

Universidad de Lima
Facultad de Derecho
Carrera de Derecho



**LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE
DISPUTAS REGULADAS EN LA NUEVA LEY
DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO
PERUANO Y SU REGLAMENTO: LEY 30225
Y D.S N° 350-2015-EF**

Trabajo de investigación para optar el Título Profesional de Abogado

Lizeth Rosemary Rodríguez Portal
Código 20061954

Asesor

Richard James Martín Tirado

Lima - Perú
Junio de 2017





“Si puedes soñarlo, puedes lograrlo”

Zig Ziglar



**LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE
DISPUTAS REGULADAS EN LA NUEVA
LEY DE CONTRATACIONES CON EL
ESTADO PERUANO Y SU REGLAMENTO:
LEY 30225 Y D.S N° 350-2015-EF**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS:	4
1.1 Planteamiento del problema.....	4
1.1.1 Pregunta principal	11
1.1.2 Pregunta secundaria	11
1.2 Objetivos de la investigación.....	12
1.2.1 Objetivo General.....	12
1.2.2 Objetivos Específicos	12
1.3 Hipótesis	13
1.3.1 Hipótesis principal	13
1.3.2 Hipótesis secundaria	13
1.4 Justificación de la investigación	13
1.5 Método de investigación.....	15
CAPÍTULO II: DIAGNÓSTICO DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO PERUANO, ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 30225 Y SU REGLAMENTO:	16
2.1 La conciliación.....	16
2.2 El arbitraje.....	24
CAPÍTULO III: LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (DISPUTE BOARDS) EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL:	29
3.1 Definición	26
3.2 Clases de DB.....	30
3.2.1 En torno a la decisión de los adjudicadores	30
3.2.2 En torno al método de actuación de los adjudicadores	30
3.3 Orígenes	31
3.4 Organizaciones que fomentan su uso.....	33
3.4.1 Cámara Internacional de Comercio (ICC)	33
3.4.2 FIDIC	34
3.4.3 Banco Mundial.....	36

3.5 Experiencia de Dispute Board en Latinoamérica	37
3.5.1 El Salvador.....	37
3.5.2 Honduras	39
3.5.3 Ecuador	41
3.5.4 Chile.....	43
CAPITULO IV: DIFERENCIAS ENTRE LA JRD CON OTROS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:	46
4.1 La conciliación versus la JRD:	46
4.1.1 Nomenclatura básica.....	46
4.1.2 Tipo de mecanismo de solución de controversias	46
4.1.3 Oportunidad en la que se activa el mecanismo.....	47
4.1.4 Lugar donde se ejercen funciones.....	48
4.1.5 Mérito ejecutivo de los documentos que pongan fin a la controversia.....	48
4.1.6 Obligatoriedad de las decisiones.....	48
4.2 El arbitraje versus la JRD:	49
4.2.1 Nomenclatura básica.....	49
4.2.2 Naturaleza jurídica	49
4.2.3 Rapidez en la solución de conflictos.....	50
4.2.4 Oportunidad en la que se activa el mecanismo.....	50
4.2.5 Sobre las funciones de los terceros que resuelven las controversias.....	51
4.2.6 Inmediatez en el conocimiento sobre los avances de la obra	51
4.2.7 Mérito ejecutivo de los documentos que pongan fin a la controversias	52
4.2.8 Impugnación de las decisiones	52
CAPITULO V: ANÁLISIS DE LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO PERUANO: LEY 30225 Y D.S N° 350-2015-EF (INCLUYEN ESTADO:.....	53
5.1 Las JRD en el Perú y su naturaleza.....	53
5.2 Incorporación de la JRD como mecanismo de solución de controversias	
¿Cómo se accede a una JRD?	56
5.2.1 ¿En que contratos se puede pactar una JRD?	56
5.2.2 Plazo máximo para pactar una JRD	58

5.2.3 Acuerdos que deben suscribirse para acceder a una JRD	59
5.2.4 Designación y conformación de los miembros de la JRD	67
5.2.5 Designación del centro que administrará la JRD.....	74
5.3 Funcionamiento de la JRD:.....	74
5.3.1 ¿Desde cuándo opera la JRD?	74
5.3.2 Materias que pueden ser sometidas a la competencia de la JRD.....	75
5.3.3 Actividades y funciones de la JRD	78
5.3.4 Funciones del centro que administrará la JRD	82
5.3.5 Honorarios y gastos de la JRD.....	83
5.3.6 Orden de prelación de la normativa que deben usar los miembros de la JRD.....	88
5.3.7 Procedimiento para someter una controversia a la JRD	90
5.4 Procedimiento para someter a arbitraje las controversias que surjan en los contratos de obra en donde se haya pactado una JRD:.....	94
5.4.1 Tratamiento de controversias dentro del periodo de vigencia de las JRD.....	94
5.4.2 Tratamiento de controversias que surjan después del periodo de vigencia de la JRD	100
CAPITULO VI: VENTAJAS QUE JUSTIFICAN LA NECESIDAD DE CONTAR CON UNA JRD EN EL PERU Y FACTORES QUE AMENAZAN SU EFICIENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO:.....	101
6.1 Ventajas que justifican el uso de las JRD	101
6.1.1 Rapidez en la solución de controversias	101
6.1.2 Inmediatez.....	103
6.1.3 Menores retrasos en la ejecución de la obra	104
6.1.4 Prevención de conflictos.....	106
6.2 Factores que amenazan la eficiencia de la JRD:.....	106
6.2.1 Honorarios de los miembros de la JRD:	107
6.2.2 Carencia de adjudicadores	108
6.2.3 Impugnación de las decisiones de la JRD.....	110
CONCLUSIONES	111
REFERENCIAS.....	113
ANEXOS.....	117

1. Propuesta de modificación de la LCE y RLCE.....	118
2. Modelo de cláusula de solución de disputas del OSCE.....	120
3. Modelo de contrato tripartito del OSCE	121



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.1. Mecanismo de solución de controversias en las LCEs peruanas.....	7
Tabla 2.1. Facultades de los funcionarios públicos para conciliar	20
Tabla 4.1. Diferencia de nomenclatura usada en la conciliación vs la JRD.....	46
Tabla 4.2. Diferencia de nomenclatura usada en el arbitraje vs la JRD	49
Tabla 5.1. Designación del número de miembros en una JRD.....	68
Tabla 5.2. Honorarios de la JRD del Reglamento CIP	87
Tabla 6.1. Tiempo en la solución de controversias entre la JRD y el Arbitraje ...	102



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1.1. Distribución de laudo por objeto de contratación	5
Figura 1.2. Duración de un arbitraje en contrataciones con el Estado (meses)	9
Figura 1.3. Planteamiento del problema de investigación	10
Figura 1.4. Inscripciones vigentes en el RNP 2016	14
Figura 2.1. Resultados obtenidos para el Estado en arbitrajes (2003 – 2013).....	25
Figura 5.1. Contratos en el ámbito de las contrataciones con el Estado.....	57
Figura 5.2. Cláusula de solución de controversias (conciliación y arbitraje).....	60
Figura 5.3. Cláusula de solución de controversias (Conciliar, arbitraje y JRD	61
Figura 5.4. Plazo para designar a miembro único de una JRD.....	71
Figura 5.5. Plazo para designar a miembros de una JRD	72
Figura 5.6. Etapa de solución de controversias en el contrato de otra.....	96
Figura 6.1. Registro de adjudicadores nacionales del CARP-PUCP	108
Figura 6.2. Registro de adjudicadores internacionales del CARP-PUCP.....	109

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Propuesta de modificación de la LCE y RLCE.....	117
Anexo 2: Modelo de cláusula de solución de disputas del OSCE.....	118
Anexo 3: Modelo de contrato tripartito del OSCE	120



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 Internación de Ingenieros Consultores
ICC	:	International Chamber of Commerce
LCE	:	Ley 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 CARP-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)

INTRODUCCIÓN

La infraestructura de un país es un factor importante 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 millones de dólares y el tiempo que se requiere para cerrar dicha brecha es de aproximadamente 14 años si es que no se incrementan los presupuestos de dichos 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 **sobre costos** 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 30225 y su reglamento, aprobado mediante D.S 350-2015-EF, vigentes desde el 09 de enero de 2016 (MEF, 2016, pág. 66) y que incluso ya cuentan con algunas modificaciones¹, 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 organizaciones² 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 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 esta 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.

¹ La Ley 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 03 de enero de 2017.

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

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.

Así mismo, 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 porque el Estado ha tomado la decisión de incorporar a la JRD como un tercer mecanismo de solución de controversias en los contratos de obra³, con motivo de la promulgación de la LCE y el RLCE.

De otro lado, en el **tercer capítulo** se ha elaborado una análisis sobre las JRD en el ámbito internacional, indicándose cuáles son sus antecedentes, definición, clases, así como también los beneficio 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 una análisis sobre las principales diferencias que existen entre la JRD versus la conciliación y el arbitraje a fin de del 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

³ Cuyo monto de contrato sea superior a los S/ 5'000,000.00 Millones de Soles

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. Así mismo 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 millones de Soles y tiene por finalidad la prevención y resolución de controversias que surjan entre estas 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 cuales 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 este 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 competencia⁴.

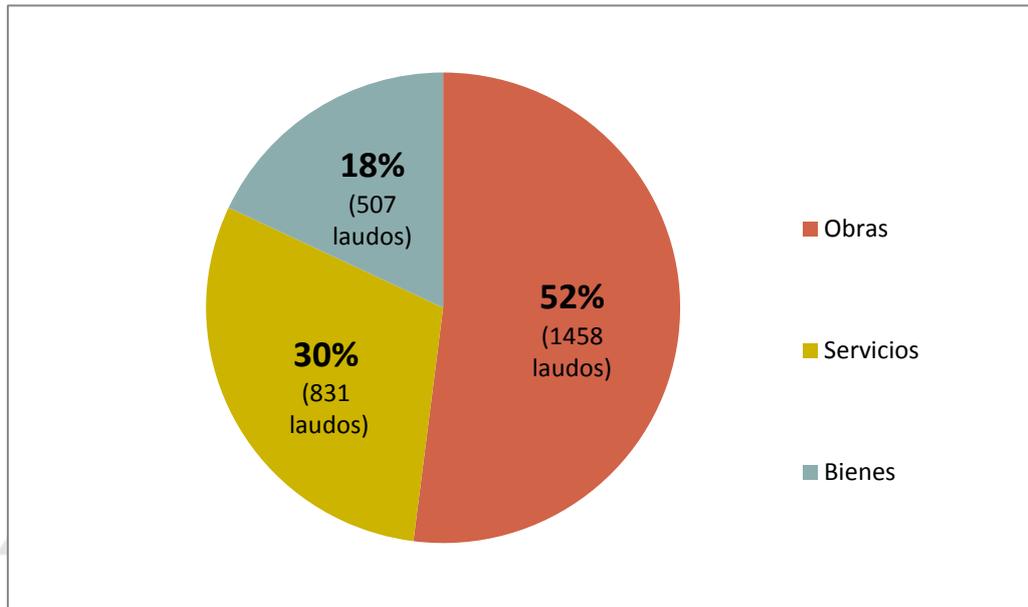
Dentro de ese contexto, en el presente acápite me abocaré a la problemática que se suscita específicamente en los contratos de **obra** pública. Al respecto, debo señalar que una de las dificultades que atraviesan dichos contratos es que entrañan actividades altamente conflictivas, por diferentes razones: 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.

Dichos conflictos ocasionan una alta litigiosidad en los contratos de obra, prueba de ello lo encontramos en el estudio realizado por la Contraloría General de la República (Contraloría General de la República, 2015, pág. 58), donde se analizaron 2796 laudos arbitrales correspondientes al periodo 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:

⁴ Esta disposición se encuentra contemplada en el literal f) del Artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado: Ley N° 30225.

