



Una revisión de la regulación de Obras por Impuestos en materia de solución de controversias y Dispute Boards^(*)

A review of the Obras por Impuestos regulation regarding dispute resolution and Dispute Boards

Carlos Tapia Benavente^()**

Steck, Tapia, Collantes Abogados (Lima, Perú)

Resumen: En el presente artículo, se analizará cuál es la regulación actual del mecanismo de Obras por Impuestos, en específico, las herramientas de solución de controversias. Asimismo, se evaluará la posibilidad de incluir Dispute Boards como aporte para prevenir y solucionar las controversias de manera oportuna y eficiente en términos de costo. Finalmente, se buscará promocionar la utilización de las Obras por Impuestos para reducir la brecha de infraestructura del Perú.

Palabras clave: Obras por Impuestos - Dispute Boards - Brecha de infraestructura - Prevención y solución de controversias - Derecho de la Construcción - Perú

Abstract: This article will analyze the current regulation of the mechanism of Obras por Impuestos, specifically, the tools for dispute resolution and will evaluate the possibility of including Dispute Boards as a contribution to prevent and solve disputes in a timely manner, cost efficient, and to promote the use of Obras por Impuestos to reduce the infrastructure gap in Peru.

Keywords: Public Works Tax Deduction - Dispute Boards - Infrastructure gap - Dispute prevention and resolution - Construction Law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 2 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 18 de mayo de 2023.

(**) Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (Lima, Perú). Estudios culminados de Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico. Estudios de postgrado en Asociaciones Público-Privadas, Obras por Impuestos, Arbitraje y Dispute Boards. Socio Fundador de Steck, Tapia, Collantes Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-6737-006X>. Correo electrónico: carlos.tapia.benavente@gmail.com.



1. Introducción, brecha de infraestructura, conflictividad en la industria de la construcción y los Dispute Boards como mecanismo de prevención de controversias

El Perú es un país con muchas necesidades en términos de infraestructura y servicios públicos. Esto se evidencia a través de la existencia de una brecha de infraestructura. Actualmente, podemos advertir que hay una brecha de USD 110.1 mil millones al largo plazo, es decir, hasta el 2038, siendo la brecha más considerable la de transporte que representa el 44% del monto referido previamente (Bonifaz et. al, 2020).

Ahora bien, dentro de las posibilidades que tiene el Estado peruano para reducir esta brecha, se encuentran las Asociaciones Público-Privadas (APP), la obra pública tradicional, los acuerdos G2G, la ejecución directa (por ejemplo, a través de empresas públicas) y las Obras por Impuestos (Oxi), siendo esta última bastante potenciada y promovida por el Estado el presente año. De manera clara, podemos ver cómo ha sido parte de la agenda política volver a promover la utilización de las Obras por Impuestos para crear capital público, principalmente en infraestructura.

Esta agenda del gobierno, por ejemplo, ha incluido la posibilidad de ejecutar el proyecto de acceso al nuevo terminal del Aeropuerto Jorge Chávez, denominado Puente Santa Rosa, a través de Obras por Impuestos. Conviene resaltar que el nuevo terminal se convertiría en el proyecto con más presupuesto del mecanismo: 475 millones de soles aproximadamente. Además, según la información publicada por PROINVERSION del portal InvestinPeru⁽¹⁾, existen en cartera 534 proyectos por un monto acumulado de 7 mil millones de soles. Esta cartera de proyectos incluye una variedad de iniciativas que provienen de entidades gubernamentales y universidades públicas. Asimismo, son proyectos que busca abarcar todos los sectores, en especial, las áreas de transporte, salud, saneamiento y educación.

En ese sentido, considerando que se realizarán proyectos de Obras por Impuestos por más de 400 millones de soles, conviene analizar qué herramientas existen en la regulación actual para prevenir y solucionar controversias. Esto es necesario, ya que a medida que los proyectos se vuelven más grandes y complejos, especialmente los de construcción, se tiende a generar más producción de información, mayor participación de actores y asimetría informativa entre el comitente y los proveedores. Por lo tanto, todo ello puede generar disputas o controversias.

