



## El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado: la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas

### *The physical and chemical change in the Peruvian State Procurement Law: the winning formula is Arbitration and the Dispute Board*

“El panel de adjudicadores, este va estar familiarizado con la obra, va tener una identificación temprana del conflicto, un conocimiento de primera mano y profundo de los hechos, y por último va desincentivar los reclamos infundados.”

**Rodrigo Freitas Cabanillas\***

**Resumen:** El presente trabajo tiene como fin resolver y encontrar un mecanismo de mayor eficacia que resuelva las disputas surgidas en el contrato de construcción bajo la Ley de Contrataciones del Estado. El autor nos presenta a la Junta de Resolución de Disputas como un mecanismo que permite la solución de controversias durante la ejecución de la obra, siendo ello comparado con el arbitraje, teniendo ambos mecanismos una filosofía distinta. Asimismo, se enfatiza que, si se desea tener una gestión correcta del proyecto constructivo, se tiene que priorizar en la prevención del conflicto, sin dejar de lado la eficacia del arbitraje para temas puntuales.

**Abstract:** *This paper tries to solve and find a mechanism of greater efficiency to resolve the arising disputes in the construction contract under the Peruvian State Procurement Law. The author introduces us to the Dispute Board as a mechanism that allows the resolution of disputes during the execution of the work, being compared to the arbitration, both mechanisms having different philosophies. Likewise, it's emphasized that if you want to have a correct management of the construction project, you have to prioritize the prevention of conflict, without neglecting the effectiveness of arbitration for specific issues.*

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur. Se desempeña como árbitro en distintas instituciones arbitrales, y cuenta con un Máster en Dirección en Gestión de Proyectos por la Universidad Rey Juan Carlos. Fundador de Peruvian Young Arbitrators y miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.”

**Palabras Claves:** Juntas de Resolución de Disputas, arbitraje, disputa, gestión, Ley de Construcción.

**Keywords:** Dispute Board, arbitration, claims, management, Construction Law.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. ¿Por qué surge una controversia en los contratos de obra? 3. Juntas de Resolución de Disputas o Dispute Board. 3.1. ¿En qué momento es menos costoso resolver una controversia en la obra? 3.2. Mecanismo pre arbitral: ¿cómo funciona una Junta de Resolución de Disputas? 3.3. Experiencia Nacional: Juntas de Resolución de Disputas. 4. La fórmula ganadora en el Perú: Junta de Resolución de Disputas y Arbitraje. 5. Conclusiones

## 1. Introducción

Imaginemos que nos encontramos en una fiesta de disfraces, organizada por la promoción de vuestra universidad, con la particularidad de que los compañeros se encuentran vestidos con disfraces que no van con su personalidad. El amigo que siempre habla del ateísmo y de la revolución está vestido como un cura; el malhumorado y renegón, como *clown*; y el fuerte, quien no le tiene miedo a nada, como un conejo de peluche.

Todos sabemos, inconscientemente, que ninguna de las personas que han sido mencionadas van a cambiar sus personalidades: lo mismo ocurre con la materia. Cuando hablamos de un cambio físico, la composición de la sustancia no se modifica, pero su forma sí, mientras que, en el cambio químico, sí cambia toda la materia, su complejidad y su composición inicial.

En el Perú, cuando el legislador quiso elaborar una ley para resolver y encontrar un mecanismo de

mayor eficacia que resuelva las disputas surgidas en el contrato de construcción bajo la Ley de Contrataciones del Estado, ¿utilizó un cambio físico o químico? El legislador peruano al elaborar la ley mencionada actuó como un químico, encerrado en su laboratorio, y decidió realizar un cambio físico al arbitraje en obras públicas, aumentándole y quitándole facultades trascendentales, pero que en el fondo nunca cambiaron su esencia; por lo que, al ver que este cambio no era eficiente decidió realizar un cambio químico. Por ello, al buscar la eficacia para resolver los conflictos en las obras públicas, le incluyó al arbitraje un nuevo mecanismo alternativo de prevención y solución de controversias (en este caso, la Junta de Resolución de Disputas).

Lamentablemente, en nuestro país, los agentes receptores de fórmulas químicas le tienden a dar la espalda. Al parecer, el Perú sufre de “*Quimiofobia*”, siendo este un miedo muy mal enfocado que, muchas veces, no parte de nuestra responsabilidad. La razón de este miedo la señala el brillante químico Avelino Corma, galardonado por el Príncipe de Asturias, al afirmar que “*el que critica la química es porque no la entiende*”<sup>1</sup>.

1 Avelino Corma, entrevista por Rocío Pérez Benavente, *El Confidencial*, 4 de junio del 2016, [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2014-06-04/avelino-corma-el-que-critica-la-quimica-es-porque-no-la-entiende\\_141177/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2014-06-04/avelino-corma-el-que-critica-la-quimica-es-porque-no-la-entiende_141177/).

## **El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado: la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas**

Al respecto, Brian Zikmund-Fischer, psicólogo de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Michigan, en un artículo titulado «¿De qué tienes miedo?», señala lo siguiente: “(...) *Nos dan miedo las cosas que no entendemos de forma intuitiva*”<sup>2</sup>. Para entender mejor la premisa, pondremos un ejemplo: si se incluye un nuevo compuesto en la etiqueta de un retroviral que siempre compramos y no se explica para qué sirve, ello causa preocupación y temor frente al consumidor. Lo mismo sucede al momento de implementar leyes o modificaciones de estas, y es que, si desde antes o desde el momento de su nacimiento no se ha explicado o no ha sido entendida por todos, estos cambios no van a pasar por alto en la mente de los operadores, ya sea por miedo o desconocimiento.

En la presente investigación, ayudaremos al químico y explicaremos por qué las modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado es el método más eficiente como un mecanismo de solución de controversia para las obras públicas, combatiendo así el miedo de los operadores (entidades Públicas, ingenieros, procuradores y abogados), lo que nos permitirá entender y comprender por qué es necesario contar con una fórmula ganadora, explicando detalladamente sus componentes y contraindicaciones.

### **2. ¿Por qué surge una controversia en los contratos de obra?**

Debemos enfatizar que la construcción es una actividad con alto grado de conflictividad, y ¿por qué?

En un principio, detectamos que ha existido una mala asignación de riesgos en el contrato, lo que genera una incertidumbre en los roles y responsabilidades de las partes, trayendo consigo controversias por demoras (ampliaciones de plazo, interrupciones, valorizaciones) o defectos (el Expediente Técnico incompleto o inadecuado presentado por la entidad) en la obra. Sin embargo, existen factores externos e internos que no se pueden controlar, los cuales generan mayor desconfianza y, en consecuencia, falta de comunicación<sup>3</sup>.

El contrato de construcción puede tener un fin público; sin embargo, debe ser visto como un negocio tanto por la entidad como por el contratista, y es que, cuando nos encontramos en plena ejecución de la obra, ambas partes defienden sus intereses: cada uno quiere minimizar sus costos y maximizar sus beneficios, lo cual no puede ser visto como una mala práctica desde el punto de vista de un negocio. Lo que sí está mal visto es que su finalidad sea sacar beneficio propio a costa y en perjuicio de la obra.

Por ello, es correcto señalar que la situación de la obra se enturbia cuando cualquiera de las partes interpreta –bien o mal– que el otro le está transfiriendo sus derechos y obligaciones contractuales. Ello se ve reflejado en casos como el no reconocer mayores gastos en la obra, cambios del alcance del trabajo, cambios de las condiciones del trabajo, no cumplir con la entrega de la dotación o con las horas comprometidas, etcétera<sup>4</sup>. Por ello, cuando hablamos de controversias, netamente nos estamos refiriendo a la Ley de Murphy –“*Todo lo que puede suceder, sucede*” o, mejor dicho, “*Si algo puede salir*

2 Katharine Sanderson, «What are you afraid of?», *Chemistry World*, 28 de octubre del 2013, acceso el 2 de febrero del 2020, <https://www.chemistryworld.com/feature/what-are-you-afraid-of/6732.article>.