Figura 1.1

Distribución de laudo por objeto de contratación



Fuente: (Contraloría General de la República, 2015, pág. 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%. (Contraloría General de la República, 2015, pág. 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 descomunadamente 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 estos 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 (pág. 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 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, pág. 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” (Guzman-Barrón y Zúñiga, 2014, pág. 83).

No obstante a ello, durante los últimos 18 años, las normas en materia de contrataciones con el Estado han ido cambiando, ello 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
<ul style="list-style-type: none"> • Ley N° 26850 	Conciliación y Arbitraje
<ul style="list-style-type: none"> • Decreto Supremo N° 083-2004 	Conciliación y Arbitraje
<ul style="list-style-type: none"> • Decreto Legislativo N° 1017 	Conciliación y Arbitraje
<ul style="list-style-type: none"> • Ley N° 29873 (modificaba el D.L N° 1017) 	Conciliación y Arbitraje
<ul style="list-style-type: none"> • 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: (Guzman-Barrón y Zúñiga, 2014, pág. 83)

Sin embargo, con el devenir del tiempo tanto la conciliación como el arbitraje presentan una serie de dificultades que limitan su eficacia⁵,

Al respecto, debo indicar que la **conciliación** en 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 fundamentadas⁶, ello en virtud al temor que le genera el hecho que luego los órganos de control interno cuestionen la razonabilidad de sus decisiones, evitando de esa manera asumir algún tipo de responsabilidad.

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 periodo 2003-2013” el Estado pierde aproximadamente el 70% de los arbitrajes en los que participa.

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 Olórtégui (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 mas adelante vaya a ser cuestionada por un órgano de control** o por alguna otra autoridad que ingrese, posteriormente, a la misma entidad (pag. 272).

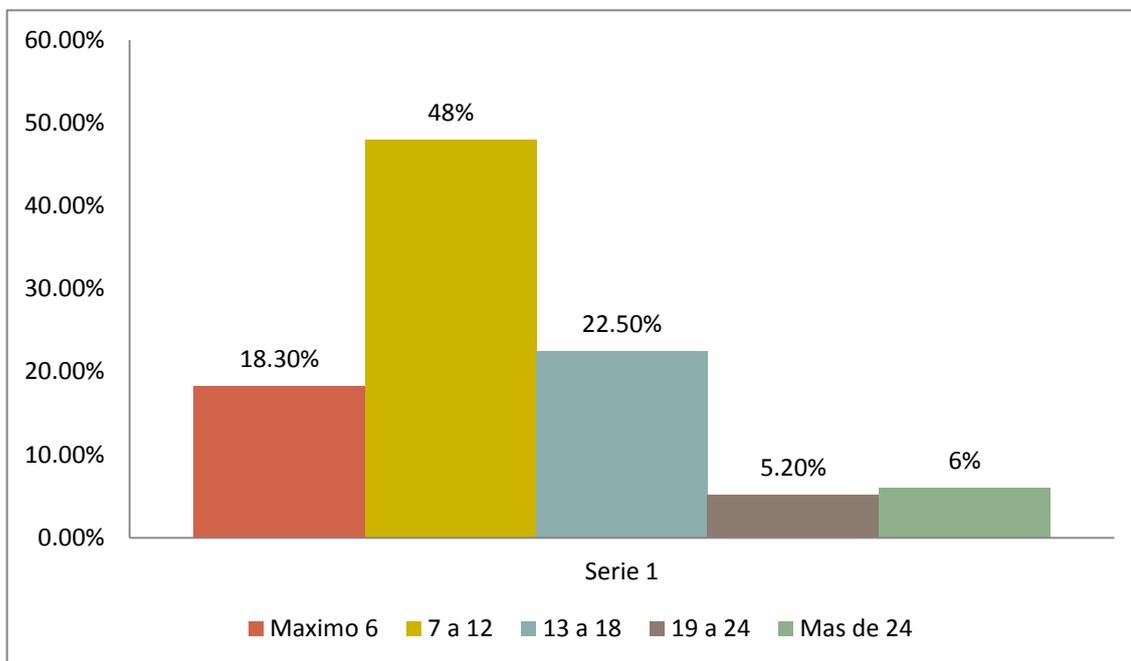
Información que también se corrobora con el estudio elaborado por la CGR denominado “El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 y 2013” donde se concluye, entre otros, que **solo el 3% de las controversias se resuelven mediante conciliación** (CGR, 2015, pág. 6),

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 (Guzman-Barrón y Zúñiga, 2014, pág. 90) en el que analiza el tiempo que duración de los arbitrajes, desde el inicio del mismo 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: (Guzman-Barrón y Zúñiga, 2014, pág. 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 a 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: El autor de la presente investigación

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, sobre costos 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° 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, pág. 66). El énfasis es agregado.

Justamente una de las novedades de la LCE y el RLCE vigentes desde el 09 de enero de 2016, es la inclusión de la JRD como nuevo mecanismo alternativo de solución de controversias, conocido internacionalmente como los Dipute 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 (pag. 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”. (pag. 1)

Así mismo, se debe mencionar que los DB⁷ 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 estas culminen dentro del tiempo programado, tal y como se explica en el capítulo III de la presente investigación.

Ante esta 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 en 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:

¿Serán las JRD, regulada en la LCE y RLCE vigentes desde el 09 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 tesis responderá las siguientes preguntas secundarias:

- ¿Cuáles son los antecedentes de las JRD en el Perú?.

⁷ Como ya hemos mencionado nombre internacional con el que se le conocen a las JRD

- ¿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 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, regulada en la LCE y RLCE vigentes desde el 09 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 JRD y otros mecanismos de solución de controversias en el en el ámbito de las contrataciones del Estado en el Perú.
- Determinar que 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, regulada en la LCE y RLCE vigentes desde el 09 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 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 igual o 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 quién beneficia y como los beneficia y b) Cuál es el aporte teórico que contribuirá en la solución del problema planteado.

a. A quién beneficia y como los beneficia:

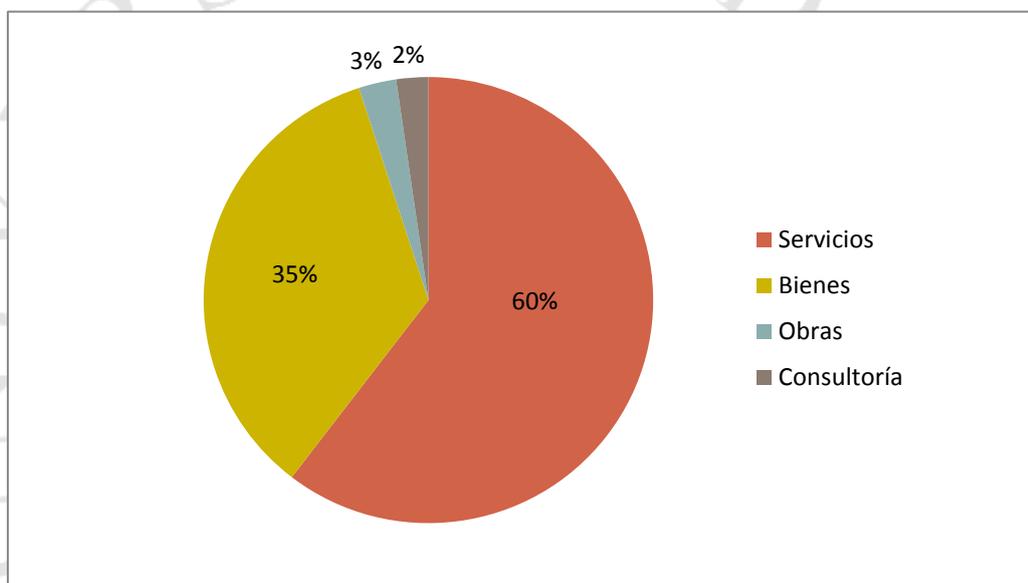
Esta investigación beneficiará a la comunidad universitaria (carrera de derecho), a las empresas contratistas (ejecutores de obras) y a las Entidades del Estado que participen en la construcción de obras en el marco de la LCE y RLCE.

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 2793 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, pág. 204).

De otro lado, resulta interesante las cifras que se reportan en el Informe Anual de Contrataciones Públicas publicado por el OSCE (OSCE, 2017, pág. 33) en donde se determinó que en el año 2016 se registró 495,404 inscripciones vigentes de proveedores en el RNP⁸, 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, pág. 33)

Dicho informe establece además que el Estado peruano adjudicó en el año 2016 S/ 10,489.2 millones de soles (39.8%) para la ejecución de obras públicas (OSCE, 2017, pág. 8).

Así mismo, se debe indicar que la forma en la que se beneficiará el grupo de interés al que está dirigida la presente investigación es que estos 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 de este novedoso mecanismo.

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?)

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. Así mismo 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 Millones de Soles 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 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 estas 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 tiene y ha 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 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 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°.- Clausulas 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) Clausula 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 2001⁹. 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 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 estas quienes arriben a un acuerdo que satisfaga sus intereses. El acuerdo se plasmaba en un Acta y después de ser firmada por las partes y el conciliador, se convierte en un título ejecutivo.

Las materias que podían ser sometidas a conciliación, como reza el artículo 41 de la Ley 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

⁹ Ello en virtud a que mediante Ley 27218, se estableció que el carácter obligatorio de la conciliación extrajudicial se prorrogaba al 14 de enero del año 2001

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 estos no solo deben de asumir los riesgos que significa arribar a acuerdos respecto a bienes y fondos públicos, sino que además deben de asegurarse que sus actuaciones se ciñan a los lineamientos que sobre el particular han emitido los órganos fiscalizadores, lo cuáles dejan 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, pág. 451)”

Otras cifras reveladoras las encontramos en el estudio realizado por la CGR denominado “El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 y 2013” en donde se concluye, entre otros, que solo el 3% de las controversias se resuelven mediante conciliación (CGR, 2015, pág. 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 arbitraje innecesarios, pero a pesar de ello prefieren que estas mismas decisiones sean dictadas a través de laudos arbitrales tomadas por los Tribunales Arbitrales para así evitar todo tipo de responsabilidad frente a los órganos de control (...) (pag. 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:

- **Problema 1: 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 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que por el principio de legalidad “Las autoridades administrativas deben actuar con respecto 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, pag. 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 de observar los funcionario 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 del 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 D.S N° 017-2008-JUS¹⁰, establece cuales son los criterios y atribuciones que deberán tener en cuenta los Procuradores Públicos cuando concilien. Dichos 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: D.S 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, pág. 452):

- 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 mayores gastos de los previstos, a la Entidad.

¹⁰ Modificado por segunda disposición complementaria de la Ley 30137, publicada el 27 de diciembre 2013

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

En efecto, las frases: “De manera adecuada”, “en buenos términos” no sirven de guía a los funcionarios, ello en virtud a 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.

- **Problema 2: 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.

Así mismo, existe un arraigado pensamiento por parte de muchos auditores del Estado, quienes consideran que si un funcionario 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 sin número de funcionarios públicos que han visto en “carne propia” como 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 que se le otorgue algún tipo de reconocimiento en virtud a los resultados conseguidos, ocurrió todo lo contrario, los Órganos de Control Interno les iniciaron una ola de procesos administrativos e incluso penales. En este contexto, me pregunto: ¿Qué funcionario público va querer conciliar?.

Sobre el particular, Guzman-Barrón y Zúñiga (2014) citando a Gandolfo nos presentan un dato interesante:

(...) en los últimos 4 años la Contraloría realizó 4000 juicios de responsabilidad de funciones contra funcionarios de los cuales solo 904 han acabado con sentencia, y de éstos solo 90 con sentencia favorable a la Contraloría, es decir únicamente un 2.3% de los juicios por responsabilidad tenían un fundamento adecuado (pag. 100).