Si bien las Obras por Impuestos pueden ser ejecutadas sobre cualquier tipo de Proyecto de Inversión Pública, en su

gran mayoría lo hacen respecto de proyectos de construcción. Sobre el particular, se dice que los proyectos de construcción son de alta conflictividad. En múltiples ocasiones, esto ocurre, debido a que las partes no asignan claramente los riesgos, no desarrollan la ingeniería de los proyectos de manera correcta y completa, no entienden o revisan los contratos, pierden los incentivos para cumplir con el contrato y, finalmente, buscan reclamos o disputas para hacer económicamente viable los proyectos. En realidad, muy rara vez un proyecto se frustra por casos de fuerza mayor o caso fortuito, siendo que la voluntad de las partes es el principal elemento para que un contrato se cumpla y los proyectos se terminen satisfactoriamente.

Ahora bien, los reclamos o controversias en el sector construcción son de diversos tipos; no obstante, se pueden agrupar de la siguiente forma: reclamos por variaciones al alcance, reclamos por extensiones de tiempo o ampliaciones de plazo (con los costos directos y gastos generales asociados a ello), reclamos de aceleración, reclamos de interrupciones o pérdida de productividad, reclamos de indemnizaciones por el régimen de responsabilidad civil general y reclamos post recepción de la obra por vicios o defectos.

Otra forma de clasificar los reclamos en construcción puede ser en base al impacto de estos, de manera que puede haber reclamos que impactan en el plazo del proyecto, otros en el presupuesto o costo y otros en la calidad del proyecto. Sin embargo, esta clasificación puede ser compleja, ya que hay reclamos que se originan de una sola causal y que impactan tanto el plazo, costo y la calidad del proyecto al mismo tiempo.

A continuación, una breve descripción de los tipos de reclamos en construcción: (i) los reclamos por variaciones en el alcance, los cuales son definidos como aquello que cambia la naturaleza del proyecto, ya sea por trabajo adicional o menor trabajo; (ii) los reclamos de extensión de plazo, los cuales

(1) Al respecto, véase Cartera de Inversiones en promoción Oxi en ProInversión.



surgen cuando se ve afectado el plazo final de la obra por un evento no imputable al constructor; (iii) los reclamos como consecuencia de aprobación de un reclamo de extensiones de plazo, respecto del cual se generan derechos a favor del contratista de mayores gastos generales y costos directos por esa mayor permanencia en obra; (iv) los reclamos de aceleración, los cuales son producto de una instrucción del propietario del proyecto para que el contratista incremente recursos para que el ritmo de la obra se acelere y se culmine con mayor velocidad; y (v) los reclamos de interrupciones, que se generan luego de que el contratista, al ver interrumpida su secuencia constructiva y perder productividad, reclame el costo directo perdido al propietario (Hewitt, 2016).

Los reclamos de indemnizaciones ocurren cuando, como consecuencia de un incumplimiento contractual, una parte se ve afectada económicamente. Los reclamos post recepción, por otro lado, son aquellos producto de la responsabilidad que tiene todo contratista después de haber ejecutado una obra con relación a los posibles vicios o defectos que esta puede presentar y que no fueron detectados en la recepción de obra.

Adicionalmente, el mecanismo de Obras por Impuestos tiene una controversia principal derivada de las mencionadas en el anterior párrafo y esta es la falta de emisión oportuna del certificado de reconocimiento de la inversión por parte de la entidad a favor de la empresa privada financista. Esto se debe a que las entidades públicas propietarias de los proyectos de Obras por Impuestos enfrentan dificultades para certificar el avance de la obra debido a las controversias típicas del sector de la construcción anteriormente referidas. Como resultado, se produce un retraso directo en la emisión del certificado, lo cual impacta en la estructura financiera y económica prevista por la empresa privada para el proyecto en particular, así como en su reputación, al ser financista de un proyecto que se encuentra en riesgo de ser retrasado o paralizado.

