

# De la Conciliación Decisoria a la Junta de Resolución de Disputas:

## Apuntes en Relación a la Junta de Resolución de Disputas Como Nuevo Método de Resolución de Conflictos para un Contrato de Obra Formalizado Bajo el Ámbito de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado

Juan Manuel Hurtado Falvy\*

### Resumen:

La nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, incorpora la Junta de Resolución de Disputas, como un nuevo mecanismo de resolución de conflictos durante la fase de ejecución contractual de obras.

En el artículo se desarrolla, en primer lugar, el marco de las contrataciones del Estado y las controversias que se originan en el mismo. Posteriormente, se expone el desarrollo de los Dispute Boards internacionalmente y sus características, y se concluye identificando el tipo de Dispute Boards adoptado en la legislación peruana, exponiendo sus fortalezas y debilidades.

### Palabras clave:

Junta de Resolución de Disputas – Ley de Contrataciones del Estado – Mecanismos de solución de controversias – Conciliación decisoria – Arbitraje – Contrato de obra

### Abstract:

The new Public Procurement Law introduces the Dispute Boards as a new settlement of disputes and contestations during the contractual execution of the work phase.

The present article works, in the first place, the framework of public procurement and the controversies that are originated in the matter. Then, it will expose the development of the Dispute Boards in other countries and their characteristics. Finally, it concludes identifying the type of Dispute Boards that is being adopted in Peruvian law, showing its advantages and disadvantages.

### Keywords:

Dispute Boards – Public Procurement Law – Settlement of disputes and contestations – Dispute Review Boards – Arbitration – Work contract

### Sumario:

1. Notas preliminares – 2. A modo de introducción – 3. La Junta de Resolución de Disputas como un medio alternativo de resolución de controversias – 4. La Junta de Resolución de Disputas en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado – 5. Pautas finales

\* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría en la misma universidad, Post – Grado en Gestión Estratégica de las Contrataciones del Estado por la Universidad de Lima, Capacitador del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, Escuela Nacional de Control –ESAN, Universidad San Martín, entre otras. Es árbitro del registro de árbitros del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Consultor en Dispute Boards y Arbitrajes de Proyectos financiados por Bancos Multilaterales de Desarrollo.

*Fiat iustitia et ruat caelum<sup>1</sup>*

## 1. Notas preliminares

En la actualidad, 2793 Entidades conforman el universo del sector público en el Perú, las cuales realizan, en conjunto, contrataciones de bienes, servicios u obras en el orden de los 44,642.10 millones de nuevos soles anuales, convirtiendo así al Estado en el mayor contratante del País<sup>2</sup>.

La erogación de estos fondos, por su naturaleza pública, se sustenta en una especial regulación, que promueve su correcta, eficiente y transparente utilización y gestión, principalmente, en el Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado<sup>3</sup> y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Esta regulación posibilita que el procedimiento de contratación<sup>4</sup>, llevado a cabo para el abastecimiento de las Entidades pueda ser auditado, no sólo por los Organismos competentes, sino también por los miembros de la sociedad, quienes ostentan el legítimo interés de conocer la forma en que se ejecutan los recursos y el uso que se asigna a los bienes públicos.

Este justificado celo con el que la sociedad viene siguiendo las actuaciones de los funcionarios públicos, incrementado por los avances informáticos y los medios de comunicación, produce un doble efecto: por un lado, desincentiva conductas altamente reprochables por la sociedad, como la corrupción y malversación de fondos públicos<sup>5</sup>; sin embargo, por otro lado, conlleva a un excesivo formalismo en el proceder de las Unidades Ejecutoras y –por qué no decirlo– falta de decisión.

Efectivamente, es un secreto a voces que los funcionarios públicos, cada vez en mayor proporción, actúan en su labor diaria considerando que sus decisiones pueden ser materia de una acción por responsabilidad administrativa, civil y/o penal (generados en informes del Sistema Nacional de Control), por lo que evitan tomar

decisiones, inclusive así sean debidamente fundamentadas. Esta ausencia de gestión se acentúa más en la ejecución contractual de obras, cuando las distintas figuras que se suelen presentar (como las ampliaciones de plazo y reconocimiento de gastos generales) son simplemente denegadas por los funcionarios públicos, originando que el Contratista recurra al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, a fin de que en dicha instancia el árbitro la otorgue, de ser el caso, evitando así «asumir» la responsabilidad.