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

En virtud a lo expuesto, comparto la opinión de Guzman-Barrón y Zúñiga (2014) quienes consideran que los parámetros que usa la Contraloría General de la República son mas 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 mas 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 cualquier discrepancia llegue a un arbitraje. (pág. 101)

Ahora bien, otro aspecto interesante a comentar es la cuarta disposición complementaria final de la Ley 29622¹¹. 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 solo 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

¹¹ Ley que modifica la Ley Numero 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 funciona.

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 obtener.
- Al momento de aplicar su criterio discrecional debe tomar en cuenta los principios de las contrataciones del estado, sobre todo el de la 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 29622, si bien es cierto son un avance, lamentablemente no parecen haber sido suficiente para evitar la ola de procesos judiciales como los descrito 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-beneficio¹² objetivo para que de esta manera los funcionarios puedan sentir un respaldo en la toma de su decisión (pag. 453).

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).

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 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 al 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 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 mas 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:

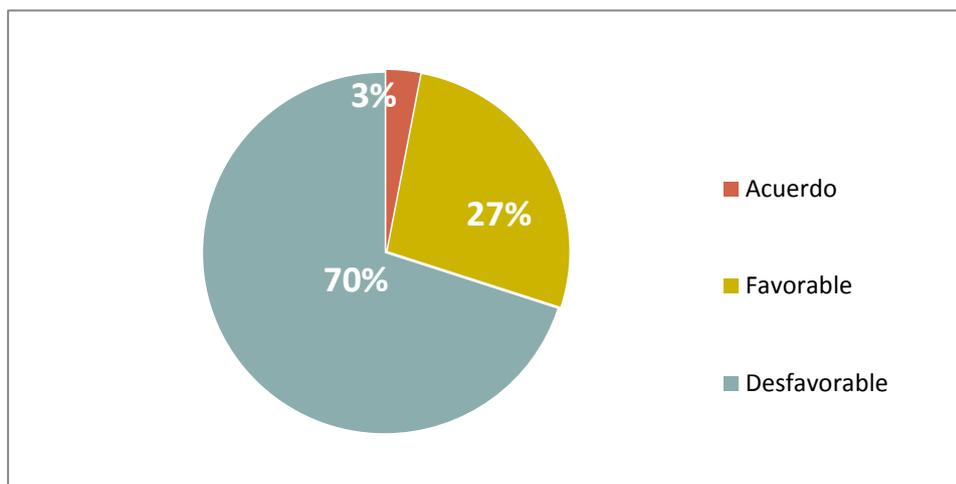
- **Problema 1: El Estado pierde con frecuencia los arbitrajes:**

El Estudio realizado por la Contraloría General de la República (2015) revelo 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. (pag. 74)

Figura 2.1

Resultados obtenidos para el Estado en arbitrajes periodo 2003 - 2013



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

Evidentemente, como bien señala la CGR las cifras que se muestran no deben ser interpretadas en el sentido 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 Contraloría 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.(pag. 75).

Como se aprecia una inadecuada gestión del contrato durante la ejecución en 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.

- **Problema 2: 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 sin número de conferencias y ponencias que abordan este tema, que en concreto se traduce en la falta de independencia e imparcialidad de malos árbitros que hace que sus decisiones favorezcan deliberadamente a una de las partes en perjuicio de la otra.

Sobre el particular, Salazar en el seminario Etica 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, Canturarias 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 solo 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 realizado 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 5 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 que situaciones podrían dar lugar a un potencial conflicto de intereses y cual 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 este es un tema del que se debe seguir conversando para plantear reformas urgentes.

- **Problema 3: 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 (Guzman-Barrón y Zúñiga, 2014, pág. 91).

El problema consiste -según explica el estudio de la 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 que se debería privilegiar el arbitraje institucional ya que este cuenta con las siguientes ventajas (Guzman-Barrón y Zúñiga, 2014, pág. 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.

El término “dispute boards” y “dispute review boards” pueden tener distintos significados para las partes de diferentes sistemas jurídicos o jurisdicciones. Por ello es importante comprender el efecto que la decisión del panel tendrá en las partes (...) (Pag.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 (Pág. 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 [...]” (pag. 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 (pag. 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 si 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, habrán 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):** Conocida también como Dispute Board Institucional (DBI). Este tipo de Juntas se caracterizan porque se implementa desde el inicio del contrato, siendo el caso que sus miembros tienen la obligación de visitar la obra de forma periódica y permanente¹³ 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 conocida 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 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 durante todo los Estados Unidos (pág. 6).

Paralelamente, la FIDIC¹⁴ 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 decir 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, pág. 206).

¹³ Lo que resulta mas oneroso para las partes.

¹⁴ Federación Internacional de Ingenieros Consultores

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, pág. 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, pág.206)

Así mismo 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 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 modelo en las Normas para Adquisiciones de Obras del año 2000 del Banco Mundial” (pág. 206)

Por su parte Escobar (2014), citando a Figueroa señala que para el año 2007, aproximadamente 1350 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 (pág. 14).

Así mismo 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 solo 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 HIDROELECTRICA ERTAN (Dos billones 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 con consiguiente disputas a arbitrar. (pag. 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 solo 2% se sometió a arbitraje siendo que, de este porcentaje solo 1% fueron revocadas por el Tribunal arbitral correspondiente”. (Hurtado, 2015, pág. 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 como 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 Paris en el año 1919 y en la actualidad agrupa a empresas miembros, cámaras de comercio y asociaciones empresariales procedentes de mas 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, así mismo 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 entro en vigencia en el año 2004 y la última se encuentra vigente desde el 01 de octubre del 2015 (Figuroa, 2010, pág. 6).

El vigente reglamento de DB de la ICC ofrece un esquema detallado sobre el procedimiento a seguir para solucionar controversias mediante un DB, así mismo 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 solo recomendaciones), DAB (emite decisiones vinculantes) o CDB (emite recomendaciones y decisiones) (ICC)

El precitado reglamento consta de 35 artículos y regula los aspectos claves para la puesta en marcha de un DB tales como: a. Tipos de DB que se 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 como 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 demuestra la relevancia de este mecanismo en la solución de controversias (Cairns y Madalena, 2006, pág. 4).

3.4.2 FIDIC:

La FIDIC es la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, cuya secretaria 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 97 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, pág. 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, pág. 27).

Dichos autores, explican además que los modelos de contratos que publica la FIDIC se realiza 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 “Condiciones del Contrato para el Diseño-Edificación”, entre otros; no obstante a ello es el libro rojo el que mas se usa en el campo de la construcción. Cabe señalar que dichos contratos han ido mejorándose con el paso del tiempo a través de enmiendas y publicándose en diferentes versiones; pero siempre manteniendo el mismo color. (Paredes y Gray, 2015, pág. 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. (Pag. 206).

Posteriormente en el año de 1995 la FIDIC incorporó por primera vez el concepto de DB en sus contratos referidos a proyectos de diseños 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 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 Valdes, 2010, pág. 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, págs. 206-207)

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

Los DB han ido armonizándose a los 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 Multilaterales de Desarrollo, siendo que, en el año 2008 FIDIC publicó el libro dorado, Condiciones de Contratación para el Diseño, Construcción y Operación, que estableció la vigente condición de los Dispute Boards. (Pag. 206-207).

3.4.3 Banco Mundial:

Es una asociación internacional que desde el año de 1944 ha financiado mas de 12 000 proyectos de desarrollo a través de préstamos tradicionales, créditos sin interés y donaciones. Esta integrada por 189 países miembros, cuenta con cinco instituciones¹⁵ y tiene como misión reducir la pobreza y generar prosperidad compartida en los países en desarrollo. Así mismo, es una de las fuentes mas 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

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

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 3 miembros como mecanismo de solución de controversias siempre que el monto del contrato sea igual o mayor a US\$ 50 millones de dólares, pero si el monto del contrato era inferior a dicho valor, las partes podían utilizar un DRB de 1 o 3 integrantes; no obstante a 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, pág. 5).

Así mismo Figueroa, manifiesta que la versión que actualmente se encuentra vigente de los DRB fue publicada en mayo de 2005 siendo uno de los cambios mas importantes el reemplazo del término DRB por DB, así como la eliminación del uso obligatorio de 3 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, pág. 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 de 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 de dólares no reembolsables, monto al que se le sumo la contribución del gobierno de dicho país ascendente a US\$ 577 millones de dólares, dinero que en su conjunto estuvo destinado a realizar diferentes inversiones en la zona norte de (ADEPRO, 2012, pág. 6).

El objetivo de dicha donación es que en un lapso de 5 años El Salvador realizará una serie de obras sociales y de infraestructura, las cuales tenían como objetivo reducir la pobreza en 94 municipios de la zona norte de dicho país. Con dicho 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 13 contratos con diversas empresas nacionales e internacionales, cada contrato oscilaba alrededor de 15 y 20 millones de dólares cada uno. (pag. 96).

Los contratos empleados correspondían a los formatos utilizados por la FIDIC, de manera que en virtud a 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 controversia¹⁶.

En esa línea, Peñate (2014) sostiene 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 (Pag. 91).

No obstante a ello, el precitado autor considera que los DB implementados para el proyecto Fomilenio dejó un saldo positivo para El Salvador, en principio porque si bien es cierto la celeridad es la solución de controversias no fue la ideal, esta se puede apreciar si se compara con el tiempo que hubiese tomado resolver la misma controversias en un arbitraje. Así mismo indica que de los 13 contratos suscritos, en 11 hubo reclamos por lo que se integró 12 mesas, todas constituidas desde el momento en que se presentaron el reclamo, siendo que el 60% de esas Mesas estaba conformada por un solo Adjudicador (controversias sobre interpretación contractual y en menor medida por el factor costo). Además manifiesta que las decisiones emitidas por los DB 8 de

¹⁶ Ibídem pag. 96

ellas fueron aceptadas rápidamente sin recurrir al arbitraje y solo se sometió a arbitraje las 4 restantes, cuyo resultado fue favorable puesto que los árbitros confirmaron mayoritariamente las decisiones de los DB (Peñate, 2014, págs. 96-97).

Así mismo, se debe indicar que de la revisión efectuada en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) del El Salvador y su reglamento, aprobado mediante Decreto N° 98, dicho país no ha regulado la figura del Dispute Boards como mecanismo de solución de controversia en el ámbito de las contrataciones del Estado, por lo que la experiencia de dicho país respecto a los DB se basa la experiencia en la regulación que establece 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 dicho país Wöss (2016) sostiene que:

En setiembre de 1999 mas de 400 proyectos se han terminado o están siendo construidos utilizando un PAD¹⁷. Casi 1,000 controversias han sido objeto de decisiones tomadas por un PAD, pero solo en pocas ocasiones (14 aproximadamente) una decisión de esta naturaleza ha sido referida a un arbitraje o a un tribunal. No existe reporte alguno en que un tribunal arbitral haya revertido la decisión de un PAD”. (Pag. 13).

En relación a la regulación de esta figura en el ámbito de las contrataciones con el Estado, Honduras al igual que Perú son los 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 Estado¹⁸ y su reglamento¹⁹, vigentes a la fecha.

¹⁷ Se refiere a Panel de Adjudicación de Desavenencias, otro de los nombres con los que se le conoce a los Dispute Boards

¹⁸ Publicada en Junio de 2001 que incluye revisiones a diciembre del año 2016.

¹⁹ Publicado en Mayo de 2002 que incluye revisiones a diciembre del año 2015.

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 la misma 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 dicho artículo se desprende que Honduras no ha limitado la aplicación de las Mesas de Resolución de Disputas a un tipo de contrato en específico, a diferencia de Perú quien por ejemplo limita el uso de los DB a los contratos de obra únicamente.