3 Roxene Marie Thompson, «Efforts to Manage Disputes in the Construction Industry: A Comparison of the New Engineering Contract and the Dispute Review Board» (tesis de fin de máster, Virginia Polytechnic Institute and State University, 1998), 2, <http://hdl.handle.net/10919/36625>

4 Antonio Iribarren Catalán, «Experiencias Claims con el Mundo de los Contratos en Lima», *Revista Técnicos Mineros*, 29 de febrero del 2016, acceso el 2 de febrero del 2020, <https://www.revistatecnicosmineros.com/2016/02/experiencias-claims-con-el-mundo-de-los-contratos-en-lima-primera-semana-febrero-2016/>.

*mal, saldrá mal*”, y es que todo es muy susceptible en una ejecución de obra y la falta de preparación oportuna casi siempre va a generar mayor gasto de recursos para corregir una situación indeseada.

Son pocos los contratistas que, en verdad, revisan y custodian de forma eficiente los contratos que suscriben con entidades públicas. Este problema no solo se refleja en la ejecución del contrato, sino también en la etapa pre contractual o proceso de selección, pues no se analiza de manera correcta los términos de referencia, las bases del contrato o las especificaciones técnicas, lo que genera que en la etapa de planificación no se tengan en cuenta aspectos importantes sobre la identificación de riesgos y mucho menos cuál es el procedimiento para mitigarlos. Todos estos problemas se ven reflejados en la ejecución del contrato, en la cual no se logra identificar las partidas críticas y los problemas que van naciendo mientras la obra se va ejecutando.

36

¿Cómo se controla una controversia? Las disputas requieren de un tratamiento adecuado, como lo es el realizar un análisis de riesgo, donde casi siempre se concluye que el riesgo se va a asignar a aquella parte que lo puede manejar a menor costo, y es que si asignas mal los riesgos, estás contratando de manera ineficiente. Esta regla antes mencionada es similar a lo que se conoce en la rama del análisis económico del derecho como *Cheapest Cost Avoider*: el comportamiento de las partes bajo el principio del costo – beneficio. Es necesario, y muchas veces se pasa por alto, aplicar un sentido de racionalidad económica a un manejo de riesgo que termina reflejado en el precio. Por ejemplo, si la entidad le asigna un riesgo que no le corresponde al contratista, lo que, evidentemente, va a generar es que

su precio suba, teniendo la entidad que pagar una obra más cara de lo que refleja el mercado.

La asignación adecuada de riesgos entre las partes del contrato de obra reducirá el costo total del proyecto y promoverá una relación más positiva. Esto se logra asignando cada riesgo del contrato a la parte que tiene una ventaja comparativa en cuanto a la capacidad para asumir y controlar ese riesgo<sup>5</sup>. Por eso mismo, es necesario una adecuada distribución de riesgos; así, las partes van a tener una mentalidad de cooperación, creando relaciones comerciales y contractuales que alinean sus intereses. Esto ha sido entendido de dicha manera en nuestra legislación, por ello la nueva Ley de Contrataciones del Estado dispone, de manera obligatoria, la implementación de un análisis de gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras; ello se da con la finalidad de establecer disposiciones complementarias para la aplicación de las obligaciones referidas a la identificación y asignación de riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución del contrato.<sup>6</sup>

De nada servirá haber creado un clima de colaboración y complemento entre las partes si no se aplican los mecanismos, técnicas y herramientas destinadas a controlar, mitigar y/o evitar los problemas asociados con desviaciones de riesgo en el alcance, atrasos en el cronograma y sobrecostos en sus contratos.

Para ello, es recomendable un adecuado mecanismo de prevención y solución de disputas que garantice una efectiva estabilidad en las reglas de juegos, que controle y prevea cualquier factor interno y externo del contrato, y que genere variaciones al mismo, maximizando así la rentabilidad del contrato

5 Robert J. Smith, «*Risk Identification and Allocation: Saving Money by Improving Contracts and Contracting Practices*», *The International Construction Law Review* 12, pt. 1 (1995): 40.

6 Directiva N° 012-2017-OSCE/CD, de 8 de mayo del 2017, sobre la Gestión de Riesgos en la Planificación de la Ejecución de Obras, aprobada por Resolución N° 014-2017-OSCE/CD, de 9 de mayo del 2017 (Diario El Peruano núm. 14070 de 10 de mayo del 2017).

**El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado:  
la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas**

y teniendo la obra en el plazo pactado<sup>7</sup>, siendo necesaria la intervención de una tercera parte neutral y especializada que, vinculada directa y permanentemente a la ejecución de la obra, resuelva las disputas.<sup>8</sup>

**3. Juntas de Resolución de Disputas o *Dispute Board***

En el marco de necesidades del sector de la construcción, surge la Junta de Resolución de Disputas o *Dispute Board*<sup>9</sup> como una respuesta a la búsqueda incesante de eficacia para resolver los conflictos.

En principio, este mecanismo es constituido en el momento en que se suscribe el contrato de obra, donde ambas partes se encuentran en un estado de cooperación muy alto. Y es que, en las obras, siempre ha existido una complejidad técnica o la necesidad de una interpretación jurídica del contrato o de la ley; es por ello que se crea un panel de expertos que pudiera facilitar las negociaciones de las partes en estos aspectos y que tuviera una potestad decisoria que actuará con rapidez y eficacia. El panel de expertos se encuentra compuesto por terceros neutrales, que denominaremos “adjudicadores”, quienes deben estar informados regularmente sobre la marcha de la obra<sup>10</sup>.

La función de los adjudicadores consiste en ofrecer una cobertura ininterrumpida de prevención y solución de controversias a lo largo de la ejecución de la obra, intentando no paralizar el desarrollo de la misma y mostrándose disponible en todo

momento. Lo que se busca es que las mismas partes administren su contrato, teniendo un seguimiento técnico de lo que ocurre en la obra; por ello, si bien la Junta de Resolución de Disputas es un mecanismo alternativo de resolución de controversias, debe ser considerado como una herramienta de *managment* dentro del contrato, y es que va a ayudar a mantener una certeza en el alcance – precio – plazo del contrato. En lo particular, considero que la Junta de Resolución de Disputas debe ser entendida como un atractivo y un particular juego de mesa donde las partes tienen que sopesar los riesgos y buscar soluciones que permitan el éxito del proyecto a través de una clara limitación de los riesgos mediante la participación simultánea de todos los jugadores; en este juego, nadie perdería: todos ganarían en beneficio del proyecto.

¿Por qué es recomendable el uso de la mencionada herramienta? Porque, una vez constituido el panel de adjudicadores, este va a estar familiarizado con la obra, va a tener una identificación temprana del conflicto, un conocimiento de primera mano y profundo de los hechos, y, por último, esta herramienta va a desincentivar los reclamos infundados; y es que, como bien se dice, al adjudicador no le vas a contar la película, como sucede en el arbitraje, sino que él va a ver la película e incluso participará de ella.

Por otro lado, la diferencia esencial con respecto a otros mecanismos de solución de controversias, incluido el Poder Judicial, es que la Junta de Resolución de Disputas tiene dos funciones principales que coexisten de manera paralela: la facultad de prevenir y resolver futuros conflictos. En primer lugar, la prevención se va a lograr mediante

7 Mackie et al., *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*, 2ª ed (Londres: Butterworths Tolley, 2000), 183.

