R. Ferruzo Dávila (2014). Breves apuntes sobre los *Dispute Boards Resolution*. *Lumen* (10), 105-112.

Castillo Freyre, M. (2014). Un nuevo amigo del arbitraje: los *Dispute Boards*. *Arbitraje PUCP*, 47-50.

Castillo, M. & R. Sabroso (2011). El arbitraje del Estado peruano. *Ius et Veritas* (43), 1.

Cb24. (20 de septiembre de 2014). *Youtube*, recuperado el 2 de junio de 2017. Conozca la historia del Fomilenio. https://www.youtube.com/watch?v=chxrmezrwwm.

Cgr. (marzo de 2015). *www.contraloria.gob.pe,* recuperado el 2 de junio de 2017, de http://www.contraloria.gob.pe/wps/portal/portalcgrnew/siteweb/comunicaciones/boletin/!ut/p/b1/04_sj9cpykssy0xplmnmz0vmafgjzoldxf29tzwnjaz8_qnnddznjukndb2ddewnziakioekdhaarwowfimdy2nj5xaztxmzjxcdr08tg2bhd29pa0mdqh4cfpj5glkm39myop14fbdwv5d-vhpofhiwqml1o_apb.

Choy, M. & G. Chang (2014). *Medidas macroprudenciales aplicadas en el Perú.* Lima: Banco Central de Reserva del Perú, obtenido de http://www.bcrp.gob.pe/docs/publicaciones/documentos-de-trabajo/2014/documento-de-trabajo-07-2014.pdf.

Contraloria General de la República (2015). *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el período 2003-2013.* Lima.

Escobar, A. (2014). *Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura.* Quito.

Fidic (s/f), recuperado el 2 de junio de 2017. *About Fidic*. http://fidic.org/about-fidic.

Figueroa Valdes, J. E. (2010). Los *Dispute Boards* o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción. *Gaceta Jurídica* (364), 9-17.

Figueroa, J. (2010). Los *Dispute Boards* o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción. *Gaceta Jurídica*, 1-11.

Franco, E. (2016). Las Juntas de Resolución de Disputas (*Dispute Boards*) en la nueva ley de contrataciones del Estado peruano, 6, 30-67.

Freitas, R. A. & Gushiken, J. D. (2016). *Dispute Boards: mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción.* Lima: Thomson Reuters.

Gallardo, J. (s/f). *Youtube*, recuperado el 1 de enero de 2017. https://www.youtube.com/watch?v=vnzcvnpvr5i.

Gandolfo Cortés, R. (2014). Las Juntas de Resolución de Disputas. *Propuesta*.

García Nieto, J. P. (2013). *Construye tu web comercial: de la idea al negocio.* Madrid: Ra-Ma.

González de Cossio, F. (2010). Contratos incompletos y solución de controversias. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (Alacde) Annual Papers*, 1-10.

Guzmán-Barrón, C. & R. Zúñiga (2014). Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigacón del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos-PUCP «Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales». *Arbitraje PUCP*, 83-102.

Hernández García, R. (2006). Algunos comentarios sobre las ventajas y desventajas de los diferentes medios de solución de controversias en los contratos administrativos. *Pauta.* Boletín Informativo del Capítulo Mexicano (50), 86-89.

Hernández, R. (27 de noviembre de 2014). *Obras web México*, recuperado el 2 de junio de 2017 de Perú y Honduras toman la delantera: http://www.obrasweb.mx/construccion/2014/11/27/peru-y-honduras-toman-la-delantera.

Hurtado, J. M. (2015). De la conciliación decisoria a la Junta de Resolución de Disputas. *Derecho & Sociedad*, 207.

ICC. (s/f). *The Current ICC Dispute Board Rules are in force as of 1 October 2015,* recuperado el 2 de junio de 2007. https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/.

ICC-Spain. (s/f). *¿Quienes somos?*, recuperado el 2 de junio de 2017. ¿Qué es la Cámara de Comercio Internacional ICC? http://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/.

Kundmüller, F. (2012). *Arbitration of Government Contracts in Latin America: Peru, The example to follow?* The World Bank.

Laorden Mengual, P. (2011). Las *Dispute Boards* como medio de resolución de controversias. *Tecniberia* (29), 40-41.

Latorre, D. (15 de julio de 2016). *Políticas públicas y gestión de conflictos*, recuperado el 2 de junio de 2017. http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2016/07/15/etica-y-corrupcion-en-el-arbitraje/.