Así mismo, 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 a ello, lo que si 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 relación 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 controversia, prueba de ello es que ni en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de Ecuador, ni en su reglamento²⁰ se hace alguna referencia a este mecanismo.

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 ecuatoriana procesal, de manera que su regulación no está definida, ni desarrollada (pág. 49); sin embargo considera que dadas las ventajas de este mecanismos “(...) 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, pág. 45)

No obstante a ello, en el año 2009 el figura del DB fue incorporado como mecanismos de solución de controversias en uno de los contratos mas importantes de Ecuador, en los últimos 10 años, cuyo objeto estaba destinado al diseño y construcción de la central Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair.

Dicho 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 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 regulo 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, pág. 50).

Como consecuencia de lo anterior, Coca Codo Sinclair suscribió un contrato²¹ 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

²⁰ Documentos a los cuales se puede acceder en el Portal del SERCOP: Servicio Nacional de Contratación Público de Ecuador: www.sercop.gob.ec.

²¹ Modalidad llave en mano

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

Dentro de los objetivos del proyecto está en convertirse 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 50 años, lo que incluye su capacidad de exportación lo que convertiría a Ecuador en una potencia de energía eléctrica renovable beneficiando no solo 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 (cláusula 30.1 y 30.2) que cualquier disputa, controversia o reclamo que se derive de dicho contrato o guarde relación con el 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, págs. 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 estos, siendo que la nacionalidad que tuvieron los miembros designados fueron: Colombina, Italiana, Alemana, Chilena y Española (Escobar, 2014, págs. 55-56).

Así mismo, 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 está podía ser sometida a arbitraje internacional. De otro lado se indicó que las visitas de la JCD a la obra debían de realizarse cuanto menos 3 veces al año (Escobar, 2014, pág. 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, pág. 130). Dicho marco normativo se encuentra contemplado en la Ley 20.410 publicada por el Congreso chileno el día 20 de febrero de 2010.

En efecto, con la promulgación de la Ley 20.410 el congreso chileno modificó la Ley de Concesiones de Obras Pública, he 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 Penal 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 un controversia no tendrán el carácter de obligatoria para las partes, por lo que las mismas podrán ser sometidas a arbitrajes (Figueroa, 2010, pág. 135).

En relación a la **composición del Panel Técnico** el artículo 36 de la Ley 20.410 establece que el mismo estará integrado por 05 profesionales de los cuales 02 serán abogados, 02 ingenieros y 01 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 12 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 12 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 como se **designarán 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, quienes evaluarán la idoneidad de los profesionales elegidos y la ausencia de inhabilitación e incompatibilidades que les afecten, tal y como reza el artículo 36.

Así mismo, 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.

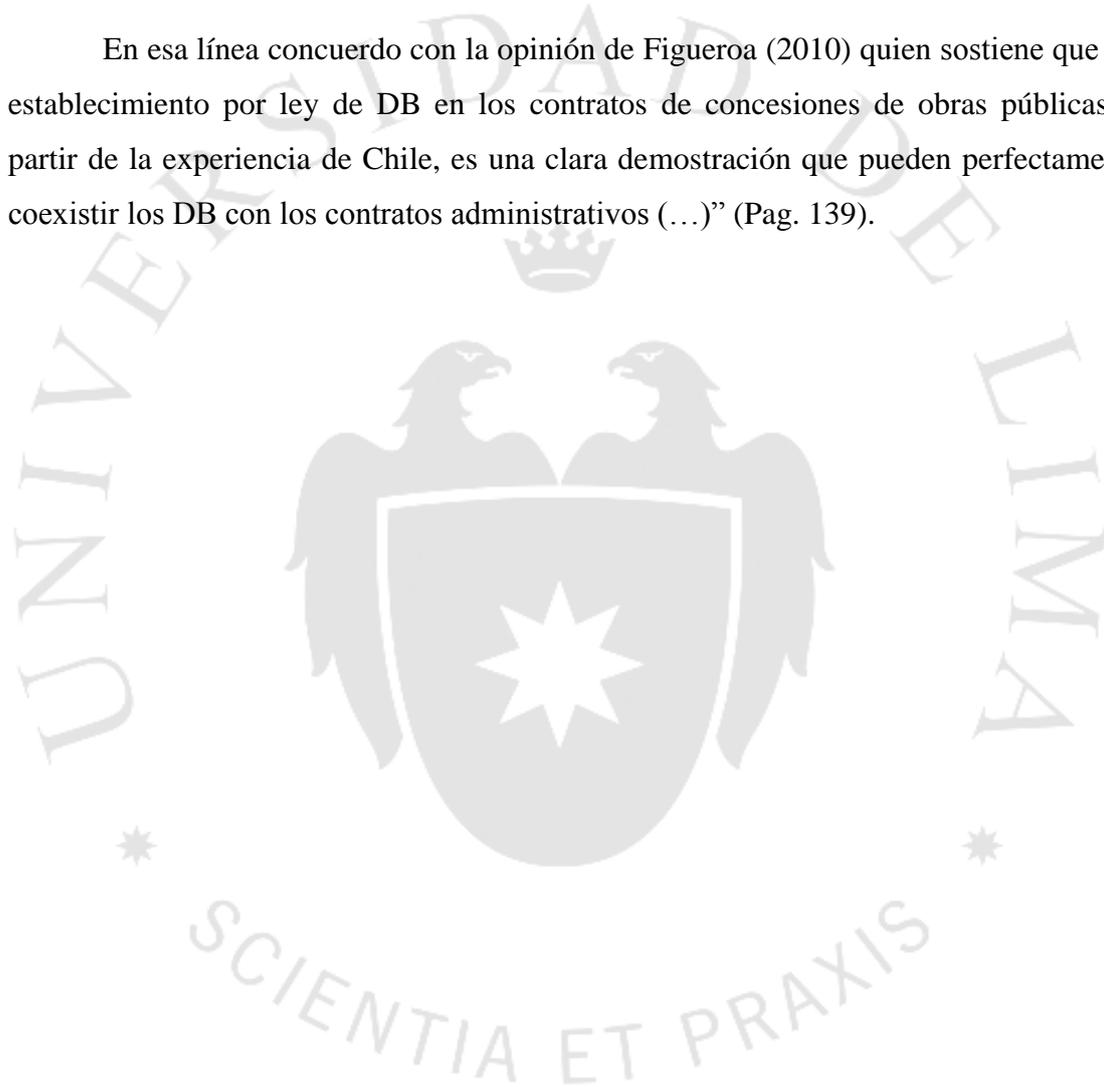
De otro lado, el artículo 36 establece que el Panel Técnico podrá pronunciarse sobre discrepancias relacionadas con:

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 que pueden perfectamente coexistir los DB con los contratos administrativos (...)” (Pag. 139).



CAPÍTULO IV: DIFERENCIA DE LA JRD CON OTROS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

El presente capítulo tiene como propósito determinar las principales diferencias que existe entre las JRD y los otros medios de solución de controversias regulados en la normativa de contrataciones, de acuerdo a lo siguiente:

4.1 La conciliación versus la JRD:

En esta sección analizaremos las diferencias respecto a la nomenclatura, tipo de mecanismo de solución de controversia, 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

Diferencia entre la nomenclatura usada en la conciliación vs 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: El autor de la presente investigación

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 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 estas 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 sea él o ellos quien 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 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 legislación²², este es un ente que actúa de forma permanente desde el inicio de la obra hasta la recepción de las mismas, 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 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.

Dicho de otro modo, en la conciliación el esquema de solución de controversia inicia independientemente al calendario de obra, con el nacimiento del conflicto y concluirá con el acuerdo entre las partes sobre la resolución o no del conflictos, en

²² LCE, RLCE y Directiva

cambio en el la JRD el enfoque es mas integral, al tener una doble función, la de prevención y resolución de controversias (Freitas y Gushiken, 2016, pág. 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 están pueden realizar sus funciones en el lugar de la obra o en el lugar donde acuerden las partes y los miembros de la JRD.

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 solo sean de obligatorio cumplimiento, sino que además la solución adoptada o las obligaciones que ella contiene tienen mérito ejecutivo (Freitas y Gushiken, 2016, pág. 173). En el caso de las decisiones que emite la JRD, estas también son de obligatorio cumplimiento, así lo establece el artículo 212 del RLCE; sin embargo no tienen mérito ejecutivo, habida cuenta 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 tener presente 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, habida cuenta ello dependerá si las partes desean aceptarla o no, en cambio la decisión que emite la JRD si 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

Diferencia entre la nomenclatura usada en el arbitraje vs 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: El autor de la presente investigación

4.2.2 Naturaleza Jurídica:

La naturaleza jurídica del arbitraje no ha sido un tema pacífico en la doctrina; no obstante a 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 una naturaleza jurisdiccional (Freitas y Gushiken, 2016, pág. 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 militar 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 12 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 1 o 2 años. En contrapartida, tenemos que la JRD puede resolver la controversia en máximo 6 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 1 o 2 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 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 legislación²³, este es un ente 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 un arbitraje será después 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.

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

²³ LCE, RLCE y Directiva

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 lado **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 permite que los adjudicatarios puedan obtener información de forma inmediata y de esta manera resolver las disputas con una mayor certeza técnica (Freitas y Gushiken, 2016, pág. 181); sin embargo ello no ocurre con el arbitraje ya que si bien es cierto los árbitros pueden realizar diversas inspecciones a la obra, los árbitros se van a encontrar con una obra que posiblemente este paralizada o que ha cambiado debido a las circunstancias que la rodean (Freitas y Gushiken, 2016, pág. 181).

Por ello 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 visciditudes 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, pág. 182), con lo cual las partes no tienen que narrarle los hechos a una JRD para que resuelva el conflicto, ella ya los conoce.

En esa línea, resulta relevante la diferencia que existe entre el arbitraje y la JRD, en el sentido que el primero de ellos no tiene la posibilidad de obtener medios probatorios de 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. Así mismo 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 tienen mérito ejecutivo, habida cuenta 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 revisado o impugnados en el fondo por otra instancia ya sea arbitral o judicial. Solo se puede interponer contra un lado 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 es 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 AMBITO DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO PERUANO: LEY 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 (Pag. 30).

En el marco de dichos contrato 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 solo emitía recomendaciones.

Un segundo acercamiento a las JRD se da en el Marco de las Asociaciones Público Privadas (APP), reguladas mediante Decreto Legislativo 1012. En efecto, en sus inicios, esta norma contemplaba al arbitraje como único mecanismo de solución de

controversias; sin embargo el 02 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 controversia 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 1 o 3 miembros, en función al acuerdo al que arriben las partes y que las decisiones que emita la Junta serían vinculantes, agregando además que las demás 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, pág. 427)”, con lo cual “la falta de reglamentación genera que la puesta en práctica de la JRD sea inoperante; en vista 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 09 de Enero del 2016. En efecto, una de las novedades que incluyó este nuevo 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

²⁴ Íbidem pag. 428

acuerdo **al valor referencias 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.

Posteriormente, el Estado Peruano modificó la LCE, a través de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1341 (en adelante D.L 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 056), norma que modificó los siguientes artículos referidos a JRD: Artículo 205, 207, 212 y 213. Cabe señalar que tanto el D.L 1341 y el D.S 056 entraron en vigencia el 03 de abril del 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 esta es el objeto de la presente investigación, corresponde ahora 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 (...). (Pag. 90).