8 Sigvard Jarvin, «Alternative Solutions to the Intervention of The Engineer», en *Preventing Delay and Disruption of Arbitration Effective Proceedings in Construction Cases*, ed. por Albert Jan Van Den Berg (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991), 385.

9 A la Junta de Resolución de Disputas también se le conoce como *Dispute Board*.

10 Isabel Reig Fabado, «Régimen Jurídico del Contrato Internacional de Ingeniería» (tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2003), 486, <http://hdl.handle.net/10803/9686>.

el diálogo con las partes, emisión de opiniones informales, reuniones y visitas programadas en la obra; en estas reuniones y visitas, se va a ver la situación real del proyecto como, por ejemplo, sus retrasos, sus variaciones y futuras reclamaciones; así, este mecanismo va a tratar de evitar que se afecte el programa del proyecto, el proyecto mismo y el *cash flow* de las partes. Por otro lado, respecto a la función de solución de conflicto, la Junta de Resolución de Disputa va seguir un procedimiento estipulado en el Acuerdo Tripartito<sup>11</sup>, por lo que el conflicto no será uno que los encuentre desprevenidos; además, va a saber, con anticipación, qué van a resolver; en consecuencia, su plazo de resolución varía entre 56 y 90 días calendarios.

Como ejemplo práctico, la estadística de la *Dispute Resolution Board Foundation*<sup>12</sup>, que tiene una base de datos de más de 1.200 proyectos desde el año 1975 que han utilizado el *Dispute Board*; establece:

- Que el 60% de los proyectos con un *Dispute Board* no tenía disputas (este dato da fe de la “prevención de conflictos”).
- Que del 98% de los conflictos que han sido remitidos a un *Dispute Board*, ninguno acabó en un litigio posterior como en el Arbitraje o en el Poder Judicial.

- Que el uso mundial de *Dispute Board* está creciendo por encima del 15% por año y, hasta finales de 2006, se estimaba que más de 2.000 proyectos con un valor total de más de US \$100 mil millones habían usado este mecanismo.

Ello denota una ventaja que otorga el presente mecanismo, ya que, en principio, la resolución de una controversia puede tomar años hasta llegar a un acuerdo final<sup>13</sup>.

Con todo lo antes mencionado, énfasis al señalar que la Junta de Resolución de Disputas está al tanto del progreso del proyecto y trata de anticiparse a los posibles conflictos o encargarse de los conflictos que pueden existir conjuntamente con el desarrollo de la construcción de la obra.

### 3.1. ¿En qué momento es menos costoso resolver una controversia en la obra?

Si nos enfocamos bajo el principio de costo – beneficio, la disputa debe de resolverse al menor tiempo y costo posible. Para revelar cuál es el mejor momento para resolver una controversia, nos ayudaremos del *Cost Influence Curve* de Cushman, Myers, Butler y Fisher<sup>14</sup>, siendo esta una herramienta interesante para señalarnos cómo debemos gestionar

11 Es un acuerdo, que es celebrado por las partes del contrato de obra y los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, en el cual se detallan, entre otras cosas, las obligaciones de los adjudicadores como las obligaciones de las partes frente a los adjudicadores, las formas de pago de los honorarios de los adjudicadores, entre otras obligaciones. En la práctica, dicho acuerdo se denomina “*Three-Party Agreement*” o Acuerdo Trilateral. En la experiencia anglosajona también se denomina a dicho acuerdo como: “*Tripartite Agreement*”. Véase Institution of Civil Engineers, *ICE Dispute Board Procedure* (Londres: ICE Publishing, 2012), y Peer Dalland, «Dispute boards - Do they always work - If not, Why not?», *The Dispute Board Federation: Geneva - Singapore*, febrero del 2011, <https://www.yumpu.com/s/ZheWh38YqIEMC5sd>.

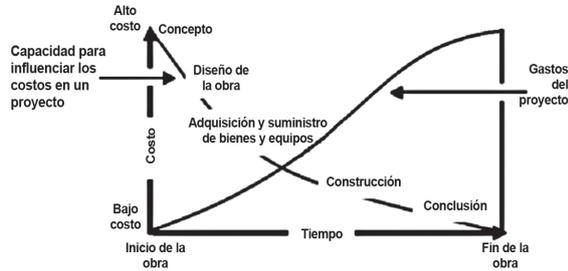
12 Randy Hafer y CPR Construction Advisory Committee Dispute Resolution Board Subcommittee, *Dispute Review Boards and Other Standing Neutrals: Achieving “Real Time” Resolution and Prevention of Disputes* (Nueva York: International Institute for Conflict Prevention & Resolution, 2010), 9, <https://www.drb.org/wp-content/uploads/2018/09/CPR-Dispute-Prevention-Briefing.pdf>.

13 Peter G. Merrill, «Plain Talk about Large Construction Project Disputes». *Wöss & Partners, S.C. Newsletter*, junio del 2007, <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/46.pdf>.

14 Gustavo Paredes Carbajal y Jaime Gray Chicchón, «Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 4 (2008): 191, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14533>.

**El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado:  
la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas**

nuestra disputa. Para ello, procedemos a mostrar el siguiente gráfico<sup>15</sup>:



En la precitada gráfica podemos apreciar dos líneas: el eje vertical está representado por el costo y el eje horizontal, por el tiempo, en el cual se visualiza las etapas del proyecto, donde se representa el gasto que uno va haciendo por unidad de tiempo.

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

Siempre el conflicto va a tener un costo, pero aquel va a ser mejor manejable si se resuelve lo más pronto posible. Sin embargo, la manera más eficiente, que genere menos costos, es evitar los conflictos, por lo que, debe existir una cooperación y creación de incentivos (lo que brinda la Junta de Resolución de Disputa) donde la escalada del conflicto no agudiza su costo.

**3.2. Mecanismo pre arbitral: ¿cómo funciona una Junta de Resolución de Disputas?**

La Junta de Resolución de Disputas, en los contratos de obra, se activa inmediatamente después de la firma del contrato, momento en que todavía no se ha dado inicio la ejecución de la obra, lo cual trae como ventaja que los adjudicadores se mantengan informados sobre el proyecto y su desarrollo, pudiendo conocer el terreno de la obra, así como los materiales de uso para su ejecución.

Posteriormente, los adjudicadores van a acompañar la ejecución de la obra y, en caso que surja una disputa, el panel de adjudicadores ya va a encontrarse operativo; por lo que, sin mayor dificultad procederá a resolver la disputa sin perder tiempo en una futura designación y en conocer los hechos de la disputa *per se*.

En la práctica, el presente mecanismo se encuentra reconocido en los documentos de la licitación o en la oferta del contrato, con el fin de garantizar que las partes actúen rápida y eficazmente para la constitución del mismo. Después de la firma del contrato, se procederá a la selección, nombramiento y aceptación de los adjudicadores; cabe precisar que la experiencia internacional nos muestra que ambas partes eligen conjuntamente a todo el panel de adjudicadores. Y, entre las obligaciones de los adjudicadores, se encuentra la facultad para actuar como un mecanismo de prevención de controversias y un mecanismo de resolución de conflicto. Para finiquitar esta segunda obligación, debe emitir una decisión, sin perjuicio de que cualquiera de las partes acuda posteriormente a un Arbitraje: es por ello que

15 Rodrigo Freitas Cabanillas y Juan Diego Gushiken Doy, *Dispute Boards: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 33 (Lima: Thomson Reuters, 2016), 108.

se le conoce como mecanismo pre arbitral dentro del contrato de obra.