Martin Tirado, R. (2013). El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Arbitraje PUCP*, 41-77.

MEF (2016). *Marco Macroeconómico Multianual 2017-2019*. Revisado.

OSCE (s/f). *¿Qué es el RNP?*, recuperado el 2 de junio de 2017, de http://portal.osce.gob.pe/rnp/content/que-es-el-rnp.

OSCE (febrero del 2017). *OSCE,* recuperado el 2 de junio de 2017. http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/informe%20anual%20de%20contrataciones%20p%c3%bablicas%202016%20%28resultados%20al%2031%20de%20diciembre%20de%202016%29.pdf.

Paredes, G. (2011). Presupuestos de arbitrabilidad en los arbitrajes en construcción: los *Dispute Boards*. *Arbitraje PUCP*, 33-39.

Paredes, G. (2009). Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos de construcción: un acercamiento a los *Dispute Boards*. *Revista Peruana de Arbitraje*, 103-121.

Paredes, G. (2013). *Dispute Boards* y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan? *Arbitraje PUCP*, 79-85.

Paredes, G. & J. Gray (2015). *El modelo de resolución de disputas Fidic (Libro Rojo) como alternativa eficiente al actual diseño de solución de conflictos en los proyectos de infraestructura pública en el Perú,* recuperado el 2 de junio de 2017. http://repositorioacademico.upc.edu.pe/upc/bitstream/10757/601344/1/4.tesis+final.pdf.

Peñate, C. A. (2014). Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador. En *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencia y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre (vol. 23, pp. 87-121).

Quijandría, A. (11 de febrero de 2017). Diario *Gestión. ¿Cuánto tiempo le tomaría al Perú cerrar la brecha de infraestructura estimada en US$ 69,000 millones?* Consultado en http://gestion.pe/economia/cuanto-tiempo-le-tomaria-al-peru-cerrar-brecha-infraestructura-estimada-us-69000-millones-2181.

Quintanilla, C. (2006). Introducción a los *Dispute Boards*. *Pauta.* Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la ICC (50), 3-8.

Quitaro (15 de enero de 2015). *Youtube*, recuperado el 2 de junio de 2017. Proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair: Sinohydro Avances 2014. https://www.youtube.com/watch?v=3fengqaexvq.

Salazar, R. (24 de julio de 2016). Ética *versus* la corrupción en el arbitraje. Lima.

Vives, V. (s/f). *Materiales de lengua*, recuperado el 1 de enero de 2017. http://www.materialesdelengua.org/literatura/textos_literarios/cuentos/contar/lechera.htm.

Wittmann, R. (2006). ¿Hubo una revolución en la lectura a finales del siglo xviii? En Cavallo, G. & R. Chartier. *Historia de la lectura en el mundo occidental* (pp. 435-472). México D.F.: Santillana.

Woss, H. (2006). Panel de adjudicación de desavenencias «una retrospectiva». *Pauta.* Boletín Informativo del ICC México, 12-20.

Woss, H. (2006). Panel de adjudicación de desavenencias «una retrospectiva». *Pauta.* Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la ICC (50), 12-20.

ANEXOS

Anexo 1: Propuesta de modificación normativa

1. Respecto al contenido de la LCE

Artículo a modificar	Dice	Debe decir
45.1	**Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual** [...] 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. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias. […]	**Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual** [...] 45.1 Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo con las condiciones previstas en el reglamento y en las Directivas que para estos efectos emita el OSCE, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias. […]

2. RESPECTO AL CONTENIDO DEL RLCE

Artículo a modificar	Dice	Debe decir
205.4	**Artículo 205.- La Junta de Resolución de Disput** [...] 205.4 Las partes pueden pactar hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, una cláusula de solución de disputas a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean superiores a cinco millones de soles (S/ 5'000,000.00), siendo sus decisiones vinculantes para las partes. [...]	**Artículo 205.- La Junta de Resolución de Disputas** [...] 205.4 Las partes pueden pactar hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, una cláusula de solución de disputas a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean iguales o superiores a cinco millones de soles (S/ 5'000,000.00), siendo sus decisiones vinculantes para las partes. [...]