Tal y como explicaré mas 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 que 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 cuales 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 de suscribirse, plazo máximo para pactar una JRD, designación de los miembros de la JRD y la información referida al centro de administrará la JRD, aspectos que desarrollare a continuación:

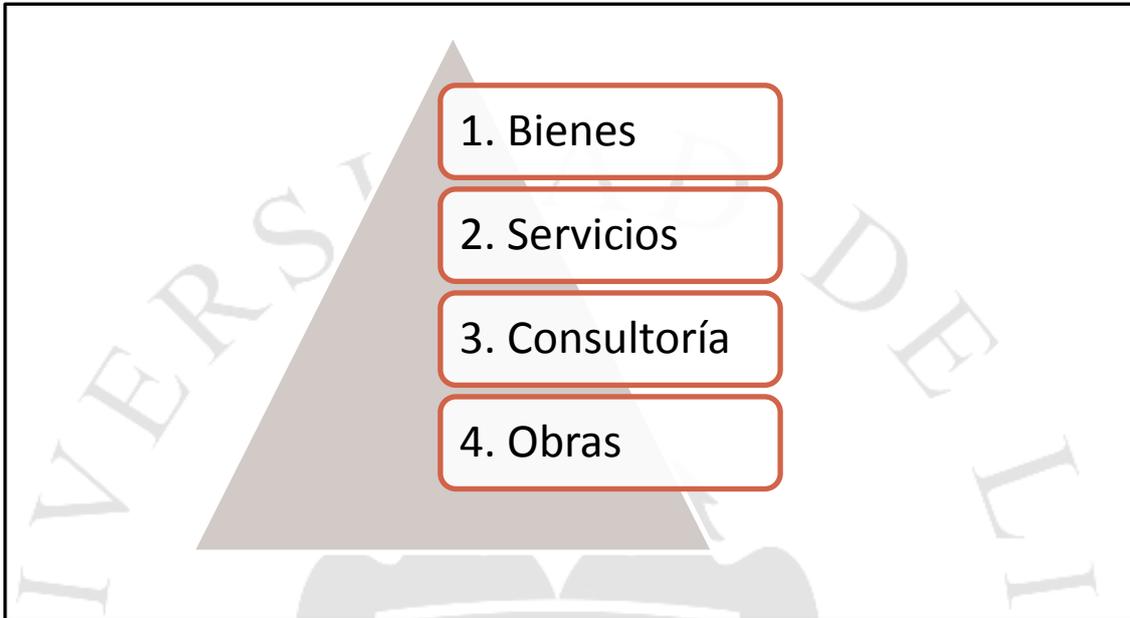
5.2.1 ¿En qué contratos se puede pactar una JRD?:

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: El autor de la presente investigación

Sin embargo, nuestra normativa de contrataciones ha previsto que las JRD únicamente pueden ser pactadas en los contratos de obras, 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 contrato 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 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 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 quien es el inspector o el supervisor, según corresponda.
- b) Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecuta la obra.
- 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 este 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 a 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 que se hayan 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 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 forma 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 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.

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

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

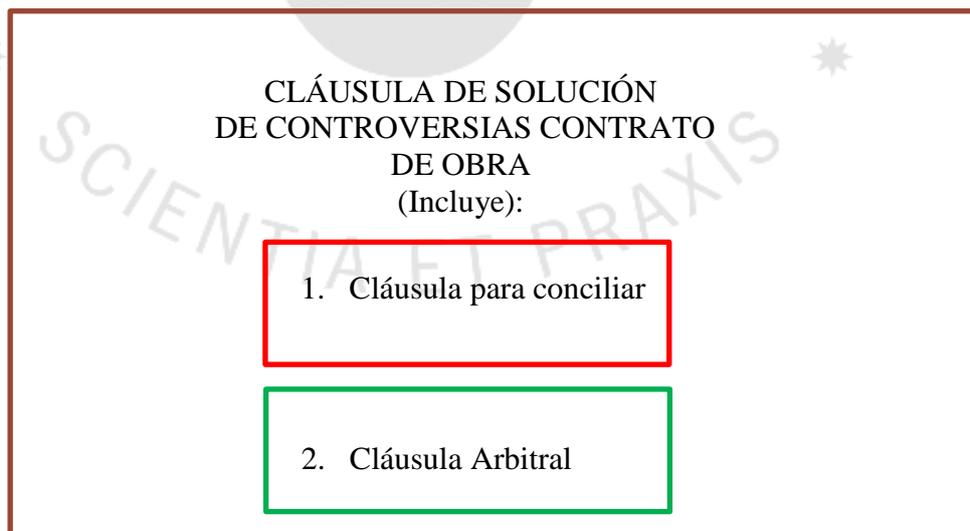
- **Primer Acuerdo: Cláusula de solución de disputas (Acuerdo entre la Entidad y el Contratista):**

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 aquel que logre adjudicarse la buena pro.

En efecto, la antigua LCE (D.L N° 1017) al igual que la vigente²⁷ establecía en el artículo 40 que los contratos debían de 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



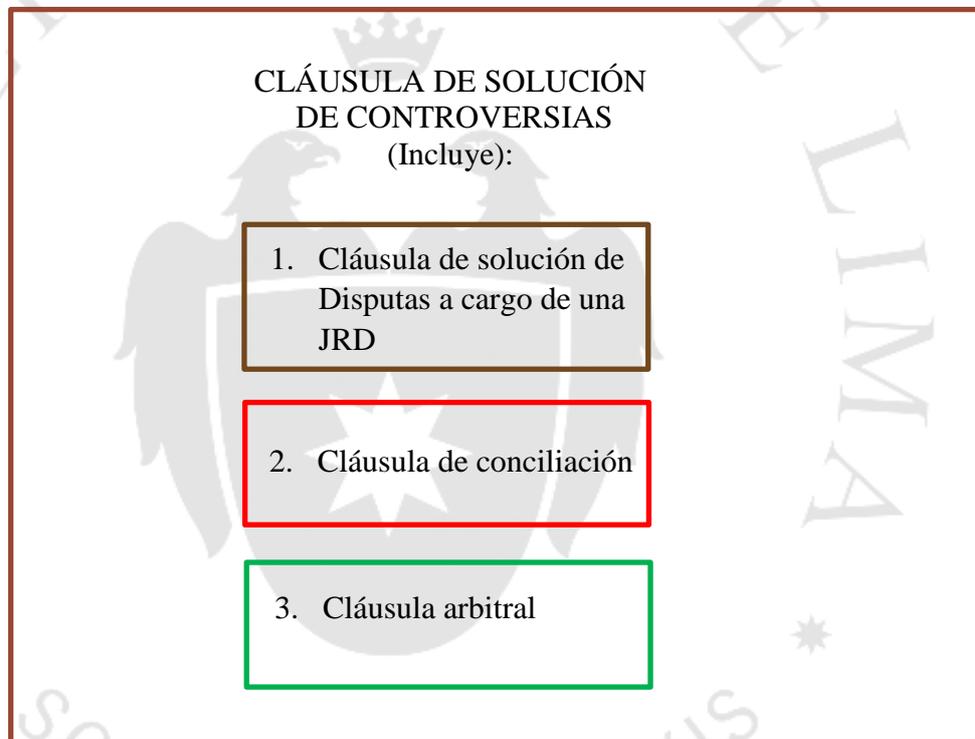
Fuente: El autor de la presente investigación.

²⁷ En la actual LCE las cláusulas obligatorias que deben ser incluidos en los contratos se encuentra previsto en el artículo 32.

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 forma parte de los documentos de la Licitación una cláusula de solución de controversias que incluya el acuerdo de solucionar sus desavenencias a cargo de una JRD, tal y como se aprecia en el siguiente gráfico:

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 que la cláusula para solucionar disputas a cargo de una JRD sea incorporado en un documento independiente al 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 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, pág. 147).

- **Designación indubitable del centro que administrará la JRD:** Este 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 conformará la JRD (ya sea 1 o 3) y posteriormente definirán lo demás requisitos, conforme a las normas aplicables²⁸; sin embargo en el supuesto 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 1 solo miembros 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 3 miembros, cuando el monto del contrato tenga un valor igual o superior a cuarenta millones de Soles (S/ 40'000,000.00).
- **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 este no es un requisito esencial, habida cuenta en el supuesto 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:**

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

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 de 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 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 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 a discrecionalidad de la Entidad su aceptación.

• **Contrato Tripartito: Entidad, Contratista y miembro(s) de la JRD:**

Este es un contrato que suscriben las partes que forman parte de un contrato de obra (Entidad y Contratista) con los miembros de la JRD²⁹.

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 a ello, una mayor regulación sobre el mismo lo encontramos en la directiva N° 020-2016-OSCE/CD, emitida por el OSCE, en cuyo numeral 7.4 se

²⁹ Definición establecida en el literal V de la Directiva N° 020-2016-OSCE/CD

establece que una vez que se ha designado a los miembros de la JRD las partes (Entidad y Contratista) deben suscribir con estos un contrato tripartito, el cual debe ser puesto de conocimiento del Centro Institucional que administrará la JRD³⁰, señalándose además que para dichos efectos las partes pueden utilizar el modelo de contrato 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 este 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 decisión de controversias que se deriven del contrato de Obra.

En este acápite, el OSCE propone una redacción en la cual se pone énfasis en que cada miembro de la JRD asume sus obligaciones de manera individual y no

³⁰ Así mismo, se establece que en “cualquier momento las partes, actuando conjuntamente y previa notificación con siete (07) días de anticipación, pueden resolver el contrato tripartito respecto de uno o mas 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”.

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 el de atribuir una responsabilidad solidaria entre los miembros de la JRD podría mas 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 estas consisten en aproximadamente siete situaciones que deberán garantizar los miembros de la JRD a fin de asegurar su independencia e imparcialidad³¹

Dichas precisiones ponen un especial énfasis en las obligaciones que deben asumir los miembros de la JRD respecto de su independencia e imparcialidad, lo

³¹ Ver cláusula tercera del modelo de contrato tripartito del OSCE

cual no está mal puesto que si bien es cierto el numeral 7.5 de la directiva ya ha estipulado el deber de información de los miembros de la JRD, en el sentido que los miembros que son designados al momento de aceptar el encargo deben de informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) primeros años anteriores a su designación, que pudieran afectar su independencia e imparcialidad, así mismo 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 sobre 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 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 debería mantener incluso después de la vigencia del contrato tripartito, siempre que la controversia que sea sometida a sede arbitral este 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, requisitos de deben cumplir, 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 o 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 conforme 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 Soles y menor a S/ 40'000,000.00 Soles	01 solo miembro
Igual o superior a S/ 40'000,000.00 Soles	03 miembros

Fuente: El autor de la presente investigación

- **Requisitos que se 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 Árbitro (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 Árbitro (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 Árbitro (RNA)

Sobre el particular, no queda claro como 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 este 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 cuales se detallan en la Directiva 017-2016-OSCE/CD. Dicha directiva si estable 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 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 Vice Contralor.