En vista de las controversias anteriormente identificadas, a la fecha, tenemos que las únicas opciones que la regulación de Obras por Impuestos ofrece como solución son las siguientes: (i) el trato directo, (ii) la conciliación y (iii) el arbitraje. Por consiguiente, ninguna de las opciones referidas anteriormente tiene un carácter preventivo, sino más bien se activan cuando la disputa se materializa. Además, ninguna de las opciones garantiza que se vaya a llegar a una solución de manera oportuna y durante la ejecución del contrato. En otras palabras, la negociación o trato directo, la conciliación y el arbitraje son activadas cuando las relaciones entre el privado y el Estado ya se han deteriorado, y las posiciones son adversariales o encontradas.

A partir de la situación actual de la regulación, es conveniente evaluar si los Dispute Boards, cuya característica principal es la prevención de las controversias, pueden ser una herramienta útil en el marco de la regulación de Obras por Impuestos, en

especial si el gobierno quiere promover este mecanismo, y ejecutar proyectos de mayores envergadura y complejidad. Ahora bien, se debe tomar en cuenta que desde el 2010 al 2017 los proyectos de Obras por Impuestos solo representaban el 0.08% del PBI del país (Bonifaz et. al, 2020). Por lo tanto, la tarea de promover el mecanismo de Obras por Impuestos será ardua y deberá evitar tener obstáculos, de forma tal que pruebe ser una herramienta viable para la reducción de brecha de infraestructura.

Conviene mencionar, además, que los Dispute Boards son ampliamente utilizados en el mundo, son recomendados por contratos internacionales estandarizados como FIDIC, cuya experiencia es de más de 100 años de ejecución de proyectos de construcción, y que en el Perú se han utilizado satisfactoriamente en proyectos como los Juegos Panamericanos 2019, sobre lo cual ampliaremos más adelante. Por otra parte, han inspirado una solución parecida en la contratación pública tradicional: la Junta de Resolución de Disputas, que ha sido un éxito desde su implementación.

En esta línea de ideas, es pertinente hacerse las siguientes interrogantes que orientan el presente artículo: ¿Cómo se vienen solucionando las controversias en los proyectos de Obras por Impuestos? ¿Cuáles son los mecanismos de solución de controversias en la regulación vigente de Obras por Impuestos? ¿Comparación entre los mecanismos de la regulación vigente y los Dispute Boards? ¿Los Dispute Boards pueden prevenir y solucionar controversias en los proyectos de Obras por Impuestos? ¿Cómo adecuar la posibilidad de utilizar los Dispute Boards en el esquema de la regulación vigente de Obras por Impuestos?

En ese sentido, este artículo tiene como finalidad generar una reflexión en los actores públicos y privados de los proyectos de Obras por Impuestos, y poder promover mejores herramientas para lograr objetivos de interés público, como lo es la inclusión de los Dispute Boards en la regulación de Obras por Impuestos. Esto permitirá la ejecución de más proyectos de inversión pública, sin que sean obstaculizados o detenidos por controversias



pendientes, y a su vez llevará a la reducción de la brecha de infraestructura en el país.

2. Estado actual de la regulación de Obras por Impuestos en materia de solución de controversias

La regulación vigente de Obras por Impuestos, específicamente en el Texto Único Ordenado de la Ley 29230, en su artículo 19, señala que los mecanismos para solución de controversias son tres: (i) trato directo, (ii) conciliación y (iii) arbitraje. Ahora bien, tanto en la conciliación como en el trato directo se especifica que se debe suscribir un acta que tendrá efectos vinculantes y será ejecutable.

Sin embargo, analicemos si la regulación vigente de solución de controversias es realmente efectiva de cara al diseño de los proyectos de Obras por Impuestos. Tenemos que las Obras por Impuestos son un mecanismo de atracción de la inversión privada para fines públicos. Esto es debido a que, en Obras por Impuestos, la inversión ya sea para la etapa de preinversión y/o ejecución de un proyecto público es asumida directamente por el privado denominado Financista o Empresa Privada, como lo llama la regulación, a cambio de que dicha inversión sea recuperada a través de certificados que tienen efectos cancelatorios para el pago a cuenta y de regularización del impuesto a la renta de tercera categoría, emitidos por la Entidad Pública que suscriba el convenio de inversión.

