

Mario Castillo Freyre**

UN NUEVO AMIGO DEL ARBITRAJE: LOS *DISPUTE BOARDS**

Señor doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú;

Señor doctor Roberto Hernández García, coordinador de la obra que hoy presentamos;

Señores Doctores Alexander Campos, Jaime Gray y Jerry Brodsky;

Estimados colegas y amigos,

Hace menos de dos meses, César me llamó por teléfono y me preguntó si la *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio estaría dispuesta a publicar este libro.

De inmediato le contesté que sí, que lo haríamos con mucho gusto, a pesar del breve lapso que mediaba entre esa fecha y aquélla en la cual se debía presentar la obra.

Como saben quienes hoy nos acompañan, la *Biblioteca de Arbitraje*—hasta el día de hoy— había publicado exclusivamente temas de orden arbitral.

Nuestros veintidós primeros volúmenes sólo habían estado dedicados a materias de este orden.

En ese sentido, uno se podría preguntar por qué integrar una obra sobre *Dispute Boards*, como el volumen 23 de la *Biblioteca de Arbitraje*. ¿Acaso se trata de un cuerpo extraño en la Colección?

Tal vez la respuesta más adecuada sea aquélla que pasa por entender que los *Dispute Boards* no constituyen algo ajeno o, peor todavía, un

enemigo del arbitraje, sino que ambos pueden convivir en perfecta armonía.

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

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

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

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

* Discurso pronunciado en la ciudad de Lima el 18 de julio de 2014, con ocasión de la presentación del Volumen 23 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre, titulado «Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos», el cual fue coordinado por Roberto Hernández García y editado por el Estudio Mario Castillo Freyre y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Mario Castillo Freyre, Magister y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

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

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

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

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

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

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

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

Pero, independientemente de que las decisiones de las juntas de resolución de disputas, tendrán carácter obligatorio, ello no representará obstáculo

alguno para que cualquiera de los contratantes que se hubiese sentido disconforme con la resolución del problema por parte de la referida junta, pueda —dentro de los plazos de ley— acudir al arbitraje, para que allí se brinde definitiva solución jurídica a la controversia.

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

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

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

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

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

Pero, a pesar de no constituir un proceso jurisdiccional, sino un procedimiento de orden legal y contractual, las juntas de resolución de disputas deberán observar de manera rigurosa todas las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia

que el propio Tribunal Constitucional peruano ha dispuesto sobre el respeto al debido proceso, cuya violación constituye —a juicio del máximo intérprete de la Constitución de nuestro país— obstáculo formal insalvable en cualquier procedimiento.

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

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

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

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

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

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

La utilidad o inutilidad del arbitraje deberá ser decidida con absoluta libertad por las partes contratantes, ya que cada quien es libre de recurrir o

no a la justicia arbitral, más aún si ella está respaldada por el convenio arbitral celebrado por las partes y por la Constitución Política, lo que conduce a que sea la vía contractual, legal y constitucionalmente idónea para poner fin a esa controversia.

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

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

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

Queda claro, entonces, que sería ilegal e inconstitucional la creación de cualquier barrera de orden patrimonial, para el acceso al arbitraje, que se pensara instaurar en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

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

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

Pero más allá de esto, resultaría necesario pensar que ninguna parte estará dispuesta a arriesgar montos dinerarios destinados a pagos de

honorarios arbitrales, como a la administración del proceso y a los servicios de sus propios abogados, sin considerar que tiene una real posibilidad de revertir la decisión emitida por la junta de resolución de disputas.

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

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

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

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

Soy optimista con respecto a esa convivencia.

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

Quiero que me disculpen por haberme extendido en estas palabras sobre la relación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje, pero estimo que —como Director de la *Biblioteca de Arbitraje* y editor de la obra— era mi deber hacerlo.

Nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, saluda con afecto a este nuevo amigo, los *Dispute Boards*, cuyo tratamiento, bondades y utilidad serán permanentemente reconocidos en sus páginas y en futuros volúmenes.

Para finalizar, quiero agradecer a César Guzmán-Barrón por su permanente amistad y por creer en nuestra *Biblioteca*, dado que este volumen comparte los sellos de ambas instituciones: el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad

Católica del Perú y mi Estudio de Abogados.

Esta comunión ya se ha dado en diversas obras que integran la serie y, Dios mediante, se seguirá manteniendo en otros títulos de muy próxima aparición.

Y el segundo agradecimiento, a la par que felicitación, es para el doctor Roberto Hernández García, destacadísimo abogado y experto en contratación pública y Derecho de la construcción, por el valioso trabajo escrito que se incluye en esta obra, la misma que lleva por título «*Dispute boards* en Latinoamérica: Experiencias y retos» y por la muy destacada coordinación de la misma; ya que el libro que hoy presentamos reúne también excelentes aportes de Jaime Gray Chicchón y Jonnathan Bravo Venegas, Jerry Brodsky, Carlos Peñate Guzmán, Gilberto José Vaz y Pedro Augusto Gravatá Nicoli, Juan Eduardo Figueroa Valdes y Gustavo Paredes Carbajal, todos ellos abogados líderes en el estudio y promoción de los *Dispute Boards*.

Además, esta obra incluye como anexo, el Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas de la Universidad Católica, hasta la fecha, único en su tipo en el Perú, el mismo que obedece a la fe que César Guzmán Barrón siempre tuvo en torno a los *Dispute Boards* y a la invariable promoción que ha venido haciendo de los mismos, entendiéndolos como aliados y complementarios del arbitraje.

Bienvenidos, *Dispute Boards*.

Muchas gracias.