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 (06) 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 (REDERECEI), 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:**

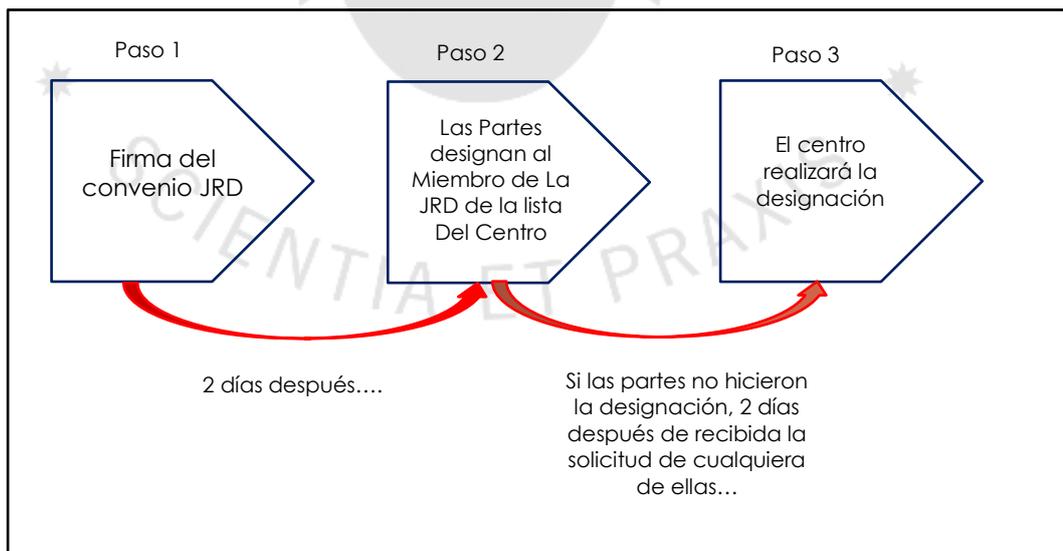
Al respecto, se debe indicar que el plazo y procedimiento se encuentra regulados en el numeral 7.3 de la Directiva N° 020-2016-OSCE/CD, conforme a lo siguiente:

Designación de miembro único:

Cuando se trata de un solo miembro este será designado por las partes de la lista de adjudicadores del Centro que administrará la Junta, dentro del plazo de 2 días siguientes a la firma del acuerdo por el que se someten las controversias a la JRD; sin embargo en el supuesto que no se lleve a cabo esta designación, el Centro lo nombrará en un plazo máximo de dos (02) 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

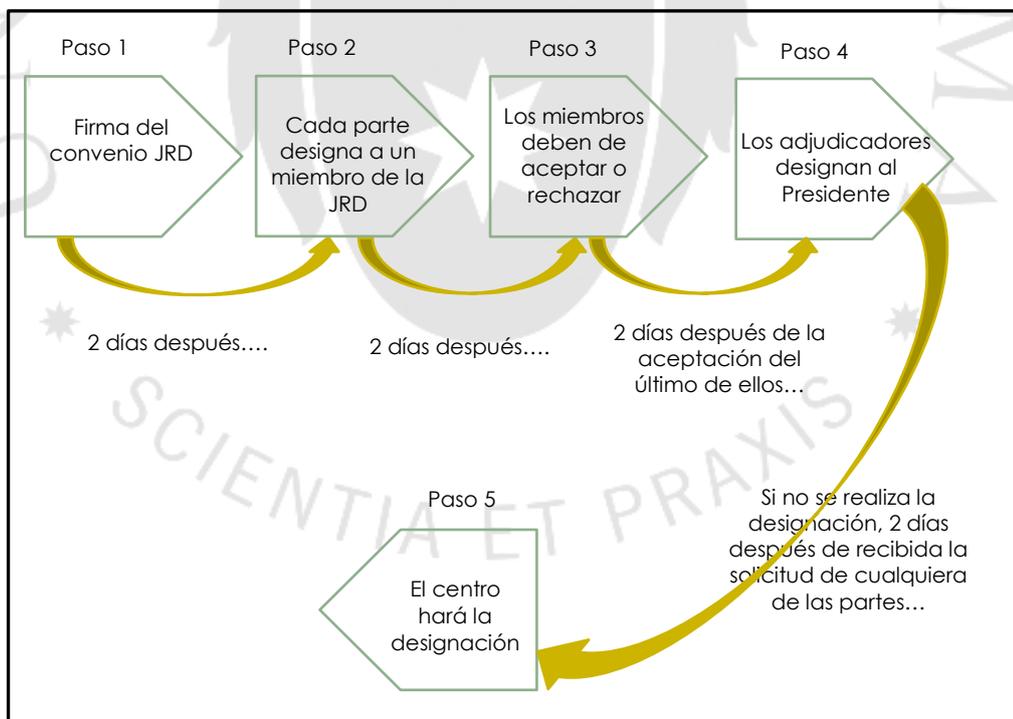
Designación de 3 miembros:

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 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

Así mismo cuando alguno de los miembros designados no acepte o no se pronuncia 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 calendarios, 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 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 una plazo de 15 días calendario, computados desde el momento que el miembro sustituido cesa en sus funciones, el Centro realizará la designación correspondiente.

Así mismo 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 este de vital importancias, 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.

Así mismo 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.

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 de 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 por la que ha optado 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 mejor 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 solo cuando surgía una controversia, pero no desde el inicio de la obra, ello ocasionó que una 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, pag.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, el cual debe ser puesto de conocimiento del Centro, las actividades de la JRD iniciaran 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 únicos. 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:

En relación a este aspecto, la LCE no ha sido lo suficientemente didáctica para señalar con claridad cuáles son las controversias que pueden ser sometidas a una JRD. Así tenemos que el Artículo 45.1 en su primer párrafo indica lo siguiente:

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la **ejecución**, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante **conciliación o arbitraje institucional** (...).Las

controversias **sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.**

Las partes pueden recurrir a la **Junta de Resolución de Disputas** en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de **prestaciones adicionales**, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la **Junta de Resolución de Disputas**. Las pretensiones referidas a **enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas**, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, **ni a otros medios de solución de controversias** establecidos en la presente **Ley o el reglamento**, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo. (El énfasis es agregado).

Como se puede apreciar, en el primer párrafo del Artículo 45.1 de la LCE se menciona que las controversias sobre **ejecución**, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, **nótese que no se incluye a la JRD**.

En el segundo párrafo se establece que la regulación normativa de la JRD se establecerá en el reglamento³², mientras que en el tercer párrafo se menciona que controversias no podrán ser sometidas ni a conciliación, ni arbitraje **ni a una JRD**.

Por su parte el artículo 45.2 de la LCE señala que:

45.2 (...) En los casos en que, **de acuerdo al numeral anterior**, resulte de aplicación **la Junta de Resolución de Disputas**, pueden ser sometidas a esta

³² Cabe señalar que en el RLCE se ha regulado diferentes aspectos sobre el funcionamiento de la JRD, pero no se ha efectuado precisiones sobre las controversias que pueden ser sometidas a la misma, a excepción del artículo 168 en donde se señala determinados supuestos para someter a una JRD controversias sobre valorizaciones.

todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. (...). El énfasis es agregado.

Sobre el particular, se aprecia que el legislador ha dispuesto que para determinar que controversias pueden ser puestas de conocimiento de una JRD se debe verificar su aplicación en función a lo establecido en el numeral 45.1.

Sin embargo, como ya hemos anotado, en el numeral 45.1 solo se menciona que controversias **pueden ser** sometidas a conciliación y arbitraje y que controversias **no pueden ser** sometidas ni a conciliación, ni arbitraje, **ni a una JRD.**

Frente a ello, mas allá de la modificación que debe de realizarse al artículo 45.1 de la LCE para potenciar su eficacia o en su defecto la emisión de una Opinión del OSCE que aclare este aspecto, soy de la opinión que dicho artículo debería ser entendido en el sentido que el hecho que se haya **omitido** a la Junta de Resolución de Disputas como competente para conocer las controversias que allí se señalan no significa que dicho mecanismo este impedido de hacerlo, caso distinto ocurre con la controversia referida sobre nulidad de contrato que también se menciona en el artículo 45.1 de la LCE, puesto que en ese caso si existe una disposición expresa en relación a que ésta solo podrá ser resuelta **únicamente** mediante arbitraje.

No resultaría razonable una interpretación contraria a lo señalado, puesto que dentro de las controversias que señala el artículo 45.1 de la LCE cuya competencia que la asigna a la conciliación y arbitraje se encuentra las discrepancias que puedan surgir durante la **ejecución de la obra**, regulación que se efectúa de manera genérica y es juntamente para dichas controversias que surge la necesidad de contar con una JRD sobre todo aquellas de carácter técnico.

En ese orden de ideas, se puede concluir que:

- i) La JRD es competente para conocer las siguientes controversias:**
 - a. Controversias sobre interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato.
 - b. Controversias sobre ejecución de contrato, incluyendo discrepancias sobre formulación, aprobación o valorización de los metrados que pueda surgir entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según

corresponda si es que el monto de la parte controvertida de dicha valorización representa un monto igual o superior al 5% del contrato actualizado³³.

ii) La JRD no es competente para conocer las siguientes controversias:

- a. Controversias sobre la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de **prestaciones adicionales**.
- b. Las pretensiones referidas a **enriquecimiento sin causa o indebido**.
- c. **Pago de indemnizaciones** o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda.

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 aquellas que están destinadas a prevenir los conflictos y de otro lado aquellas 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 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 puede ser formular durante cualquier reunión, audiencia o visita a la obra, bastará con que dejen constancia

³³ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 del RLCE.

por escrito de dicho pedido³⁴; no obstante a ello la directiva no ha precisado el plazo que tendrá la JRD para atender este tipo de solicitudes, ni la forma como se pondrá en conocimiento de las partes³⁵.

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 que cuando la JRD ya sea de un solo miembro o de tres emite su opinión, por mas que esta 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 ejercicio su función consultiva”.

En esa línea, no es absurdo pensar que si los hechos que solo 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 controversias a la JRD a fin de obtener ahora una decisión vinculante, ya que tendrá la expectativa razonable 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 a 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

³⁴ Numeral 7.6 de la Directiva

³⁵ Sería conveniente que el OSCE emita una opinión en relación a este extremo al menos determinando a quien corresponde fijar el plazo para la elaboración de dicha opinión no vinculante.

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. Dicho calendario es de obligatorio cumplimiento, siendo que las partes deben de 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.

Así mismo se indica que la JRD puede realizar la reunión o visita a la obra incluso a pensar de la inasistencia de una de las partes, además en caso de inasistencia de un miembros 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 que la JRD se mantenga informada de la ejecución de la obra y de cualquier discrepancia desde el momento inicial. Así mismo 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 de facilitarle un espacio de trabajo apropiado, alojamiento, medios de comunicación, equipos de oficina e informático, 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 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, pag. 44); sin embargo soy de la opinión 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 sobre costos que no puedan soportar.

d) Emitir decisiones vinculantes

Cuando las partes deciden someter una controversia a la JRD está emitirá una decisión que será vinculantes, 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. Así mismo, 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 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 impongan a los miembros de la JRD.
- f. Proporcionar apoyo logístico a la JRD y a las partes.

Por su parte la Directiva 020-2016-OSCE/CD señala que además de las funciones establecidas en el artículo 206 del RLCE, la 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 esta 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 NRLCE³⁶, así como un reporte de casos iniciados y concluidos por las JRD, con indicación de la materia controvertida, nombre 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 partes 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 fijaran 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,

³⁶ **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.
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.

Directivas del OSCE, el contrato 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 estos se definirán en función a lo establecido a los montos establecidos en el Centro que lo administrará.

En lo que sí coinciden tanto el artículo 209 del RLCE y 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 a disolverse.

Así mismo el numeral 7.22 de la Directiva señala que en 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 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 que el honorario pactado se mantendrá fijo durante el lapso de vigencia de dicho contrato; salvo que el mismo se extienda por mas de 24 meses, en cuyo caso las partes podrán acordar un ajuste por inflación.

Ahora bien, a lo largo de la presente investigación, solo 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 – PUCP (en adelante Reglamento CARP-PUCP) y el Centro de Arbitraje Ing. CIP. Alberto Bedoya Saenz 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 CARP-PUCP:**

En el caso del Reglamento CARP-PUCP no se ha definido una tabla de honorarios para la JRD ni para el centro, situación que podría significar el no cumplimiento del artículo 208 del RLCE, que establece que las partes asumen en partes iguales todos los honorarios y gastos de los miembros de la JRD, conforme a lo establecido en las respectivas **Tablas de los Centros de Administración de JRD**; sin perjuicio de ello, procederemos a señalar cuales son los criterios que ha contemplado el Reglamento del CARP-PUCP sobre el tema de honorarios y pagos al centro.