Entonces, si tenemos que la filosofía del mecanismo es que la parte privada brinde el financiamiento a cargo de un descuento del pago del impuesto a la renta, claramente es vital que la empresa pueda acceder oportunamente a los certificados. De esta forma, se generaría un desfase del retorno de la inversión y por el costo del dinero en el tiempo la empresa privada terminaría viéndose perjudicada. En este entendido, las controversias que puedan surgir durante la ejecución del convenio de inversión pueden impedir que esta inversión sea recuperada a tiempo para garantizar la efectividad y eficacia del mecanismo.

Por otra parte, las controversias, especialmente en proyectos que sean de infraestructura, pueden generar indefiniciones, paralizaciones, reducciones de rendimiento y otros efectos negativos a la ejecución del contrato; como hemos mencionado en la sección precedente, los reclamos en construcción pueden ser variados, pero todos ellos impactan en la forma y plazo de la culminación del proyecto. Por consiguiente, las controversias son un obstáculo para que la Entidad Pública pueda tener acceso y utilizar el proyecto encargado. En otras palabras, una controversia o disputa no resuelta oportunamente perjudica tanto a la parte privada como a la pública en un proyecto de Obras por Impuestos.

En síntesis, por la naturaleza del mecanismo, es de suma importancia tener una herramienta para prevenir y, en caso

de ocurrencia, solucionar rápidamente las disputas, de forma tal que se garantiza el reconocimiento de la inversión a la Empresa Privada y la disponibilidad del bien público a la Entidad Pública. En consecuencia, la existencia de controversias sin solución generará el desincentivo tanto del privado como de la parte pública en utilizar el mecanismo de Obras por Impuestos, que en más de una oportunidad ha demostrado ser una opción viable para la consecución de metas de ejecución de proyectos públicos.

Ahora, pasaremos a analizar uno a uno las opciones regulatorias en solución de controversias en los proyectos de Obras por Impuestos que se encuentran vigentes. Primero, tenemos el trato directo regulado a detalle en el art. 128 del Reglamento de la Ley 29230. Al respecto, tenemos que el trato directo, a primera vista, puede ser poco costoso y ágil; sin embargo, no es un método de solución de controversias efectivo y eficaz para los proyectos de Obras por Impuestos por las siguientes razones:

- a) El trato directo no tiene función preventiva y solo se puede utilizar una vez que la controversia o reclamo ha surgido. En otras palabras, consiste en un recurso utilizado cuando una de las partes es renuente a cumplir con el convenio o parte de este. En estos casos, la disputa podría resolverse sin necesidad de notificar formalmente a la otra parte.
- b) Las controversias en proyectos públicos muchas veces generan que los funcionarios públicos no tomen decisiones por temor a ser fiscalizados posteriormente por la Contraloría General de la República. Esta situación ha ocurrido en múltiples mecanismos de inversión pública, especialmente, en los casos de contratación pública tradicional, donde los funcionarios públicos prefieren que un tercero actúe como árbitro y decida temas controvertidos a pesar de que el privado pueda tener la razón; las Obras por Impuestos no son la excepción.
- c) Si alguno ha tenido experiencia en el trato directo con ciertas entidades, podrá apreciar que estas inclusive prefieren acordar en trato directo y contratar un perito para que resuelva la controversia.



Esto desnaturaliza el trato directo y lo asemeja más a una suerte de resolución por dictamen de experto.