Al respecto, me gustaría explicar cuáles son las obligaciones principales de las partes que integran un contrato de obra pública y sus relaciones de cooperación que deben existir entre ellas –la Entidad y el Contratista–. La entidad, en estricto, desembolsa una cantidad económica para la construcción de la obra, pues, tratándose de un contrato de obra tradicional, la obligación principal de la entidad es remunerar al constructor de la obra, entendiéndose que es por una obra determinada; la cantidad que debe pagar se determina periódicamente por los términos expresos en el contrato de obra; dicho pago es por un precio cierto, ya sea un precio unitario fijo por unidad efectivamente realizada o a suma alzada.

Si bien en el contrato se expresa la asignación de las obligaciones de la Entidad, es necesario que se requiera un mínimo de cooperación por parte de ésta, a fin de que el Contratista pueda ejecutar la obra de acuerdo con el contrato. Afirma Lesser que: “(...) todo Propietario debe tener cuidado de toda y cualquier intervención activa o inacción que perjudique al Constructor durante la ejecución de la Obra”<sup>16</sup>. Ello quiere decir que no necesariamente la cooperación está arraigada a un tema de actividad, pues bien se puede reformular en un deber de no impedimento; es decir, la Entidad tiene el deber de no interferir o impedir actividades que el Contratista desea realizar, salvo que se esté vulnerando el contrato de construcción. Tenemos que rescatar que el Contratista debe ser tomado en cuenta como un socio independiente y no subalterno de la

entidad. Debemos establecer que esta obligación de cooperación se manifiesta en las siguientes actividades básicas realizadas por el Propietario; entre estas tenemos el otorgar facilidades suficientes para el acceso al terreno, siendo este un derecho básico, pero no siempre cumplido, además de la obtención de permisos y autorización para proceder con la ejecución de la obra, teniendo que realizar un trabajo preparatorio.

Por otro lado, el Contratista es la persona jurídica, quien se obliga a realizar una obra determinada a favor de la Entidad, a cambio de un pago y sin que exista una relación de subordinación entre ambos, constituyéndose así en el deudor de la obra y el acreedor de la retribución.<sup>17</sup> En opinión de Werz, es el Contratista de la obra quien se compromete a llevar a cabo los trabajos de construcción especificados en el pliego de condiciones establecidos en el contrato de construcción<sup>18</sup>, teniendo como obligación principal la de construir la obra pactada, distinguiéndose de otros acuerdos contractuales como cambios físicos al sitio, pago de la remuneración a sus trabajadores, entre otros. Cabe resaltar que no sólo se llega a cumplir con esta obligación con el hecho de permanecer activo en la obra, sino que se debe lograr el resultado pactado. En última instancia, se puede señalar que la obligación principal del Contratista tiene una naturaleza dual de esfuerzo y de resultado.<sup>19</sup>

Teniendo claras las obligaciones de las partes del contrato de obra, ahora procedemos a detallar cuales son las obligaciones de las partes en el marco de la actuación de la Junta de Resolución de Disputas. Las obligaciones principales de las partes frente a los

16 Steven B. Lesser y Daniel L. Wallach, «The Twelve Deadly Sins: An Owner's Guide to Avoiding Liability for Implied Obligations during the Construction of a Project», *The Construction Lawyer* 28, n.º 1 (2008): 21.

17 Mario Castillo Freyre y Laura Castro Zapata, «El contrato de obra», en *Libro Homenaje al Dr. Felipe Osterling Parodi*, vol. 2 (Lima: Editorial Palestra, 2008), 929.

18 Jean-Claude Werz, *Delay in construction contracts: A comparative study of legal issues under Swiss and Anglo-American law (Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz)* (Friburgo: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994), 14.

19 *Ibíd.*

**El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado:  
la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas**

adjudicadores serían las siguientes<sup>20</sup>:

- a) Los pagos por la Entidad y el Contratista a los adjudicadores se dividen en partes iguales. La falta de pago de cualquiera de las partes constituye un incumplimiento contractual. En el caso de que el Contratista o la Entidad no realicen el pago, en conformidad con los términos de la designación, la otra parte podrá pagar cualquier cantidad que puede ser necesaria para mantener el funcionamiento la Junta.
- b) En las visitas a la obra y las audiencias, los adjudicadores deben ser atendidos por el personal autorizado de las partes. Asimismo, las partes deben facilitar a los adjudicadores su asistencia, incluyendo traslado y alojamiento de los adjudicadores, y la provisión de instalaciones de conferencias para las audiencias.
- c) Las partes deberán entregar a cada miembro de la Junta una copia de todos los documentos que podrían solicitar, incluidos los documentos contractuales, informes de progreso, órdenes de variación, entre otros documentos relacionados con el cumplimiento del contrato.

Por otro lado, tenemos a los adjudicadores, pieza fundamental de la Junta. Y es que el desempeño de la Junta de Resolución de Disputas va a ser el reflejo de la elección de los adjudicadores: su eficacia va a recaer sobre su buen criterio, integridad moral y confianza. Lo importante es que los adjudicadores busquen promover un tratamiento de igualdad entre las partes al momento que son consultados para emitir su opinión o resolver una disputa. Como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, los adjudicadores van a prevenir los conflictos y, en caso de que saliera a flote una disputa, las partes otorgarán a los adjudicadores un poder decisorio al momento de resolver las disputas que se presenten en la ejecución de la obra.

Al respecto, considero que los adjudicadores frente a la Entidad y al Contratista deben tener las siguientes obligaciones:

- a) Estar disponibles para la actuación de visitas, audiencias y reuniones en la Obra. Visitar el sitio en intervalos regulares de tiempo: la fecha y el orden del día de las visitas deberán ser acordados entre las partes y la Junta. Lo recomendable es que, al término de cada visita, se prepare un informe sobre las actividades durante la visita, analizando de primera mano si se está cumpliendo con el calendario de ejecución de la obra.
- b) Mantenerse al corriente del contrato de obra, el progreso y avance del proyecto.
- c) Observar y hacer cumplir las disposiciones pactadas por las partes ya sean contractuales o procedimentales.
- d) Todas las actuaciones de los Adjudicadores deben ser privadas y confidenciales.
- e) No deberán, mientras actúen como adjudicadores, negociar o llegar a acuerdos con las partes, cualquiera de ellas, a fin de ser contratados como asesores o en otro cargo.
- f) Deberán estar disponibles para aconsejar y opinar sobre cualquier cuestión relevante del contrato, de acuerdo a los términos contractuales.
- g) Por último, los adjudicadores tienen la obligación de resolver las disputas que surjan en la ejecución de la obra.

De acuerdo a lo señalado, se puede precisar que las obligaciones principales de los adjudicadores son la labor de prevención y de solución de controversias. En ese sentido, la prevención se debe de llevar a cabo por los adjudicadores mediante el monitoreo de la

20 Naël Bunni, *The FIDIC Form of Contract: The Fourth Edition of the Red Book*, 2ª ed. (Oxford: Blackwell Science, 2004), 400.

obra, las visitas in situ, la asistencia informal frente a un desacuerdo y la emisión de consejos u opiniones. Y, por otro lado, la solución de controversias se debe llevar a cabo cuando el panel de adjudicadores resuelva un conflicto mediante una resolución, denominada *Determinación*, dentro de los plazos establecidos en el Acuerdo Tripartito, poniendo fin a la controversia surgida entre las partes.

En ese sentido, frente a una *Determinación*, la parte perdedora puede presentar una notificación de desacuerdo y remitirlo a una autoridad con jurisdicción (por lo general, un Tribunal Arbitral). Este procedimiento está recogido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Es importante señalar que, al usar este mecanismo, se está estableciendo que en este tipo de contratos se prevea un sistema escalonado para la resolución de controversias<sup>21</sup>.