A ello se le debe sumar la propia naturaleza conflictiva de la actividad de la construcción, lo cual se refleja en la medida que, de las controversias sometidas a arbitraje en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, el 59.5% se originan en contratos de obras, frente al 18.0% de bienes, 14.0% de servicios y 8.5% de consultoría de obras<sup>6</sup>.

Bajo el marco expuesto y tomando en cuenta la frecuente litis que se genera en las relaciones jurídicas derivadas de los contratos de la administración pública y, particularmente, en aquellos cuyo objeto es la ejecución de obras, estimábamos oportuno contar con un medio alternativo de resolución de conflictos que permita reducir dicha litigiosidad que dilata, innecesariamente, la ejecución contractual incrementando los costos de transacción para las partes, retrasando el cumplimiento del interés público.

Al respecto, el 11 de julio de 2014, se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 30225–Ley de Contrataciones del Estado<sup>7</sup>, la cual incorpora la Junta de Resolución de Disputas como un nuevo mecanismo de resolución de conflictos durante la fase de ejecución contractual de obras, con la finalidad de contar con decisiones expeditivas e inmediatas sobre su desarrollo.

A través del presente artículo, es nuestra intención presentar una breve introducción al ámbito de la Junta de Resolución de Disputas como un nuevo mecanismo de solución de controversias en los

1 «Hágase justicia, así se caiga el cielo».

2 La Oficina de Estudios Económicos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, ha emitido los Reportes de Contrataciones Públicas de los años 2013, 2012, 2011 y 2010, señalando que las entidades peruanas, bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, han contratado por S/. 44,642.10, S/. 41,683.73, S/. 28,892.18 y S/. 30,320.16, respectivamente. A julio de 2015, no se ha emitido aún los resultados definitivos para el año 2014.

3 Emitida bajo la facultad de legislar delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso de la República mediante Ley N° 29157, sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, publicada el 04 de junio de 2008 y vigente desde el 01 de febrero de 2009

4 El «Procedimiento de Contratación», salvo excepciones, está compuesto por tres fases: i) Actos Preparatorios; ii) Proceso de Selección; y, iii) Ejecución Contractual

5 Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de mayo de 2004, recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC

6 GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César y ZUÑIGA MARAVÍ, Rigoberto. 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. En Arbitraje PUCP. N° 4. 2014, Pag. 86

7 Esta nueva Ley de Contrataciones del Estado, entrará en vigencia a los treinta (30) días calendario de publicado su reglamento, el cual, a julio de 2015, aún no ha sido publicado

contratos de obras formalizados bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, exponiendo el aporte que sería para las entidades públicas, invitando así a la reflexión sobre su aplicación.

## 2. A modo de introducción

El Contrato de la Administración Pública es; conjuntamente con los actos jurídicos, hechos administrativos, actos de administración interna y el reglamento; una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, para la satisfacción de un interés público, en este caso, mediante la participación de un tercero.

Según las formas de satisfacer dicho interés público, la literatura distingue especialmente tres tipos de contratos, llamados de colaboración (o primera generación), de integración (o segunda generación) y de transformación (o tercera generación).

Los primeros son aquellos en los cuales el Estado se relaciona con el contratista para que éste realice las prestaciones objeto del contrato con el fin de coadyuvar al cumplimiento de la finalidad pública del Estado (por ejemplo, los contratos de obras públicas). Los contratos de integración son aquellos que viabilizan la comunidad económica de las naciones; mientras que los últimos implican el abandono de la gestión directa de los servicios públicos y su traspaso a manos de contratistas particulares, como es el caso de las concesiones.

Nosotros abocamos estas líneas en los contratos de la administración pública llamados de colaboración, que se forman a través del procedimiento administrativo de contratación desarrollado por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, centrándonos en el mecanismo de solución de controversias de aquellos que tienen por objeto la ejecución de obras.