207.1	**Artículo 207.- Designación de miembros** 207.1 Cuando la Junta de Resolución de Disputas esté integrada por un (1) solo miembro, éste debe ser un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado. En caso esté integrada por tres (3) miembros, el presidente debe contar con las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único de la Junta de Resolución de Disputas, los demás miembros deben ser expertos en la ejecución de obras.	**Artículo 207.- Designación de miembros** 207.1 Cuando la Junta de Resolución de Disputas esté integrada por un (1) solo miembro, éste debe ser un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado. En caso esté integrada por tres (3) miembros, el presidente debe contar con las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único de la Junta de Resolución de Disputas, para los demás miembros, sólo se requiere un título profesional y acreditar conocimiento en ejecución de obras. Los conocimientos solicitados para cualquier miembro que conforme una Junta de Resolución de Disputas se acreditaran bajo los criterios que señala la Directiva del OSCE para inscribirse como árbitro en el RNA.

Anexo 2: Cláusula modelo del OSCE

Las partes acuerdan para la solución de todas las controversias derivadas del presente Contrato de Obra conformar una Junta de Resolución de Disputas (en adelante, la JRD) de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las directivas que emita OSCE al respecto (en adelante, las «Normas Aplicables a la JRD»); encargando su organización y administración al [denominación o razón social del Centro de Administración designado por las partes].[39]

La JRD estará compuesta por [tres (3) miembros/un (1) miembro],[40] los/el cual/es será/n designado/s conforme a las Normas Aplicables a la JRD.

Todas las controversias generadas entre las partes con ocasión al presente Contrato de Obra deben ser sometidas, en primer lugar, a la decisión de la JRD de conformidad con las Normas Aplicables a las JRD.

La decisión que emita la JRD es vinculante y, por tanto, de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes conforme a lo establecido en las Normas Aplicables a la JRD. El incumplimiento de la decisión otorga a la parte afectada la potestad de resolver el contrato, previo aviso requiriendo el cumplimiento.

En caso alguna de las partes no esté de acuerdo con la decisión emitida por la JRD, podrá someter la controversia a arbitraje conforme a lo establecido en las Normas Aplicables a la JRD. Las partes acuerdan que es condición obligatoria para el inicio del arbitraje el haber concluido de modo previo el procedimiento ante la JRD.

---

[39] Las partes deben señalar la denominación o razón social del Centro al cual encargarán la organización y administración de la JRD.

[40] Las partes deben indicar el número de miembros que integrarán la JRD.

Si una parte no manifiesta su disconformidad con una decisión emitida por la JRD en el plazo previsto en las Normas Aplicables a las JRD, entonces dicha decisión adquiere el carácter de definitiva y no podrá ser sometida a arbitraje. Si una parte manifiesta su disconformidad con una decisión emitida por la JRD en el plazo previsto en las Normas Aplicables a las JRD, pero no inicia el arbitraje respectivo en el plazo previsto en dichas Normas, aquélla adquiere la calidad de definitiva.

ANEXO 3: MODELO DE CONTRATO TRIPARTITO DEL OSCE

Conste, por el presente documento, el Contrato de Locación de Servicios (el «Contrato Tripartito») que celebran:

1. …….. (en adelante, la «Entidad»);
2. …….. (en adelante, el «Contratista»); y
3. ……., ……., ……., (en adelante, el o los «Miembros de la JRD»).

En conjunto, serán denominadas como las «Partes».

Participa en el presente Contrato Tripartito el Centro _____ (en adelante, el «Centro»), quien toma conocimiento del mismo en este acto.

El Contrato se celebra en los términos y condiciones siguientes:

Cláusula Primera. Antecedentes

1.1. La Entidad es _____.

1.2. El Contratista es _____.

1.3. Los Miembros de la JRD son profesionales independientes con amplia experiencia en la resolución de controversias relativas a contratos de obra.

1.4. La Entidad ha adjudicado al Contratista la buena pro del contrato de obra _____ (en adelante, el «Contrato de Obra»).

1.5. El Contrato de Obra prevé el establecimiento y funcionamiento de una Junta de Resolución de Disputas regulada por la ley, el reglamento y las directivas emitidas por OSCE (en adelante, las «Normas Aplicables a las JRD»), la cual tendrá a su cargo la emisión de decisiones en caso surjan controversias relativas al Contrato de Obra.

1.6. Los Miembros de la JRD han aceptado integrar la Junta de Resolución de Disputas del Contrato de Obra (la «JRD»), en los términos y condiciones indicados en las Normas Aplicables a las JRD y el presente Contrato Tripartito.

1.7. La Entidad y el Contratista han aceptado que los Miembros de la JRD integren la JRD, en los términos y condiciones indicados en las Normas Aplicables y el presente Contrato.