Al respecto, Reig señala:

“Para ello, aparecer con un orden de prelación que configura un procedimiento resolutivo escalonado, por lo que, para poder acudir al arbitraje, habrá que agotar las vías previas que se alcanzan, como veremos, desde las reclamaciones contractuales, hasta los procedimientos pre-arbitrales, pasando por la resolución amistosa.”<sup>22</sup>

Es correcto lo señalado por la autora, pues es necesario precisar que se está haciendo referencia a un orden de prelación dentro de un procedimiento escalonado, porque la Junta de Resolución de

Disputas, al ser un sistema integral, puede prever posibles disputas y solucionarlas. Ello quiere decir que, cuando se le denomina procedimiento prearbitral, no es que el peso completo de los conflictos va a caer sobre el arbitraje, sino que estos mecanismos se van a complementar en tanto su función es la de revisar y ejecutar las decisiones emitidas por los adjudicadores. Este método no es ajeno a los modelos de contratación estándar de los contratos de obra en el régimen internacional; por ejemplo, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores es clara al expresar que las partes no pueden llevar sus controversias directamente al arbitraje sin haber agotado la vía del procedimiento prearbitral.<sup>23</sup>

*“La asignación adecuada de riesgos entre las partes del contrato de obra reducirá el costo total del proyecto y promoverá una relación más positiva.”*

En ese sentido, Reig<sup>24</sup> señala que las partes pueden acudir al arbitraje, discutiendo y mostrando su disconformidad con la decisión que han tomado los adjudicadores, siempre y

cuando se esté dentro del plazo que establece la cláusula de procedimiento resolutivo del contrato de construcción -cuestiones que se analizarán en las instancias relativas al arbitraje-. Sin embargo, si las partes no recurren al arbitraje en el plazo establecido, la decisión deviene final y obligatoria (es decir, no es susceptible del recurso) y, además, tal circunstancia implicará la renuncia de las partes al arbitraje para cuestionar la misma. Ello, como lo señalaremos más adelante, se encuentra establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

La realidad es que la Junta de Resolución de Disputas se encuentra dentro de un procedimiento prearbitral en los contratos de obra, la misma

21 Mackie et al., *ADR Practice Guide*, 189.

22 Reig, «Régimen Jurídico del Contrato», 486.

23 Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), *Condiciones de Contratación para la Construcción* (Madrid: Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), 1999), Cláusula 20.

24 *Ibíd.*

**El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado:  
la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas**

que debe ser cumplida por las partes de manera obligatoria conforme lo señale la cláusula de solución de controversias incluida en el mencionado contrato. Asimismo, el panel de adjudicadores puede emitir una decisión vinculante y esta, a consideración de las partes, puede aceptar la decisión o recurrir al arbitraje para su revisión. En consecuencia, podemos llegar a la conclusión de que nos encontramos frente a un mecanismo eficaz, rápido y especializado con la intervención de terceras personas expertas elegidas por las partes, permitiendo la solución del conflicto en el momento y lugar de la aparición de la controversia.

### 3.3. Experiencia Nacional: Juntas de Resolución de Disputas

Si bien todos creen que este mecanismo recién se impone con la Ley de Contrataciones del Estado, es necesario precisarles que este mecanismo no es nuevo en el Perú.

En primer lugar, precisamos que no solo se usa la Ley de Contrataciones del Estado para construir obras públicas en el Perú. Entre los diversos mecanismos existentes, tenemos la construcción bajo fondos internacionales a los cuales no se les aplica la mencionada Ley, ya que dichas obras son ejecutadas bajo los procedimientos específicos de organismos internacionales o acuerdos de cooperación<sup>25</sup>. Al respecto, son los propios organismos quienes fijan las reglas y mecanismos aplicables a los contratos para tales proyectos entre los cuales se pueden encontrar los mecanismos de solución de controversias (en específico, la Junta de Resolución de Disputas).

Bajo este sistema, el Perú tiene dos grandes ejemplos de uso de las Juntas de Resolución de Disputa. En primer lugar, tenemos al proyecto del año 2007 denominado como “Proyecto de Mejoramiento Sanitario de las Áreas Marginales de Lima, Lotes 1, 2 y 3, Licitación Pública Internacional N° 0004-2007/JBIC-SEDAPAL, llave en Mano-Suma Alzada, para la Contratación de la Bocatoma, Planta de Tratamiento de Agua Potable de Huachipa y Ramal Norte”<sup>26</sup>, en el cual se estableció como método de solución de controversias el *Dispute Board*. Mediante dicho proyecto, se aumentó la capacidad de abastecimiento de agua potable de Lima Metropolitana a través del tratamiento de agua, en una primera etapa, de 5 m<sup>3</sup>/s de agua superficial y su conducción hacia áreas al norte de Lima hacia el margen derecho del Río Rímac, donde la actual planta de tratamiento de La Atarjea no llega por la gravedad<sup>27</sup>.

De una revisión de las Condiciones Generales del Contrato de la precitada Obra, se precisa que, en el punto 20.2, se establece la cláusula de resolución de conflictos que a la letra señala lo siguiente:

#### 20.2 Nombramiento de la MRC

Los conflictos serán resueltos por una Mesa de Resolución de Conflicto (MRC) de acuerdo con lo establecido en la Subcláusula 20.4 (Solicitud de Decisión de la MRC). Las Partes deberán nombrar conjuntamente una MRC en la fecha establecida en el Apéndice a la Oferta.

La mencionada cláusula es una cláusula estándar del Libro Rojo FIDIC, el cual es muy usado en materia de

25 Jonnathan Bravo y Jaime Gray, «Perú», en *Construction and Infrastructure Disputes: A Global Handbook*, editado por Roberto Hernandez (Londres: Globe Law and Business, 2013), 144.

26 Para más información sobre el Proyecto Bocatoma, Planta de Tratamiento de Agua Potable de Huachipa y Ramal Norte, véase Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), *Proyecto de Mejoramiento Sanitario de las Áreas Marginales de Lima Lotes 1, 2 y 3*, vol. 1 (Lima: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL)), <http://www.sedapal.com.pe/contenido/lpi-004-2007bs.pdf>.

27 Freitas Cabanillas y Gushiken Doy, *Dispute Boards: Mecanismo de prevención*, 412.

contratación internacional; ello es debido al equilibrio de las obligaciones, la claridad de sus condiciones contractuales y la diligente distribución de riesgos entre las partes, lo que genera una aceptación considerable por parte de los usuarios<sup>28</sup>.

Por otro lado, tenemos el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud - PARSALUD 11, un programa adscrito al Ministerio de Salud, el cual fue financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Internacional de reconstrucción y Fomento mediante el Contrato de Préstamo N° 2092/OC-PE y el Contrato Préstamo N° 7643-PE, respectivamente. Entre sus actividades a regular se encuentran los Contratos de Obra sobre infraestructura hospitalaria y, en ellos, se ha establecido el uso de los *Dispute Boards* bajo el mecanismo de la *Conciliación Decisoria*<sup>29</sup>. En estos contratos de obra, no se siguió la regla establecida en la Ley de Contrataciones del Estado para el uso de las Juntas de Resolución de Disputas, y es que se usó dicho mecanismo para contratos con cuantías menores a los 20 millones de soles. La doctora Lissete Ortega precisa que, si se hubiera seguido el criterio usado por la mencionada Ley, se hubiese expuesto la ejecución de las obras a eventuales paralizaciones, situaciones que justamente se querían evitar por fines de emergencia e institucionales; asimismo, la mencionada doctora precisa que dicho mecanismo se implementó desde la presentación de los documentos de licitación y, así,

los contratistas, al momento de la presentación de su propuesta técnica, manifestaron su conformidad con el mencionado mecanismo<sup>30</sup>. Con ello, se reconoce la eficiencia de la gestión del *Dispute Board* como un mecanismo de solución de controversias.