El marco teórico de este Contrato de naturaleza administrativa<sup>8</sup>, especie dentro del género de Contrato, es definido en el numeral 13, del Anexo Único del mencionado Reglamento, como: *el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley*

*y del Reglamento*, y es sobre las relaciones jurídicas originadas en este contrato, específicamente los contratos de ejecución de obras, que en el año 2013 ha sido contratado por la Entidades Públicas al amparo de la mencionada normativa por S/. 17,480.40 millones de soles, es decir, el 39.2% del monto total de contrataciones<sup>9</sup>, que analizaremos la idoneidad de recurrir a este nuevo mecanismo alternativo de solución de conflicto denominado Junta de Resolución de Disputas cuando se origine una controversias, entre la entidad pública y el contratista.

Efectivamente, se denomina Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, al ser una vía utilizada en forma alternativa a la vía tradicional del órgano judicial, para resolver las controversias que puedan originarse en un contrato, siendo los más conocidos en el Perú, la Negociación Directa, la Conciliación, la Mediación y el Arbitraje.

En la Negociación Directa, las partes intentan resolver sus controversias de Buena Fe, sin recurrir a terceros; en la conciliación, las partes buscan, por sí mismas, la resolución de su disputa con la ayuda de un tercero neutral (conciliador); por su parte, la mediación, es un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial (mediador) quien actúa como facilitador y conductor de la comunicación, siendo que el mediador sólo emite una opinión preliminar del caso, no obligatorio salvo que sea aceptada por las partes; mientras que en el arbitraje, las partes deciden someter sus controversias a un arbitraje, en el cual, un Tribunal Arbitral (compuesto o unipersonal), llevará a cabo el proceso y emitirá una decisión sobre la controversia (laudo).

En los Contratos formalizados por Estado Peruano para abastecerse de bienes, servicios u obras, la resolución de conflictos se lleva a cabo mediante conciliación o arbitraje desde la emisión de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada en el diario oficial El Peruano el 3 de agosto de 1997.

Estos medios alternativos han sido correctamente expuestos en la doctrina nacional a lo largo de los años por conocidos especialistas, quienes

8 Los contratos celebrados observando las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, se enmarcan en una categoría típica del Derecho Administrativo, el contrato administrativo, y presentan las siguientes características: (i) son celebrados entre una Entidad que ejerce la función administrativa, y un particular (proveedor); (ii) si bien son celebrados para satisfacer la necesidad inmediata de la Entidad de contar con determinado bien, servicio u obra, su finalidad última es la satisfacción del interés público que subyace a dicha necesidad<sup>9</sup>; (iii) el carácter de colaborador de la administración pública que adquiere el particular, y que le permite gozar de determinados derechos<sup>10</sup>, en tanto cumpla las obligaciones a su cargo; y (iv) las especiales prerrogativas de las que goza la Entidad, que derivan del ejercicio de la función administrativa y la persecución del interés público subyacente al contrato<sup>11</sup>; principalmente. Al respecto, Opinión N° 078-2012/DTN del 19 de julio de 2012, del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE

9 Frente a las contrataciones de bienes, servicios y consultoría de obras que ascienden a S/. 17,697.80, S/. 8,258.80 y S/. 1,205.10 millones de soles, respectivamente

presentan un completo desarrollo sobre los mismos y sobre su importancia para fomentar la inversión privada ofreciendo a los inversionistas soluciones de controversias más ágiles, especializadas y revestidas de un halo de neutralidad frente a vía judicial ordinaria, los cuales encontramos suficientes a fines pedagógicos.

Por ello, enmarcamos estas líneas en relación a la Junta de Resolución de Disputas que, como novedoso medio alternativo incorporado a la legislación peruana, nos plantea nuevos retos frente a su aplicación.