De la lectura de los artículos 22 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 que opten por el **honorario mensual**³⁷, dicho reglamento señala que las partes pueden acordar pagar a los miembros de la JRD un honorario mensual base por sus labores de asistencia consultiva, las cuales incluyen las siguientes actividades: Disponibilidad para asistir a todas las reuniones de la JDR 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. Así mismo, se pagará un incremento al honorario base en caso se deba emitir una decisión.

³⁷ Artículo 23 Reglamento CARP-PUCP

En relación al **honorario diario**³⁸, dicho importe corresponde a los siguientes conceptos Reuniones y visitas al sitio; audiencias; tiempo de desplazamiento; reuniones internas de la JD; estudio de los documentos entregados por las partes durante los procedimientos; preparación de la decisión o recomendación; y actividades de coordinación y organización del funcionamiento³⁹.

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.

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:

Ahora bien, en relación a los gastos administrativos dicho reglamento establece que será el centro quien fije su retribución por dichos conceptos, los mismos que podrán ser reajustados dependiendo de actuaciones adicionales requeridas, siendo que a dicho monto se le sumará los gastos en que incurra, los cuales deberán ser reembolsados.

Considero que para la tranquilidad de las partes (Entidad y Contratista) hubiese sido mejor que se establezcan ciertos criterios de previsibilidad respecto al importe que se deberá destinar para este rubro.

- **Reglamento CIP:**

³⁸ Artículo 24 Reglamento CARP-PUCP

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 de asumir los siguientes pagos: a. Honorarios de los miembros de la JRD, b. Reembolsos por los gastos de la JRD y c. Pago al Centro por administración de la JRD.

a. Pago de honorarios a la JRD:

Este pago se realiza por el tiempo que destina la JRD en las siguientes actividades: Asistir a audiencias; reuniones internas de JRD; estudio de los documentos entregados por las partes durante los procedimientos ante el 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 5.2

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. Reembolso de los gastos por desplazamiento y otros:

En relación a los gastos de reembolso⁴⁰, este pago corresponde a los **costos de desplazamiento y otros como estadía** por las visitas que realicen al lugar de ejecución del contrato, siendo que la cuantificación de dichos importes se realizaran en base a las tarifas correspondientes al trayecto entre el lugar de

⁴⁰ Artículo 25 Reglamento CIP

residencia de los miembros de la JRD y el destino de viaje, para el caso de los desplazamientos y en base al costo real en cuanto a los reembolsos por estadía.

c. Gastos administrativos del Centro:

Sobre el particular, la tabla de honorarios que hemos mostrado líneas arriba señala que este costo ascenderá al 50% mas 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: Aquellas 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 a 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 aquellas que regulan los supuestos en los que cabe el otorgamiento de una ampliación de plazo y ii) Normas procesales: Aquellas 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 normas que colisionan entre sí?, la solución jurídica se encuentra en establecer un orden de prelación para preferir aquella 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 la 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 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 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 este un rango de preferencia superior a de la Directiva, es la disposición contenida en el reglamento la que determina en que 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 de presentar al Centro que administre la JRD una petición escrita en donde se deberá señalar lo siguiente⁴¹:

- 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, tales 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 solo 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 plazos o procedimientos que regula la LCE y el RLCE respecto a las ampliaciones de plazo, variaciones a los trabajos adicionales, deductivos,

⁴¹ 7.12 de la Directiva

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 ajustarse a los plazos y procedimientos que sobre el tema en cuestión se encuentre previsto en la LCE, RLCE, el Contrato de Obra y cualquier otro documento que forme parte del mismo.

b. Contestación de la petición:

En relación 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 03 días de recibida.

La parte que recibe la petición deberá formular su contestación dentro del plazo de 15 días siguientes 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 a ello, la JRD en cualquier momento puede solicitar a cualquiera de las partes que presentes otros escritos o documentos que ayuden a la emisión de la decisión.

c. Audiencia:

Al respecto el numeral 7.14 de la Directiva que 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 tengan a bien

evaluar la JRD; sin embargo si una de las partes solicita la realización de dicha audiencia, esta deberá de llevar de efectuarse.

Así mismo se indica que el plazo máximo para llevar a cabo la audiencia no puede ser mayor a 10 días desde que se recibió la contestación de la petición. La audiencia podrá llevar en uno o mas sesiones.

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

La audiencia se llevará a cabo con la 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 lo otros consultaran a las partes si desean que de todas maneras esta 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 que la JRD este conformada por 3 miembros, la decisión se adopta con el voto favorable de 2 miembros; sin embargo en el supuesto 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 este en desacuerdo con la decisión, debe de elaborar un informe escrito, el cual no formará parte de la decisión, pero se comunicará a las partes conjuntamente con ella, en la que expondrá las razones que motivan su desacuerdo; sin embargo el hecho que un miembro de la JRD no motive su desacuerdo no será un obstáculo para la eliminación de la decisión ni para su eficacia, tal y como lo 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 de formular su decisión por escrito, indicando la fecha de su emisión y los fundamentos y conclusiones que la motiva. 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.

Así mismo 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 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 3 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 al 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 5 días desde su notificación a las partes.

Así mismo, cualquier 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 5 días siguientes a la fecha de recepción de la decisión. En este caso, la JRD otorgará a la otra parte un plazo de 5 días desde la recepción de la solicitud, para que manifieste su opinión, luego de ello la JRD emitirá su aclaración en el plazo de 5 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 3 días.

5.4 Procedimiento para someter a arbitraje las controversias que surjan en los contratos de obra en donde se hayan pactado 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 precitado articulado no solo 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 acápite:

- 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 mas adelante.

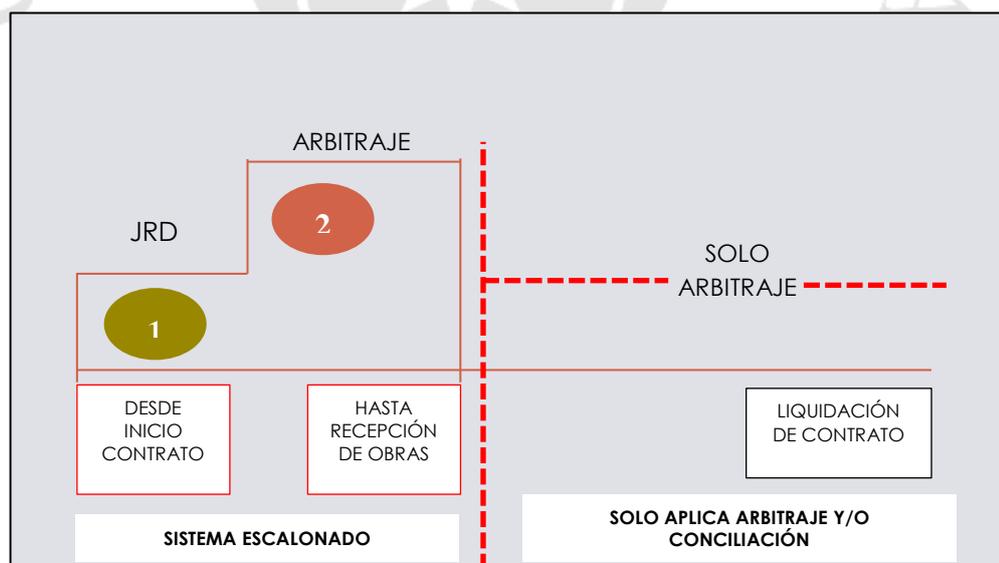
En tal sentido, como regla general, se debe tener presente que las controversias que se susciten desde el inicio del contrato de obra hasta su recepción, y que sean de competencia de la JRD⁴², deberán ser sometidas en primer lugar a las JRD y en el supuesto que alguna de las partes no esté de acuerdo con la decisión que emita la JRD, podrá recurrir al arbitraje en la oportunidad y dentro del plazos de caducidad que estable 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, este es un requisito sine qua non. Es por ello que se considera que la JRD es un presupuesto de arbitrabilidad, tal y como lo establece el artículo 213.

A efectos de graficar la idea, podemos ver el siguiente esquema:

Figura 5.6

Forma en la que se solucionararan las controversias en el contrato de obra



Fuente: El autor de la presente investigación

⁴² 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.

➤ **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 esta sea revisada por un arbitro o un tribunal arbitral, según corresponda.

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

a. **Manifestar desacuerdo a la contraparte y a la JRD:**

Este procedimiento se encuentra regulado en el Artículo 212 del nuevo 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 su desacuerdo total o parcial con la decisión de la JRD, de manera oportuna, es decir dentro de un plazo de siete días de notificada, 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:**

De conformidad con 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 interponer 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 un plazo de caducidad, es decir, para que el arbitraje sea admitido debe ser interpuesto 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 aquel, luego de transcurrido el “plazo fijado por la Ley o la voluntad de los particulares (Opinión N° 003-2013/DTN).

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

De otro lado, se debe tener en cuenta que este plazo de caducidad de 30 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 el RLCE establece además otros criterios de computo de caducidad cuando se desee llevar a arbitrajes controversias que no pudieron ser dilucidadas por una JRD, pese a que esta fue pactada en el contrato, aspecto que desarrollare mas 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 dicho mecanismo no solo 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 solo 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 cual 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 precitado 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**, así como los **costos y riesgos de no adoptar la decisión**. Así mismo se indica que dicha decisión **debe constar en un informe técnico legal**.

Este 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 equivocada, no porque consideren que la decisión es injusta, sino por el temor de que si no lo hacen terminaran siendo cuestionados por los órganos de control interno.

Dicho temor ha sido tan poderoso que durante años ha ocasionado otros mecanismos de solución de controversias como la conciliación no tenga 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 no pueden cuestionar las decisiones de los funcionarios públicos por el solo hecho 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 lo que pese a haberse pactado una JRD, las partes pueden recurrir al arbitraje sin esperar que dicho procedimiento termine.

Dichos 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 periodo de vigencia de las JRD:

Este tipo de controversias, serán aquellas 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, será 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 contrato 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 en la durante la ejecución de la obra y la prevención de conflictos:

6.1.1 Rapidez en la solución de controversias:

Esta es una de las mayores ventajas que ofrece la JRD debido a que el tiempo en que se solucionan las controversias es sumamente 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 encuentre plenamente informado sobre los aspectos relevantes de la obra en todo momento y iii) El tiempo que dispone la JRD para emitir una decisión es inferior a lo que en promedio toma a un árbitro o tribunal arbitral para 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 Calendarios)	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 u aclaración de decisión	5	15
Tiempo aproximado	53 días	1 a 2 años

Fuente: El autor de la presente investigación

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 6 etapas, mientras que el segundo en aproximadamente 12, de las cuales muchas de estas no cuentan con un plazo máximo para su realización con lo cual los procesos arbitrales terminan dilatándose mas 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 de las JRD (Castillo Freyre, 2014, pág. 48).

En efecto, no podemos perder de vista que el arbitraje si bien es cierto en 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, pág. 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, pág. 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 53 días, mientras que en un arbitraje este tiempo podría durar en promedio entre 1 a 2 años, sino es mas.

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 mismas.

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 efectuar visitas periódicas a la obra durante su ejecución, este aspecto es sumamente importante porque le 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 en la ejecución de la obra, encontrándose en la 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, pág. 15), o al menos ello sería lo deseable.