Por lo tanto, hemos demostrado que en el Perú y antes de la nueva Ley de Contrataciones del Estado se han implementado proyectos que contenían el mecanismo de la Junta de Resolución de Disputas, pero siempre han sido mediante la cooperación internacional, donde los fondos los pone los Organismos Intergubernamentales y son los que fijan las reglas de contratación, siendo evidente que ellos no contratan para perder sino que buscan la eficiencia.

#### 4. La fórmula ganadora en el Perú: Junta de Resolución de Disputas y Arbitraje

Si recordamos el principio macro de la anterior Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento<sup>31</sup>, este era que se realice contrataciones en forma oportuna, adecuando las licitaciones en mejores condiciones de precio y calidad. Ahora, con la actual Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento<sup>32</sup>, tenemos que su principio rector es la gestión por resultado, donde se busca enfocar la responsabilidad

28 *Ibíd.*

29 Conciliación Decisoria es aquel procedimiento, a pedido de una parte a un Centro de Conciliación o Arbitraje, debe designar a un "conciliador" con el objeto que este conozca una controversia surgida en una relación jurídica en particular, debiendo a su vez, en un plazo determinado, emitir una Decisión que ponga fin a la controversia. Para esta obra en particular, este mecanismo se reguló como lo que se conoce como *Dispute Board*.

30 Lissete Elizabeth Ortega Orbegoso, «Dispute Boards: experiencia en el Sector Público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas», *Actualidad Jurídica*, n.º 267 (2016): 250-261.

31 Decreto Legislativo N° 1017, de 3 de junio, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (Diario El Peruano núm. 10252 del 4 de junio del 2008), y Decreto Supremo N° 184-2008-EF, del 31 de diciembre, que da el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Diario El Peruano núm. 10470 del 1 de febrero del 2009).

32 Ley N° 30225, de 10 de julio, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (Diario El Peruano núm. 12916 del 11 de julio del 2014), y Decreto Supremo N° 350-2015-EF, de 9 de diciembre, que da el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Diario El Peruano núm. 13495 de 10 de diciembre del 2015).

**El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado:  
la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas**

del funcionario en los resultados de la gestión; por lo que, de acuerdo a este principio, si bien el arbitraje es obligatorio y es el foro de atracción para resolver los conflictos, en el ámbito de la construcción, para el Legislador, no termina de satisfacer plenamente las exigencias de tiempo y costo viéndose afectado la finalidad pública; por eso, se implementó la Junta de Resolución de Disputas.

Tenemos que ser claros que, mientras que en el ámbito privado todo se puede negociar, en el ámbito público, no. Esto deviene a que el dinero que se usa para las transacciones proviene de fondos públicos, lo que genera una fiscalización y control permanente por los órganos de control correspondientes. Sin embargo, esta prerrogativa pública muchas veces afecta los mecanismos de solución de controversias. Si bien, el arbitraje es obligatorio, es facultad de las partes acordar si el arbitraje puede ser un arbitraje *ad hoc* o un arbitraje institucional; ello conforme a lo permitido por Ley y de acuerdo a diversos pronunciamientos del OSCE<sup>33</sup>: solo el ganador de la buena pro tiene la facultad de negociar la elaboración del convenio arbitral. Sin embargo, una vez ganada la Buena Pro, el Contratista tiene un plazo para presentar las fianzas para la firma del Contrato, siendo el momento idóneo para negociar el convenio arbitral. Lamentablemente, muchas Entidades se niegan a negociar el precitado convenio, debido a que dicho ganador nunca presentó una observación a las Bases –obviamente desconociendo lo señalado por el OSCE–, y precisan que el Contratista puede firmar o presentar un recurso de apelación al OSCE, siendo esta medida un despropósito y, muchas veces, una desventaja para el Contratista, pues casi nadie presenta una apelación sumado a que se tiene que acompañar con una carta fianza, por lo que se quedan con la cláusula de solución de controversias

elegida estrictamente por la Entidad y, muchas veces, arrastrando cláusulas patológicas. Por lo mismo, si bien, de acuerdo a Ley, la Junta de Resolución de Disputas es facultativa para las partes, es, al fin y al cabo, la Entidad quien va a elegir y disponer su aplicación en los contratos de obra que considere conveniente.

El artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado nos manifiesta cual es el alcance de la Junta de Resolución de Disputas. En primer lugar, nos indica que no es obligatorio y que su aplicación está netamente dirigida a los contratos de obras, siendo su marco de competencia desde la suscripción del contrato hasta la recepción de la obra. Lo dicho es positivo, porque los adjudicadores van a estar enfocados en el desarrollo de la obra, yendo contra los retrasos y paralizaciones de la misma, permitiéndoles realizar una revisión *in situ* del reclamo y sus causas. Asimismo, la Exposición de Motivos de la mencionada Ley señala que las partes podrán ejecutar la obra sin interrupción y culminarla, de ser el caso, en base a las decisiones vinculantes que emita la JRD<sup>34</sup>, lo cual es correcto, pues sólo controversias técnicas y económicamente relevantes serán definidas en un arbitraje, dejando los reclamos del día a día de la construcción a los adjudicadores, ya que, cabe precisar que, mediante este nuevo mecanismo, la excepción –y no la regla– es que las controversias vayan al arbitraje.

Respecto a lo antes mencionado, nos podemos preguntar qué problemas en sí vería un Tribunal Arbitral y, sin temor a equivocarme, puedo señalar que en principio vería los temas de liquidación, numéricos, de cálculos, de gastos y costos de obra; es decir, cuadrar la caja entre las partes del contrato

33 Pronunciamiento N° 227-2013/DSU, de 25 de febrero del 2013, y el Pronunciamiento N° 934-2013/DSU, de 30 de septiembre del 2013, elaborados por la Oficina de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

34 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 3626/2013-PE relativo a la nueva Ley de Contrataciones del Estado, p. 96.

de obra. Otro tema que se vería únicamente en un arbitraje sería la responsabilidad por los vicios ocultos.

Por otro lado, la mencionada exposición de motivos<sup>35</sup> señala que, de acuerdo a la doctrina internacional, la Junta de Resolución de Disputas será implementada sólo en contratos de significativa envergadura, razón por la cual se dispone recurrir a ella únicamente en los casos de obras, cuyo valor estimado sea muy significativo. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado estableció en su primera modificación que solo en las obras de cuantías mayores a veinte millones de soles se podrá implementar la Junta de Resolución de Disputas, lo cual, posteriormente, fue cambiado y disminuido a cinco millones de soles. Si bien, no lo señala en la exposición de motivos, considero que el legislador ha empezado con este tipo de obras porque justamente se tiene que desarrollar un mercado de esta naturaleza y, además, falta que se desarrolle una oferta del mismo, debiendo esperar que este mecanismo gane una reputación propia. Sin perjuicio de entenderlo, no comparto la idea de que se ponga una base para su aplicación, ya que este mecanismo puede ser usado tanto para obras de mayor o menor cuantía, como anteriormente ha quedado enfatizado.

Debido a un tema de control y fiscalización en la Ley de Contrataciones del Estado, se ha dado las facultades para que la Junta de Resolución de Disputa, aparte de su facultad preventiva, pueda resolver las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato. Sin perjuicio de ello, el artículo 243 del Reglamento de la mencionada Ley ha negado que las controversias relativas a

temas adicionales y pretensiones indemnizatorias se vean por el panel de Adjudicadores; es decir, no se puede pedir indemnización por daños y perjuicios, ni por lucro cesante, ni por daño emergente.