### **3. La Junta de Resolución de Disputas como un medio alternativo de resolución de controversias**

#### **3.1 Apuntes históricos**

Como lo hemos señalado en los acápites precedentes, el contrato de la administración pública es un instrumento para el fin último inalterable, implícito y connatural a él, de satisfacer de la mejor manera posible el interés público. En dichos contratos concurren simultáneamente diversos elementos que expresan los intereses tanto de las partes (vertiente conmutativa) así como intereses colectivos, generales o sociales (vertiente distributiva), que deben ser conciliados hacia una línea media justa.

Así, considerando los diversos intereses involucrados que conlleva a una litigiosidad innata en los contratos de la administración, es necesario brindar a los mismos de las herramientas que permitan su pronta solución, a fin de continuar su objetivo mayor de satisfacer el interés público, para el cual se han formalizado.

En dicho marco, surge la Junta de Resolución de Disputas, denominados doctrinal e internacionalmente como Dispute Boards, como medio alternativo de resolución de conflictos cuyos orígenes se remontan a obras de ingeniería civil de los Estados Unidos de Norteamérica, específicamente, alrededor del año 1960 con la construcción de la represa de Boundary Dam en Washington, en la cual se estableció una Junta Mixta de Consultas<sup>10</sup> a la cual se solicitó tomar decisiones.

En 1974, fue publicado un estudio denominado «Mejoras para la Contratación de Construcciones

Subterráneas»<sup>11</sup>, elaborado por el Comité Nacional de Tecnología en la Construcción de Túneles de los Estados Unidos de Norteamérica, el cual evidenció las consecuencias negativas de los conflictos en el desarrollo de las obras, motivando que en el año 1975 se estableciera un Dispute Board para la construcción del túnel Eisenhower en el estado de Colorado, convirtiéndose en un ejemplo para la práctica contractual de obras.

Paralelamente, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC)<sup>12</sup> publicaba diversos modelos de contratos 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»<sup>13</sup>, 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.

Fue en Honduras en el año 1980 donde un Dispute Board fue utilizado en un proyecto de gran envergadura internacional, la Represa y Central Hidroeléctrica - El Cajón, con financiamiento del Banco Mundial, propagándose masivamente sus resultados satisfactorios en otros proyectos, siendo en el año 1990 que el Banco Mundial publicó sus Normas para Adquisiciones de Obras basado en un «Contrato FIDIC» pero con la posibilidad de recurrir a los Dispute Boards.

En 1995, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores – 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.

Las condiciones de los Dispute Boards han ido armonizándose a los largo de los años, emitiéndose 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

10 «Joint Consulting Board»

11 «Better Contracting for Underground Construction»

12 Fundada en 1913, agrupa a federaciones de ingenieros de más de 80 países. Entre sus fines destaca el de promover las buenas prácticas en los servicios de ingeniería, por lo cual publican informes, manuales y contratos modelos. Los contratos FIDIC se han convertido en los modelos estándar de contrato de construcción más utilizado mundialmente

13 Entiéndase como una especie de supervisor de obra, pero con facultades de decisión sobre la misma.

de Contratación para el Diseño, Construcción y Operación, que estableció la vigente condición de los Dispute Boards<sup>14</sup>.

En este sentido, es importante tener presente que los Dispute Boards fueron creados para actuar dentro de un marco de solución de conflictos ya existente, en reemplazo a las decisiones del ingeniero (Gerente de Obras), a fin de optimizar la administración de los contratos internacionales de construcción, pero manteniendo siempre la posibilidad de recurrir al Tribunal Arbitral para obtener la resolución definitiva al conflicto, lo cual es de especial relevancia a fin de comprender que este medio de resolución de conflictos no es un reemplazo del arbitraje, sino más bien un filtro para que en el arbitraje se discutan las materias de mayor complejidad.

Se identifica a los Dispute Boards como;

*«Un método continuo, regular y eficiente para solucionar reclamos durante la ejecución del proyecto. Es continuo porque generalmente sigue el proyecto desde su inicio hasta el fin. Es regular porque requiere visitar el lugar de la obra periódicamente, siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, escuchando reclamos, preparando u absolviendo consultas durante el curso del proyecto; y finalmente es eficiente por su atractiva relación costo-tiempo y beneficio».*<sup>15</sup>

### 3.2 Características de los Dispute Boards

Dispute Board 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.