1.8. El propósito de la JRD es procurar prevenir controversias relativas al Contrato de Obra y, de ser el caso, considerar imparcialmente las controversias que surjan y emitir decisiones relativas a las mismos, las cuales serán vinculantes, pero no finales conforme lo dispone las Normas Aplicables a las JRD.

1.9. Los Miembros de la JRD declaran que no se encuentran impedidos y poseen la capacidad necesaria para participar como miembros de la JRD conforme a lo establecido en la Ley, el Reglamento y el presente Contrato Tripartito.

Cláusula Segunda. Objeto

Por el presente Contrato Tripartito, la Entidad y el Contratista contratan los servicios de cada uno de los miembros de la JRD, individualmente, con el fin de que presten de manera independiente el servicio

de prevención y decisión de controversias relativas al Contrato de Obra como Miembros de la JRD. Cada Miembro de la JRD asume las obligaciones que le corresponden de manera individual y no es responsable por la actuación de los otros Miembros de la JRD.

Las acciones que desplieguen los miembros de la JRD para cumplir con las obligaciones que asumen en virtud del presente Contrato, serán desarrolladas bajo su propia cuenta y riesgo.

Cláusula Tercera. Obligaciones de los Miembros de la JRD

Cada Miembro deberá:

3.1. No tener interés financiero, económico o de otro tipo con relación a la Entidad, el Contratista o el Supervisor, ni ningún interés financiero o económico relativo al Contrato de Obra, salvo por el pago que le corresponderá como Miembro de la JRD.

3.2. No haber sido contratado previamente como consultor u otro cargo por la Entidad, el Contratista o el Supervisor, salvo en las circunstancias que se dieron a conocer por escrito a la Entidad y al Contratista antes de firmar el presente Contrato Tripartito.

3.3. Haber informado por escrito a la Entidad, el Contratista y los demás Miembros de la JRD, antes de celebrar el presente Contrato Tripartito y hasta donde alcance su conocimiento sobre cualquier relación profesional o personal con la Entidad, el Contratista, el Supervisor, los otros Miembros de la JRD o funcionarios o empleados de la Entidad, el Contratista o el Supervisor cuyo trabajo esté o haya estado relacionado con el Contrato de Obra.

3.4. Durante la vigencia del presente Contrato Tripartito, abstenerse de ser empleado, mantener vínculo alguno de subordinación o dependencia, directa o indirectamente, como consultor o de otra forma con la Entidad, el Contratista o el Supervisor, salvo que cuente con la autorización expresa y por escrito de la Entidad, el Contratista y de los demás Miembros de la JRD; así como abstenerse de entrar en negociaciones o procesos de selección para trabajar o prestar servicios a los mismos.

3.5. Garantizar que es y será imparcial e independiente respecto de la Entidad, el Contratista y el Supervisor. Para ello debe comunicar, sin demora, a la Entidad, al Contratista y a cada uno de los demás Miembros de la JRD en caso ocurra o tome conocimiento de cualquier circunstancia que afecte su independencia e imparcialidad o pudiera dar la impresión que la misma se encuentra afectada.

3.6. Cumplir con las normas contenidas en la Ley, el Reglamento y el presente contrato.

3.7. Evitar asesorar a la Entidad, al Contratista, al personal de la Entidad o el Contratista con relación al Contrato de Obra, salvo de conformidad con las Normas Aplicables a las JRD y el presente Contrato Tripartito.

3.8. Garantizar que se mantendrá disponible para cumplir con sus obligaciones bajo el presente Contrato Tripartito y las Normas Aplicables a las JRD.

3.9. Familiarizarse con el Contrato de Obra y con el avance de la obra mediante el estudio de todos los documentos recibidos.

3.10. Mantener la reserva sobre las actuaciones de la JRD y de la información que obtenga en el ámbito de sus actividades, salvo autorización escrita por ambas partes, o que fuera requerido por un órgano jurisdiccional o por el OSCE.

Las comunicaciones y notificaciones serán canalizadas a través del Centro.

Queda expresamente establecido que, en virtud del presente Contrato Tripartito, ni la Entidad ni el Contratista otorgan facultades de representación a los Miembros de la JRD ni a la JRD ante cualquier autoridad o terceros, no pudiendo consecuentemente ni los Miembros de la JRD ni la JRD asumir representación alguna de la Entidad o el Contratista.

Se deja expresa constancia que los servicios prestados a favor de la Entidad y el Contratista no conllevan una dedicación exclusiva, por lo que los Miembros de la JRD podrán dedicarse a prestar sus servicios a cualquier otra persona natural o jurídica que consideren pertinente en la medida que no interfiera con el presente Contrato Tripartito.