¿Existe un futuro incierto para la Junta de Resolución de Disputas? En lo particular considero que sí. En primer lugar, el Reglamento señala que, a falta de acuerdo entre las partes, cuando la cuantía del contrato de obra tenga un valor igual o superior a 5 millones de soles, se puede elegir un adjudicador y, si la cuantía es igual o mayor a 40 millones de soles, la Junta puede estar compuesta por un Tribunal conformado por tres (3) adjudicadores. Este método de selección tiene mucha lógica y, en parte, mucho sentido común. Es peculiar que se señale que, cuando se hace referencia a qué requisitos debe tener el adjudicador único y el Presidente del Tribunal, el Reglamento indique que este debe ser un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado, precisando que el requisito de los demás miembros deba ser que sean expertos en la ejecución de obras. En ese sentido, como opinión particular, hubiese preferido que tanto el adjudicador único como el presidente deban ser un abogado, pues quién más preparado que un abogado para respetar el debido procedimiento, así como para resguardar la debida motivación de una decisión de la Junta (claro está, ello sin desmerecer a los ingenieros o arquitectos que son el engranaje fundamental en una Junta). Por otro lado, y de acuerdo a la redacción del Reglamento, no queda claro si un abogado podría ser considerado “experto en la ejecución de obras”; ello es una crítica realizada por el doctor Eric Franco<sup>36</sup>, la misma que es compartida por mi persona.

35 *Ibíd.*

36 Eric Franco Regio, «Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado Peruano», *Arbitraje PUCP*, n.º 6 (2016): 38, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17022>.

**El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado:  
la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas**

Por otro lado, el otro factor que nos lleva al futuro incierto es la designación de los adjudicadores. Según la anterior Directiva N° 020-2016-OSCE/CD, que regulaba la Junta de Resolución de Disputas, cuando el panel está compuesto por un solo adjudicador, este será designado de mutuo acuerdo por las partes de la lista de adjudicadores del Centro del cual hayan elegido las partes. En caso no se pongan de acuerdo, es el Centro quien nombrará en un plazo máximo de dos (2) días hábiles siguientes de recibida la solicitud formulada por cualquiera de las partes. Sin embargo, lo resaltante deviene cuando el panel está compuesto por tres (3) adjudicadores, donde se precisa que cada parte va a designar a un adjudicador, siendo el tercer miembro y presidente designado por los demás adjudicadores. Ello es un error garrafal, ya que uno de los beneficios más importantes de la Junta es justamente cómo nace, crece y se desarrolla, donde ambas partes deban designar a todos los miembros del panel de manera conjunta<sup>37</sup> y, para regularlo, como hemos señalado, el Legislador ha pensado que la Junta es como el arbitraje y lo equipara a su procedimiento de nominación, siendo ello errado, ya que en este mecanismo nadie va a defender alguna posición. El único incentivo tanto para las partes como para los adjudicadores es la obra y que esta concluya sin ningún conflicto; por eso, debe de reinar la confianza. Queda claro que, en la Junta, ninguna de las partes tiene que defender una posición; tampoco, se debe velar por intereses particulares: la idea es que todos vamos por un mismo camino. Esto ha sido modificado de manera parcial con la nueva Directiva N° 012-2019-OSCE/CD que regula la Junta, pues, ahora, ambas partes designan de manera conjunta a dos adjudicadores y ellos designan al Presidente.

El último factor, siendo una consecuencia errónea del procedimiento de designación antes mencionado,

es que la Directiva prohíbe que una de las partes hable a solas con un adjudicador para realizar una consulta: eso tiene sentido si el Legislador piensa que los adjudicadores van a defender una posición o tomar partido de una de las partes. Pero, como lo hemos mencionado, ello es ilógico y, más bien, daña el funcionamiento de la Junta, pues es la finalidad que las partes cuenten con una asesoría por parte de los adjudicadores, teniéndoles plena confianza y que cualquiera de ellas puede acercarse a un adjudicador, sea a solas o en grupo, teniendo en cuenta que se está primando el interés de la obra.

Por otro lado, existen aspectos interesantes recogidos por la mencionada Directiva, precisando las responsabilidades de los adjudicadores frente al Contrato Tripartito, el cual no es de uso obligatorio, ya que la Junta puede ser administrada por algún Centro, disponiendo de sus reglas para los diversos procedimientos. Una de las cosas más importantes es respecto a las decisiones emitidas por los adjudicadores, las mismas que la Ley ha impuesto que sean vinculantes, siendo un gran acierto, reconociendo, asimismo, su cumplimiento como una obligación esencial. ¿Es importante que se reconozca esta como obligación esencial? Sí, pues, de acuerdo al artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, una de las causales de resolución de contrato es si se incumple una obligación esencial; por ende, esta medida genera mayor fuerza y convicción, así como pensar más de una vez al momento de incumplir una decisión, pues es lo normal que las partes crean en este mecanismo y exista la confianza de no dudar su cumplimiento. Por otro parte, se dispone que la Junta absuelva consultas. Como opinión particular, no entiendo el motivo por el cual, primero, esta consulta debe pasar por el supervisor y el presidente si, más bien, ellos son más que todo la conexión con los adjudicadores; o

37 Se puede corroborar, en la práctica internacional, el procedimiento de designación de los adjudicadores. Véase FIDIC, *Condiciones de Contratación para la Construcción*, Cláusula 20.2, y Cámara de Comercio Internacional (ICC), *Reglamento Relativo a los Dispute Board* (París: Cámara de Comercio Internacional (ICC), 2015), Artículo 7.

sea, de ellos, casi siempre van a nacer las consultas.

Cada parte tiene derecho de estar en desacuerdo con la decisión emitida por la Junta y, para ello, tiene siete (7) días para comunicar su desacuerdo y, una vez recibida la obra, tiene treinta (30) días para iniciar el arbitraje. Siendo estos plazos de caducidad, si no realiza el procedimiento antes señalado, la decisión es definitiva e impugnada. Como bien señalamos anteriormente, la Junta es un presupuesto de arbitrabilidad; ello quiere decir que todas sus decisiones que no estén de acuerdo las partes o ambas partes pueden ser vistas en un arbitraje. Lo mejor de la fusión de ambos mecanismos es que quienes se favorecen son las partes que lo pactan, y es que ya no vamos a tener numerosos arbitrajes por cada obra, sino que todas las controversias, en caso de desacuerdo con la Junta, se verían en un solo arbitraje, siendo importante resaltar que las controversias en arbitraje no suspende el trámite de la liquidación de la obra y, mejor aún, es que las controversias de la liquidación se podrán ver también en este arbitraje; por lo mismo, se va a tener mayor seguridad, rapidez e inmediatez para cerrar la obra.

Asimismo, la Ley de Contrataciones del Estado señala en qué momentos las partes van acudir a arbitraje de manera directa, así hayan elegido la Junta de Resolución de Disputas como un mecanismo pre arbitral, y ello va a ser cuando la Junta no haya sido conformada, cuando la Junta no emita la decisión en el plazo establecido o cuando la Junta se disuelva y se produzca la recepción de la obra. En estos casos, no se aplicará el mecanismo de la presente investigación y se constituirá un Tribunal Arbitral.

Como señalamos en la introducción del presente trabajo, es importante conocer lo nuevo que se nos presenta y cómo se puede observar que el funcionamiento del procedimiento de resolución de

conflictos establecido en los contratos de obra pública no es un sistema complejo, pero sí estructurado.

## 5. Conclusiones

Después de analizar el mecanismo de solución de controversias para obras públicas, considero que podemos responder la pregunta “¿De qué tienes miedo?”. La respuesta más firme sería “a nada”: no tenemos miedo a nada, porque hemos comprendido las reglas de juego.