Actualmente, es pacífico en la comunidad internacional reconocer tres tipos de Dispute Boards: (i) Dispute Review Boards (DRB), que emiten recomendaciones; (ii) Dispute Adjudication Boards (DAB), que emiten decisiones; y, (iii) Combined Dispute Boards (CDB), que, normalmente, emite recomendaciones y también decisiones a solicitud de las partes, siendo las partes, en virtud a la libertad contractual, quienes tienen la potestad de decidir qué tipo le es más favorable, de acuerdo a los intereses involucrados en la ejecución de la obra.

Asimismo, los Dispute Boards pueden ser Ad-Hoc o Permanentes. Los primeros son aquellos que se designan cuando se produce una controversia y, por lo tanto, tienen conocimiento sobre los hechos relacionados a la misma recién a partir de su nombramiento. Los Dispute Boards Permanentes son designados por las partes en forma previa al inicio de la obra y la acompañan durante toda su ejecución, teniendo las partes la obligación de informarle sobre todo los acontecimientos de la obra (así no sean controversiales) e incluso tienen la obligación de visitar la obra cada cierto tiempo, ello, qué duda cabe, les permitirá contar con mayores herramientas para tomar su decisión.

Los Dispute Review Boards (DRB), emiten recomendaciones, normalmente, dentro de un plazo muy breve a ser solicitado por alguna de las partes<sup>16</sup> y a su vez, las partes tienen, usualmente, el mismo breve plazo para, una vez notificada con la recomendación, manifestar su desacuerdo sobre la misma; siendo que, de no manifestarlo, dicha recomendación será obligatoria para las partes y éstas deberán cumplirla sin demora.

Ahora bien, si alguna de las partes no está de acuerdo con la recomendación y lo manifiesta oportunamente, esta decisión no generará obligación para las partes y la controversia deberá ser resuelta en forma definitiva por el medio correspondiente a la legislación aplicable (judicial o arbitral).

Sobre lo expuesto, es importante señalar que los Dispute Boards no son jurisdicción y, por lo tanto, sus decisiones no tienen fuerza ejecutiva (como los laudos arbitrales), sino que se constituyen en obligaciones contractuales, como cualquier otra obligación que se encuentre estipulada en el contrato y cuyo incumplimiento puede ser sometido a la jurisdicción correspondiente o ser causal de resolución de la relación jurídica.

Es ilustrativo señalar este tipo de Dispute Boards es conocido, en el Perú, como la «Conciliación Decisoria», contenido en los contratos que se formalizan bajo las normas de los Bancos de Desarrollo Multilaterales originados en los contratos de préstamo suscritos con la República del Perú.

Efectivamente, la República del Perú tiene suscritos con diversos Organismos Internacionales (como el Banco Interamericano de Desarrollo – BID, el Banco Mundial – BM, entre otros), sendos contratos de préstamos para cumplir diversos

14 Asimismo, aunque con distinto origen, el Instituto Británico de Ingenieros Civiles (Institution of Civil Engineers – ICE), contempla en sus contratos modelos la posibilidad de recurrir a Dispute Boards.

15 PAREDES, Gustavo. Dispute Boards y Arbitraje en Construcción: ¿Compiten o se complementan? En Revista Arbitraje PUCP. Año III, N° 3. 2013. pag84-85.

16 En los contrato bajo las normas de los Bancos de Desarrollo Multilaterales, como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), el plazo es de 28 días.

objetivos sociales en el Perú, estableciendo en las cláusulas de éstos, que las adquisiciones de bienes, servicios u obras, para cumplir dichos fines, serán llevadas a cabo por las políticas de estos organismos financiadores<sup>17</sup>.