Los Miembros de la JRD deberán cumplir el presente Contrato Tripartito dentro de las facultades conferidas, procediendo con buena fe y probidad.

Cláusula Cuarta. Obligaciones de la Entidad y el Contratista

La Entidad y el Contratista se obligan una frente a la otra y cada una de ellas frente a cada uno de los Miembros de la JRD a que:

4.1. No designará a un Miembro de la JRD como árbitro durante la vigencia del Contrato Tripartito.

4.2. No llamarán como testigo a los Miembros de la JRD, en caso alguna controversia relativa al Contrato de Obra sea sometida a arbitraje.

4.3. Cuando se requiera que los Miembros de la JRD realicen una visita al sitio, una audiencia o una reunión, proveerán adecuadas medidas de seguridad para garantizar la seguridad personal y la salud de cada uno de los Miembros de la JRD.

4.4. Pagarán la parte que les corresponde de los honorarios y gastos de los miembros de la JRD.

4.5. Entregarán a los Miembros de la JRD toda la información y documentación relevante relativa al Contrato de Obra y al desarrollo de la obra, de tal modo que la JRD pueda desempeñar sus funciones manteniéndose plenamente informada sobre la obra y su desarrollo de manera oportuna.

Cláusula Quinta. Contraprestación y forma de pago

5.1. Como contraprestación por el desarrollo de los servicios indicados en el presente Contrato, la Entidad y el Contratista se obligan a pagar a los Miembros de la JRD los honorarios profesionales fijados en las Normas Aplicables a las JRD aplicando los siguientes montos: .....
.....
.....
.....

5.2. Dichos honorarios y los gastos reembolsables que correspondan serán pagados en la forma que determine el reglamento correspondiente del Centro.

5.3. Las partes acuerdan que no habrá lugar al pago de bonificaciones extraordinarias a los Miembros de la JRD. En el mismo sentido, los Miembros de la JRD se obligan a no recibir bajo el presente Contrato Tripartito cualquier tipo de bonificación, comisión, porcentaje o pago adicional de cualquier naturaleza en adición a los conceptos indicados en el numeral 5.1 de la presente cláusula.

5.4. Las partes dejan expresa constancia que el honorario aquí pactado se mantendrá fijo durante la vigencia del presente Contrato; salvo que el mismo se extienda por un período superior a veinticuatro (24) meses, en cuyo caso las partes podrán acordar un ajuste por inflación.

Cláusula Sexta. Plazo

Los Miembros de la JRD prestarán sus servicios desde la suscripción del Acta de Inicio hasta.....

Cláusula Séptima. Reserva

Toda la información que obtenga un miembro de la JRD en el ámbito de sus actividades es reservada y no puede ser revelada, salvo autorización escrita por ambas partes, o que fuera requerido por un órgano jurisdiccional o por el OSCE. La JRD puede tomar medidas para proteger los secretos comerciales y la información confidencial.

Cláusula Octava. Resolución del Contrato

[Las partes establecen, de mutuo acuerdo, las causales y el procedimiento de resolución del presente contrato].

Cláusula Novena. Solución de Controversias

[Las Partes establecen, de mutuo acuerdo, los medios de solución de controversias que estimaran pertinentes, pudiendo incluirse la conciliación y/o el arbitraje].

Cláusula Décima. Domicilio y Comunicaciones

10.1. Las partes señalan como sus domicilios los que aparecen en la introducción del presente documento, siendo entendido que sólo podrán ser modificados previa comunicación cursada por la parte interesada al Centro, con una anticipación no menor de siete (7) días hábiles anteriores a la variación efectiva del domicilio.

10.2. Si no se observan estas formalidades para el cambio del domicilio, surtirán efecto las comunicaciones que se dirijan al domicilio señalado en la introducción del presente documento.

10.3. Cualquier modificación, aclaración, ampliación o resolución del presente Contrato deberá necesariamente constar por escrito, para que tenga validez entre las Partes.

Firmado en seis (6) ejemplares en señal de conformidad. ....., __ de ____ del 20__.

Entidad	Contratista
Presidente de la JRD	Miembro de la JRD
Miembro de la JRD	Centro

Las Juntas de Resolución de Disputas
en la Contratación Estatal Peruana
se terminó de imprimir en el mes de
octubre del 2018, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220, Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, teléfono: 444-2007
Lima 33, Perú