- d) Se está expuesto a la volatilidad política y al cambio de funcionarios públicos. Lamentablemente, en los últimos años, el Perú ha pasado por una crisis política con más de 7 Presidentes de la República en los últimos 10 años y durante el Gobierno de Pedro Castillo más de 90 Ministros de Estado; además, recientemente, se han producido elecciones de autoridades de los niveles de gobierno subnacional. En ese sentido, es inviable poder resolver una controversia a través del trato directo si los interlocutores no pueden ofrecer compromisos, ya que no tienen seguridad de mantener sus cargos durante la ejecución del convenio de inversión.
- e) Si alguna parte tiene responsabilidad directa (sea el privado o el público) en la ocurrencia de la controversia, no aceptará su responsabilidad en el trato directo y buscará diluir o retrasar su responsabilidad lo más posible.
- f) Salvo las Obras por Impuestos, ningún otro mecanismo de ejecución de proyectos públicos (obra pública tradicional, APPs, entre otros) prioriza la utilización del trato directo, con lo cual no existe una cultura de negociación o resolución directa desde la perspectiva del funcionario público.
- g) Una vez iniciado el trato directo, no existe una sanción efectiva para la parte renuente o para el silencio, más allá de la posibilidad que tiene la otra parte de recurrir a arbitraje o conciliación. Además, se regula la responsabilidad del funcionario público de no responder la carta de trato directo; sin embargo, en la práctica no se han iniciado acciones de control contra funcionarios que no lo hayan hecho y, del lado privado, no hay sanción alguna con lo cual podría hacer oídos sordos a los reclamos de la parte pública.
- h) No existe explicación alguna por la cual no se puedan negociar la aplicación de penalidades en trato directo, como ha sido regulado en el art. 128.5 del Reglamento de la Ley 29230. Si existe una penalidad mal impuesta el privado deberá recurrir obligatoriamente a arbitraje o conciliación.
- i) La Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPPIP) del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) puede convocar a reunión para hacer seguimiento de las controversias y acuerdos adoptados; no obstante, al no ser parte del convenio, no puede ejercer ninguna medida de cumplimiento a las partes, más allá de un jalón de orejas en la mencionada reunión.
- j) Existe la posibilidad de que PROINVERSION emita un informe técnico sobre la controversia, pero eso solo es posible en el marco de un convenio de asistencia técnica y debe ser a solicitud de alguna de las partes. Además, dicha opinión no es vinculante con lo cual tampoco resuelve la controversia. La parte renuente a la decisión de PROINVERSION seguirá siéndolo a pesar del informe emitido.
- k) No es factible que se busque la masificación del mecanismo de Obras por Impuestos y que a la vez se encarguen a

PROINVERSION y a la DGPPIP del MEF cumplir lo señalado en los numerales 7 y 8, pues generaría un cuello de botella para la solución de controversias en estas entidades públicas que no tienen como función solucionar disputas.

Ahora bien, por si no fueran pocas las razones anteriormente explicadas, la doctrina especializada en solución de controversias opina en el mismo sentido. Podemos, por ejemplo, tomar en cuenta a Nael Bunni en *The FIDIC Forms of Contract*, quien señala que, a pesar de que la negociación pueda ser el método más simple y rápido para resolver disputas, no es el más fácil, ya que puede haber un choque de personalidades entre las partes o sus posiciones pueden estar muy contrapuestas. Asimismo, señala que la negociación no rinde frutos cuando (i) existe una falta de confianza en la probabilidad de éxito de la negociación, (ii) existe dificultad en dar el primer paso, (iii) se tiene falta de confianza en las habilidades de uno como negociador o (iv) se considera que la otra parte es mejor negociando que uno (Bunni, 2005).

En el menú de posibilidades, también tenemos a la conciliación que en el Perú ha sido un mecanismo poco utilizado para resolver controversias. Este es más visto como un trámite o paso previo para judicializar disputas. Inclusive, de conformidad con el art. 33 del Decreto Legislativo 1326, existe como obligación para las Entidades Públicas de requerir permisos ya sea al titular del sector, al Consejo Municipal o Consejo Distrital de forma tal que los procuradores públicos puedan disponer de las materias a conciliar, lo cual genera que no sea un mecanismo efectivo de solución de controversias. Adicionalmente, el conciliador solamente propone medios de solución a las partes, sin que su propuesta sea vinculante, y finalmente la fórmula conciliatoria depende enteramente de la voluntad de las partes, con lo cual vemos que los funcionarios públicos siguen expuestos al control posterior por parte de la Contraloría General de la República.