Así, en estos contratos estándar para la ejecución de obras se incluye el tipo de Dispute Review Boards (DRB) – Ad-Hoc, Unipersonal, denominado «Conciliación Decisoria», de acuerdo al detalle siguiente:

*«Si el Contratista considera que el Gerente de Obras ha tomado una decisión que está fuera de las facultades que le confiere el Contrato, o que no es acertada, la decisión se someterá a la consideración del Conciliador dentro de los 14 días siguientes a la notificación de la decisión del Gerente de Obras.*

*El Conciliador deberá comunicar su decisión por escrito dentro de los 28 días siguientes a la recepción de la notificación de una controversia.*

*25.2 El Conciliador será compensado por su trabajo, cualquiera que sea su decisión, por hora según los honorarios especificados en los DDL y en las CEC, además de cualquier otro gasto reembolsable indicado en las CEC y el costo será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista. Cualquiera de las partes podrá someter la decisión del Conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiere la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria.» (Nuestro subrayado).*

Como se puede colegir de la lectura de la citada cláusula de solución de controversias, nos encontramos ante una persona que tomará una «decisión» (según la denominación que se le ha dado a su pronunciamiento), sin embargo, ésta solo será obligatoria si la contraparte no la cuestiona dentro de un plazo determinado. Por lo tanto, nos encontramos realmente bajo los parámetros del tipo de Dispute Review Boards (DRB), en la medida que el «pronunciamiento» del «conciliador», únicamente, será obligatorio cuando no sea cuestionado. Asimismo, es unipersonal, porque este tipo de contrato establece que la controversia es resuelta por una sola persona y es Ad-Hoc, porque si bien su designación puede ser al inicio del contrato, no tiene mayor conocimiento sobre el desarrollo de la obra, sino, hasta que se produce el conflicto.

Por otro lado, los Dispute Adjudication Boards (DAB), emiten decisiones (igualmente en un plazo muy breve a ser solicitado por alguna de las partes), siendo la característica principal que el pronunciamiento emitido sobre la controversia es de obligatorio cumplimiento desde su notificación.

En este sentido, si bien las partes tienen, igualmente, la posibilidad de manifestar su desacuerdo con la decisión emitida por el Dispute Adjudication Boards, este pronunciamiento permanece obligatorio, así se haya recurrido a la jurisdicción correspondiente para cuestionarla. Siendo ello así, la decisión emitida por el Dispute Adjudication Boards es una obligación para las partes de inmediato cumplimiento y solo podrá revertirse cuando la jurisdicción correspondiente (judicial o arbitral), haya resuelto definitivamente.

Los Combined Dispute Boards (CDB), como su nombre lo indica, contienen un sistema mixto, en el cual, la regla básica es que su competencia se centra en emitir recomendaciones, sin embargo, a solicitud de una de las partes y a falta de oposición de la otra, puede emitir también decisiones.

Asimismo, existen ciertos supuestos en los cuales el Combined Dispute Boards puede decidir adoptar una decisión cuando una parte lo solicite e inclusive cuando la contraparte se oponga. Esto sucede cuando el Combined Dispute Boards advierta la toma de la decisión es necesaria para la continuidad de la obra o para conservar elementos de prueba.

De lo expuesto podemos concluir que los Dispute Boards estarán constituidos y tendrán las competencias que las partes, de común acuerdo decidan otorgarles (las cuales no se agotan en recomendaciones y decisiones sino que pueden amoldarse a la infinita necesidad de la obra, como absoluciones de consultas), pudiendo ser sus pronunciamientos obligatorios (en la medida que las partes lo hayan decidido), pero solo contractualmente.

#### **4. La Junta de Resolución de Disputas en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado**

Con la publicación de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el año 1997, se estableció como los únicos medios de solución de controversias en una relación jurídica

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, en los Contratos de Préstamos suscritos entre la República del Perú y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se suele establecer que la adquisición de obras y bienes que se financien con cargo a los recursos del Financiamiento o con cargo a los recursos del aporte local se llevará a cabo de conformidad con las disposiciones establecidas en las «Políticas para la adquisición de obras y bienes financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo» y la selección y contratación de consultores que se financien con cargo a los recursos del Financiamiento o con cargo a los recursos del aporte local deberá ser llevada a cabo de conformidad con las disposiciones establecidas en las «Políticas para el desarrollo y contratación de consultores financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo», vigentes al año del contrato de préstamo

originada en la normativa de contratación estatal para el abastecimiento de las Entidades Públicas, a la Conciliación y Arbitraje.