El hecho que los adjudicadores puedan contar con los elementos probatorios adecuados, obtenidos en tiempo real a fin que estos 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, pág. 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”. (Pag. 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 le permite a los miembros de la JRD estar en una excelente posición para prevenir y resolver las controversias de manera rápida (Figueroa, 2010, pag. 3) y a su vez ayuda al adjudicador o panel de expertos conocer casi en simultáneo los hechos que ocasionan un reclamo (Peñate, 2014, pag. 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 de 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 estas 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 juntamente, 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 dada 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 (Figuroa, 2010, pág. 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 (15 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 esta 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 a ello, la parte que se vio afectada con la decisión luego de recepcionada 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 esta 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 mas allá del corto tiempo que el panel de expertos necesita para emitir su decisión (Figuroa, 2010, pág. 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 por las partes que actúen de buena fe, debido a que pueden absolver inquietudes o despejar sus dudas de orden técnico, evitando de esta manera que en el futuro aquella duda no aclarada se convierta después en una controversia.

Así mismo, 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, pág. 41).

Ahora bien, autores como Figuroa 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 (Figuroa, 2010, pág. 12), en principio ello es cierto; sin embargo soy de la opinión que tampoco se puede dar un uso indiscriminado de las mismas, ya que tendríamos como consecuencia el efecto adverso del que se persigue, es decir que cualquier dudas 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: Honorarios de los miembros de la JRD, carencia de Adjudicadores e 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 en partes iguales 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 corresponderá 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, pág. 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: El CARP-PUCP y el Colegio de Ingenieros del Perú. En el primero de ellos no se fija una tarifa de honorarios para los miembros de la JRD, puesto que los mismos deberán ser fijado por acuerdo entre las partes; mientras que en el segundo de ellos, 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 que manera impacta en el contrato el monto que se deberá destinar para cubrir los honorarios de la JRD; no obstante a ello 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 1 solo miembro, este debe ser ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado, mientras que si está conformado por 3 miembros, el presidente debe contar con las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único y los otros 2 miembros deben ser expertos en la ejecución de obras. Eso significa que en caso de que la JRD esté integrada por 3 miembros, con excepción del Presidente, los otros adjudicadores pueden tener cualquier profesión, incluso abogado.

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

En relación a la lista de adjudicadores del CARP-PUCP tenemos lo siguiente:

Figura 6.1

Registro de adjudicadores nacionales del CARP-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

Fuente: Pagina Web CARP-PUCP

Figura 6.2

Registro de adjudicadores internacionales del CARP-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: Pagina Web CARP-PUCP

Como se puede apreciar, el CARP-PUCP cuenta a la fecha con un total de 22 profesionales, de los cuales 16 son abogados y únicamente 6 ingenieros. De todos los adjudicadores 13 son nacionales y 9 son extranjeros (no sabemos si con residencia en Perú).

En relación al Colegio de Ingenieros del Perú en su página web no se identificado 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, mas aún si los pocos que existen son predominantemente abogados, quienes debido a las reglas establecidas en el artículo 207 del RLCE solo pueden integrar paneles de 3 miembros, con lo cual se reduce aun mas el numero de JRD que podrían implementarse en nuestro país.

En este punto, resulta válido preguntarse ¿Es conveniente que una JRD este conformada por al menos 1 abogado?. Soy de la opinión que definitivamente ello debe ser así, debido a que muchas de las discrepancias que surgen en un contrato de obra tienen una connotación legal, no en vano el artículo 207 del RLCE exige que en caso la JRD este integrada por un solo miembro este 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 este conformada por al menos 1 abogado, pues su experiencia como perito en derecho va a facilitar la emisión de la decisión conforme a la ley, lo cual ayudará a demás a dar confianza a las partes respecto de la credibilidad de la decisión (Quintanilla, 2006, pág. 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 Dispute Boards están integrados usualmente dos ingenieros y un abogado quien incluso presiden (Figueroa, 2010, pág. 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 de 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 que la Entidad decida someter a arbitraje todas aquellas decisiones que sean adversas a la posición de esta 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 este haya delegado tal función evalúa la conveniencia o no de someter a arbitraje las decisiones de la JRD, sobre la base de considerando 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

- 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.
- Se ha determinado que los DB a nivel internacional han registrado importantes casos de éxitos en la gestión de controversias que se han suscitado durante la construcción de obras de gran envergadura, en países provenientes 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 ha 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.
- 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 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 suscritos entre las partes y los miembros de la JRD, así mismo 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, las mismas que abordaré en la siguiente sección.
- El hecho 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 recepcione 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 una lado se reducen los riesgos de paralización o atrasos en las obras y de otro lado se podrán canalizar todas las discrepancias en un solo arbitraje evitando de esta manera decisiones contradictorias.

- El hecho que se le atribuya al titular de la Entidad o el servidor en quien este haya delegado dicha función, la responsabilidad de antes de someter una decisión de la JRD a arbitraje, debe de 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.
- 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 los que les permitirá tener ascendencia sobre las partes y así lograr la confianza y respecto de estos, fomentando un ambiente de colaboración permanente entre la Entidad, el Contratista y la JRD.
- 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 por parte 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 Setiembre de 2015). Enfoque negativo y positivo del criterio discrecional en las contrataciones del estado. Lima. Recuperado el 01 de Enero de 2017, de <https://www.youtube.com/watch?v=QqnQ0wLEhWg>
- Banco Mundial. (s.f.). Recuperado el 02 de Junio de 2017, de Quienes Somos: <http://www.bancomundial.org/es/who-we-are>
- Benavente, C. A., y Sotelo, E. A. (2014). Novedades en los mecanismos de resolución de controversias en etapa de ejecución contractual de la nueva ley de contrataciones del Estado. *Arbitraje PUCP*, (4). 21 - 27.
- Cairns, D., y Madalena, I. (2006). El Reglamento de la ICC relativo a los "Dispute Boards". *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1-11.
- Castillo Freyre, M. (2014). Un nuevo amigo del arbitraje: Los Dispute Boards. *Arbitraje PUCP*, (4). 47-50.
- Castillo, M., y Sabroso, R. (2011). El Arbitraje del Estado peruano. *IUS ET VERITAS*, (43).140-149.
- CB24. (20 de Setiembre de 2014). YouTube. Recuperado el 02 de Junio de 2017, de Conozca la historia del Fomilenio: <https://www.youtube.com/watch?v=ChXRMezRWWM>
- CGR. (Marzo de 2015). www.contraloria.gob.pe. Recuperado el 02 de Junio de 2017, de http://www.contraloria.gob.pe/wps/portal/portalcgrnew/siteweb/comunicaciones/boletin/!ut/p/b1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOLdXf29TZwNjAz8_QNNDDzNjUKNDB2DDEwNzIAKIoEKDHAARwOwfiMDY2Nj5xAzTxMzJxcDR08Tg2BHD29PA0MDqH4cFpj5GIKm39mYOP14FBDwv5d-VHpOfhIwqML1o_ApB
- Contraloría General de la República. (2015). *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013*. Lima: Autor.
- Escobar, A. (2014). *Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura* (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

- FIDIC. (s.f.). Recuperado el 02 de Junio de 2017, de About FIDIC: <http://fidic.org/about-fidic>
- Figuroa, J. (2010). Los Dispute Boards o Paneles Técnicos en los contratos internacionales de construcción. *Gaceta Jurídica*, (364). 1-11.
- Franco, E. (2016). Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado Peruano. *Arbitraje PUCP*, (6). 30-55.
- Freitas, R. A., y Gushiken, J. D. (2016). *Dispute Boards: mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción*. Lima: Thomson Reuters.
- Gandolfo Cortés, R. (30 de noviembre de 2014). Las Juntas de Resolución de Disputas [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://edicionespropuesta.blogspot.pe/2014/11/las-juntas-de-resolucion-de-disputas.html>
- Guzman-Barrón, C., y Zúñiga, R. (2014). Comentarios y reflexiones sobre el Estudio de Investigación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos-PUCP "Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública: Análisis de Laudos Arbitrales". *Arbitraje PUCP*, (4). 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*, (50). 86-89.
- Hernández, R. (27 de noviembre de 2014). Obras web Mexico. Recuperado el 02 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*, (44). 203-210.
- ICC. (s.f.). The current ICC Dispute Board Rules are in force as of 1 October 2015. Recuperado el 02 de Junio de 2007, de <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>
- ICC-Spain. (s.f.). ¿Quiénes Somos? Recuperado el 02 de Junio de 2017, de ¿Qué es la Cámara de Comercio Internacional ICC?: <http://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/>
- Laorden Mengual, P. (2011). Las Dispute Boards como medio de Resolución de Controversias. *Tecniberia*, (29). 40-41.

- Latorre, D. (25 de Julio de 2016). Políticas Públicas y Gestión de Conflictos [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2016/07/15/etica-y-corrupcion-en-el-arbitraje/>
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2016). *Marco Macroeconómico Multianual 2017-2019*. Lima: Autor.
- OSCE. (s.f.). ¿Qué es el RNP? Recuperado el 02 de junio de 2017, de <http://portal.osce.gob.pe/rnp/content/que-es-el-rnp>
- OSCE. (Febrero de 2017). OSCE. Recuperado el 02 de junio de 2017, de <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Informe%20Annual%20de%20Contrataciones%20P%C3%ABlicas%202016%20%28Resultados%20al%201%20de%20diciembre%20de%202016%29.pdf>
- Paredes, G. (2011). Presupuestos de Arbitrabilidad en los Arbitrajes en Construcción: Los Dispute Boards. *Arbitraje PUCP*, (1). 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*, (8). 103-121.
- Paredes, G. (2013). Dispute Boards y Arbitraje en Construcción: ¿Compiten o se complementan?. *Arbitraje PUCP*, (3). 79-85.
- Paredes, G., y Gray, J. (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 02 de Junio de 2017, de <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 E. M. Freyre, *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencia y retos* (Vol. 23, págs. 87-121). Lima.
- 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*, (50). 3-8.

Quitarohd. (15 de Enero de 2015). YouTube. Recuperado el 02 de Junio de 2017, de Proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair : SINOHYDRO Avances 2014: <https://www.youtube.com/watch?v=3FeNGqAexvQ>

Salazar, R. (24 de Julio de 2016). Etica versus la corrupción en el arbitraje. Lima.

Wöss, H. (2006). Panel de Adjudicación de desavenencias "Una retrospectiva". *Pauta*, (50). 12-20





ANEXO 1: Propuesta de modificación normativa

1. Respecto al contenido de la LCE:

Artículo a modificar	Dice	Debe decir
45.1	<p>Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual (...)</p> <p>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. (...)</p>	<p>Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual (...)</p> <p>45.1 Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo con las al valor referencial y demás 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. (...)</p>

2. Respecto al contenido del RLCE:

Artículo a modificar	Dice	Debe decir
205.4	<p>Artículo 205.- La Junta de Resolución de Disputas (...)</p> <p>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. (...)</p>	<p>Artículo 205.- La Junta de Resolución de Disputas (...)</p> <p>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. (...)</p>
207.1	<p>Artículo 207.- Designación de miembros</p> <p>207.1 Cuando la Junta de Resolución de Disputas esté integrada por un (1) solo miembro, este debe ser un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado. En caso esté integrada por tres (3) miembros, el Presidente debe contar con</p>	<p>Artículo 207.- Designación de miembros</p> <p>207.1 Cuando la Junta de Resolución de Disputas esté integrada por un (1) solo miembro, este debe ser un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado. En caso esté integrada por tres (3) miembros, el Presidente debe contar con</p>

	<p>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.</p>	<p>las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único de la Junta de Resolución de Disputas, para los demás miembros, solo se requiere un título profesional y acreditar conocimiento en deben ser expertos en la ejecución de obras.</p> <p>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</p>
--	---	--



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].....⁴³.

La JRD estará compuesta por..... [tres (3) miembros / un (1) miembro].....⁴⁴, 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.

⁴³ Las Partes deben señalar la denominación o razón social del Centro al cual encargaran la organización y administración de la JRD.

⁴⁴ Las Partes deben indicar el número de miembros que integrarán la JRD.

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