Ahora entendemos por qué el ámbito de la construcción es una actividad conflictiva y por qué es necesario reducir el riesgo para mitigar una posible controversia; para ello, debemos tener en cuenta que un gramo de prevención vale un kilo de cura. Debemos de olvidarnos de ese procedimiento innato que todos hacíamos cuando se daba una controversia: resolución de conflictos y preparación para el arbitraje. Este procedimiento no lleva a nada bueno, ni para las partes y mucho menos para la obra.

Tenemos que prepararnos y ello deviene comprendiendo todo el mecanismo que nos ofrece la Ley de Contrataciones del Estado. Para resolver un conflicto durante la ejecución de una obra, y que esta no se vea afectada, es necesario tener los conocimientos claros y muy alerta de los mecanismos de prevención que vienen a ser un conjunto de sapiencias y destrezas para entender e intervenir en la resolución pacífica de las futuras controversias.

Las partes deben comenzar a cuidar el contrato, como lo señalamos, determinando los riesgos y oportunidades. Además, un trabajo importantísimo del panel de adjudicadores va a ser recoger la información y generar indicadores diariamente que

**El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado:  
la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas**

den cuenta de las desviaciones que se producen en la etapa de la ejecución del contrato, lo que va a asegurar las obligaciones y los compromisos adquiridos en el contrato y durante su desarrollo.

En el Perú, este mecanismo se ha usado para distintas obras; sin embargo, hoy la Ley de Contrataciones del Estado nos da la oportunidad de implementarla mediante un marco general. Sin perjuicio de que falta mucho por mejorar, es importante comenzar dando el primer paso. Conversando con un gran amigo abogado, me señalaba que la Junta de Resolución de Disputas en la mencionada Ley se asemejaba a un *Chef* a quien le dieron la orden de hacer un plato en específico, pero le escondieron los ingredientes de este; y es justamente lo que ha pasado, pues al Legislador le ocultaron algunos ingredientes: lo bueno es que se animó a sacar el plato.

Dejamos constancia de que es necesario la capacitación de este nuevo mecanismo a las entidades, a los fiscalizadores, a los contratistas. Como precisamos, este mecanismo no tiene nada de facultativo: para poder aplicarlo, los contratistas deben fomentarlo y solicitarlo. Así, la Entidad lo va publicar de manera conjunta con los documentos de licitación, y es que la última palabra siempre la va tener la Entidad. Entendamos los beneficios en macro bajo este nuevo mecanismo, pues la carga procesal, respecto a lo que actualmente tenemos en las obras, va a disminuir considerablemente. Las obras van a cumplir su finalidad pública; al existir menos controversias, las constructoras van a poder participar en demás obras y trabajar junto al Estado.

Las controversias no se evitan, se gestionan, y la fórmula ganadora es la Junta de Resolución de Disputas más el Arbitraje.

**Bibliografía**

Avelino Corma, entrevista por Rocío Pérez Benavente. *El Confidencial*, 4 de junio del 2016. [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2014-06-04/avelino-corma-el-que-critica-la-quimica-es-porque-no-la-entiende\\_141177/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2014-06-04/avelino-corma-el-que-critica-la-quimica-es-porque-no-la-entiende_141177/).

Bravo, Jonnathan y Jaime Gray. «Perú». En *Construction and Infrastructure Disputes: A Global Handbook*, editado por Roberto Hernandez, 139-150. Londres: Globe Law and Business, 2013.

Bunni, Naël. *The FIDIC Form of Contract: The Fourth Edition of the Red Book*. 2ª ed. Oxford: Blackwell Science, 2004.

Castillo Freyre, Mario y Laura Castro Zapata. «El contrato de obra». En *Libro Homenaje al Dr. Felipe Osterling Parodi*, vol. 2, 919-987. Lima: Editorial Palestra, 2008.

Dalland, Peer. «Dispute boards - Do they always work - If not, Why not?». *The Dispute Board Federation: Geneva - Singapore*, febrero del 2011. <https://www.yumpu.com/s/ZheWh38YqIEMC5sd>

Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC). *Condiciones de Contratación para la Construcción*. Madrid: Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), 1999.

Franco Regjo, Eric. «Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado Peruano». *Arbitraje PUCP*, n.º 6 (2016): 30-55. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17022>.

Freitas Cabanillas, Rodrigo y Juan Diego Gushiken Doy. *Dispute Boards: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 33. Lima: Thomson Reuters, 2016.

Hafer, Randy y CPR Construction Advisory Committee Dispute Resolution Board Subcommittee. *Dispute Review Boards and Other Standing Neutrals: Achieving "Real Time" Resolution and Prevention of Disputes*. CPR Dispute Prevention Briefing: Construction. Nueva York: International Institute for Conflict Prevention & Resolution, 2010. <https://www.drb.org/wp-content/uploads/2018/09/CPR-Dispute-Prevention-Briefing.pdf>

Institution of Civil Engineerings. *ICE Dispute Board Procedure*. Londres: ICE Publishing, 2012.

Iribarren Catalán, Antonio. «Experiencias Claims con el Mundo de los Contratos en Lima». *Revista Técnicos Mineros*, 29 de febrero del 2016. Acceso el 2 de febrero del 2020. <https://www.revistatecnicosmineros.com/2016/02/experiencias-claims-con-el-mundo-de-los-contratos-en-lima-primera-semana-febrero-2016/>

Jarvin, Sigvard. «Alternative Solutions to the Intervention of The Engineer». En *Preventing Delay and Disruption of Arbitration Effective Proceedings in Construction Cases*, editado por Albert Jan Van Den Berg, 385-405. International Council for Commercial Arbitration Congress Series, n.º 5. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.

Lesser, Steven B. y Daniel L. Wallach. «The Twelve Deadly Sins: An Owner's Guide to Avoiding Liability for Implied Obligations during the Construction of a Project». *The Construction Lawyer* 28, n.º 1 (2008): 15-25.

Mackie, Karl, David Miles, William Marsh y Tony Allen. *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*. 2ª ed. Londres: Butterworths Tolley, 2000.

Merril, Peter G. «Plain Talk about Large Construction Project Disputes». *Wöss & Partners, S.C. Newsletter*, junio del 2007. <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/46.pdf>

Ortega Orbegoso, Lissete Elizabeth. «Dispute Boards: experiencia en el Sector Público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas». *Actualidad Jurídica*, n.º 267 (2016): 250-261.

**El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado:  
la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas**

Paredes Carbajal, Gustavo y Jaime Gray Chicchón. «Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción». *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 4 (2008): 189-214. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14533>

Reig Fabado, Isabel. «Régimen Jurídico del Contrato Internacional de Ingeniería». Tesis doctoral. Universidad de Valencia, 2003. <http://hdl.handle.net/10803/9686>

Sanderson, Katharine. «What are you afraid of?». *Chemistry World*, 28 de octubre del 2013. Acceso el 2 de febrero del 2020. <https://www.chemistryworld.com/feature/what-are-you-afraid-of/6732.article>

Smith, Robert, J. «*Risk Identification and Allocation: Saving Money by Improving Contracts and Contracting Practices*». *The International Construction Law Review* 12, pt. 1 (1995): 40-71.

Thompson, Roxene Marie. «Efforts to Manage Disputes in the Construction Industry: A Comparison of the New Engineering Contract and the Dispute Review Board». Tesis de maestría. Virginia Polytechnic Institute and State University, 1998. <http://hdl.handle.net/10919/36625>

Werz, Jean-Claude. *Delay in construction contracts: A comparative study of legal issues under Swiss and Anglo-American law (Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz)*. Friburgo: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994. 