La conciliación como un medio de solución de controversias autocompositivo y el arbitraje presentado como:

*«Una solución de conflictos más ágil, mejor especialización de quienes resuelven las controversias, mayor control de las partes sobre la independencia e imparcialidad de quienes resuelven, mayor control de las partes sobre las reglas del proceso y mayor predictibilidad en las decisiones. La cultura arbitral contribuye así, no sólo a resolver conflictos, sino a hacerlo en un entorno eficiente con una mayor autonomía privada y descargando al sistema judicial del conocimiento de determinadas materias.»<sup>18</sup>*

Sin embargo, la conciliación aún no ha encontrado en los funcionarios públicos los suficientes incentivos para recurrir a ella (sobre lo cual, hacemos extensivos los argumentos de gestión expuestos en el primer acápite) y el arbitraje si bien, más ágil que la jurisdicción ordinaria, aún no lo suficientemente expeditiva<sup>19</sup>.

En el marco expuesto, el 11 de julio de 2014, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, la cual incorpora la Junta de Resolución de Disputas, como un nuevo mecanismo de resolución de conflictos durante la fase de ejecución contractual de obras, con la finalidad de coadyuvar a contar con decisiones expeditivas e inmediatas sobre su desarrollo. Al respecto, el artículo 45 del mencionado cuerpo legal establece lo siguiente:

**«Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual**

*45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineffectividad o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. 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.*

(...)

*En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.»*

Del análisis del citado artículo, podemos advertir que en virtud al acuerdo de las partes originado en el contrato de obra, una persona o un conjunto de ellas tendrá la competencia para pronunciarse respecto a diversos aspectos sobre la ejecución de la obra, siendo estas decisiones obligatorias desde su notificación. Al respecto, si alguna de las partes no está de acuerdo con la decisión adoptada, debe manifestarlo en un plazo perentorio que deberá ser señalado en el reglamento a fin de poder recurrir a arbitraje<sup>20</sup>. Sin embargo, la decisión de la Junta se mantendrá obligatoria hasta que la controversia se resuelva en forma definitiva en el arbitraje.

Siendo ello así, corresponde señalar que el legislador ha optado por el tipo de «Dispute Adjudication Boards» (DAB), en la medida que la decisión de la Junta es obligatoria desde su emisión.

Ahora bien, es importante recordar que el artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce, únicamente, como jurisdicción al arbitraje, junto con la justicia ordinaria y la justicia militar, por lo tanto, los Dispute Boards no son jurisdicción y por lo tanto, sus decisiones no tienen fuerza ejecutiva (como los laudos arbitrales), sino que se constituyen en obligaciones contractuales. Por lo tanto, ante el incumplimiento de la parte «afectada» de la decisión adoptada por la Junta y en consecuencia de la obligación contractual, la contraparte está facultada para hacerla cumplir en la vía arbitral u optar por resolver el contrato ante dicho incumplimiento, efectuando para esto último las formalidades correspondientes (requerimiento por vía notarial, dando un plazo para su cumplimiento, bajo apercibimiento de resolverlo, previa notificación de su resolución),

18 Sobre la aplicación del arbitraje es suficiente recordar que la exposición de motivos que sustenta la emisión del Decreto Legislativo N° 1071, señala el arbitraje es un medio de solución de controversias, que origina

19 El tiempo promedio de solución de conflictos en materia arbitral en contrataciones públicas es de 14.6 meses. Al respecto, PAULET MONTEAGUDO, Fabiola. El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. En Revista Arbitraje PUCP. Año III, N° 3. 2013. Pag. 90

20 En los proyectos del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que han ido circulando hasta julio de 2015, se contempla un plazo perentorio de siete (7) días hábiles

por lo cual, sería óptimo que el reglamento establezca dicha obligación como una «esencial»<sup>21</sup>, a fin que el Contratista pueda resolver el contrato sin mayores cuestionamientos.

Asimismo, consideramos de elevada importancia que el reglamento adopte esta Junta de Resolución de Disputas como una de carácter «Permanente», es decir, que el/los miembros(s) sea(n) designado(s) antes del inicio de la ejecución de la obra, a fin que la Junta pueda contar con un conocimiento inmediato y continuo sobre todo el desarrollo de la obra (lo cual implica a su vez el deber de visitar la obra periódicamente), en virtud a lo cual, cuando sea requerido su pronunciamiento, contará con el mayor contexto de la situación, a fin de decidir en forma inmediata, lo cual es una característica vital de la Dispute Boards.

Efectivamente, uno de los mayores argumentos a favor de su aplicación es que constituye un medio eficaz para desincentivar el arbitraje, al ser emitido contando con un conocimiento actual y completo de la ejecución de la obra, existiendo cifras tangibles de la Dispute Resolution Board Foundation que la respaldan, así, se contabiliza que más 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<sup>22</sup>, por lo tanto, solo aquella parte que tiene los argumentos suficientes para desvirtuar lo dispuesto por la Junta recurriría a arbitraje, previo análisis costo - beneficio.

En principio, no nos dejaríamos hipnotizar por estas cifras que sin duda ilusionan, en la medida que representan una realidad diferente a la peruana, en la cual, el funcionario público siempre estará motivado (¿caso no por el Sistema Nacional de Control?), a recurrir a la última instancia jurisdiccional, la cual, para los contratos formalizados bajo la Ley de Contrataciones del Estado, es la arbitral, momento en el cual recién se podrá contar con una decisión definitiva, en última «instancia».

Sin embargo, esta litigiosidad ha sido, sino reducida, por lo menos postergada, mediante una adopción muy realista del legislador, al haber estipulado que *«Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra»*, la cual saludamos con mucha ilusión.

Efectivamente, esta regulación permitirá, sin lugar a dudas, que la continuidad de la obra no se vea comprometida esperando el resultado definitivo, en la medida que prioriza que la culminación de la obra se efectúe oportunamente.

Por lo tanto, consideramos que la Junta de Resolución de Disputas, bajo el marco adoptado en la nueva Ley de Contrataciones del Estado, permitirá que el contrato de obra, como instrumento, cumpla en mejor medida el fin último inalterable, implícito y connatural a él, de satisfacer de la mejor manera posible el interés público, lo cual es la razón de ser del funcionario público y lo que a nuestra opinión, correctamente ha entendido el legislador, al incorporar el tipo Dispute Adjudication Boards.

## 5. Pautas Finales

- Dispute Board es la persona o el conjunto de personas que en virtud al acuerdo de las partes originado en el contrato de obra, tienen 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, en forma expedita e inmediata.
- Los Dispute Boards actualmente son aplicados por entidades públicas en sus contratos de obras que se formalizan bajo las normas de los Bancos de Desarrollo Multilaterales originados en los contratos de préstamo suscritos con la República del Perú, bajo el tipo de Dispute Review Boards (DRB) que ha sido traducido como «Conciliación Decisoria».
- La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, incorpora la Junta de Resolución de Disputas, como un nuevo mecanismo de resolución de conflictos durante la fase de ejecución contractual de obras, bajo el tipo de «Dispute Adjudication Boards» (DAB).
- El contrato de la administración pública es un instrumento para el fin último inalterable, implícito y connatural a él, de satisfacer de la mejor manera posible el interés público, por lo cual, saludamos la inclusión de la Junta de Resolución de Disputas en la regulación nacional, la cual pronosticamos que coadyuvará a cumplir dicha finalidad. ☒

21 Ello por cuanto, de conformidad con el artículo 148 del vigente Reglamento de Contrataciones del Estado, en concordancia con la Opinión N° 27-2014/DTN del 13 de febrero de 2014, el contratista solo puede solicitar la resolución del contrato, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones «esenciales» (lo cual es recogido a su vez por el proyecto de reglamento de la Ley N° 30225)

22 GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César y ZUÑIGA MARAVÍ, Rigoberto. 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. En Arbitraje PUCP. N° 4. 2014, Pág. 87.