Finalmente, el arbitraje es un mecanismo ampliamente utilizado en múltiples formas de contratación pública y ampliamente aceptado en el mundo. Sin embargo, este es un mecanismo de solución de controversias



con características particulares, ya que los árbitros realizan un análisis retrospectivo y forense, sin capacidad de prevenir problemas durante la ejecución del proyecto y cuya duración es en el escenario más optimista es de un año desde su inicio. Dentro del arbitraje, las partes deben comprometerse intensivamente en armar su reclamo, recopilar evidencia y comunicar todo ello de forma ordenada a los abogados que llevarán el caso.

Ahora bien, profundizando en los detalles: los árbitros tendrán la ardua tarea de comprender la realidad que ya pasó a partir de lo que los abogados puedan exponer en el caso. Por ello, muchas veces los árbitros no llegan a tener la perspectiva completa del proyecto y se ciñen a resolver con las evidencias que tengan disponibles, lo cual genera que sea una resolución de la controversia de manera muy similar a la que efectuaría un perito forense. Lo anteriormente explicado genera que la duración de un arbitraje especialmente en proyectos de construcción sea como mínimo de un año, puesto que es común la presentación de pericias de expertos y testigos, lo cual lleva a que las partes tengan plazos para presentar las pericias y se programen audiencias tanto para el debate pericial como para las examinaciones a los peritos y testigos.

Asimismo, los arbitrajes son costosos para las partes, ya que estas tienen que cargar con el peso económico de contratar abogados, peritos, pagar los honorarios de los árbitros, pagar los honorarios del centro de arbitraje y asumir los costos del dinero en el tiempo. Adicionalmente, luego de iniciado un arbitraje, la relación entre las partes se rompe y por la naturaleza adversarial del mecanismo ello podría generar otros efectos negativos durante la ejecución del proyecto, como por ejemplo la falta de cooperación, retrasos en la emisión de los certificados de reconocimiento de la inversión, retrasos en otorgar conformidades, negativas a otros reclamos que no son arbitrables, entre otros.

La doctrina especializada considera al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias costoso y largo. Por ejemplo, para un proyecto internacional en la Cámara de Comercio Internacional en París, los gastos arbitrales y los honorarios de abogados puede ascender a USD 124 mil dólares, con un tiempo de solución de la controversia de dos o tres años, mientras el proyecto está en indefinición o paralizado (CHERN, 2015). Ahora bien, en Perú, según mi experiencia, los costos de un arbitraje, incluyendo gastos arbitrales, abogados, peritos, costo del dinero en el tiempo y costo de mantener garantías o seguros vigentes, están entre el 20% al 30% del costo del monto a reclamar dependiendo de la cuantía controvertida y si el arbitraje es institucional o ad hoc. Esta situación genera que el costo de reclamación sea bastante alto en comparación a otros mecanismos de solución de controversias.

Ahora bien, si tomamos como base la información publicada por el MEF⁽²⁾ denominada Base de Adjudicaciones Oxl, al 31 de enero del 2023, veremos que existen 102 proyectos que se encuentran en ejecución o elaboración de expediente técnico. De estos proyectos, resaltan casi 40 convenios suscritos hasta el 2019 que en la práctica tienen aproximadamente 5 años en ejecución y con plazos que han superado los contractuales. Esta situación evidencia un obstáculo para que la inversión sea recuperada por el privado y el proyecto público no esté disponible para la Entidad Pública. Ese obstáculo lo más probable es que sea una disputa, el cual no ha podido ser solucionada con los mecanismos existentes de resolución de controversias de la regulación vigente.

En ese sentido, tenemos que las opciones de solución de controversias de la regulación vigente en Obras por Impuestos no son suficientes para solucionar las controversias de manera oportuna y eficientemente, y nos lleva a la necesidad de modificar la fórmula regulatoria para prevenir conflictos y en caso estos ocurran poder solucionarlos prontamente.

3. Los Dispute Boards como mecanismo de prevención y solución de controversias

Los Dispute Boards son reconocidos a nivel global como una herramienta efectiva y eficiente para la prevención y solución de controversias en los proyectos. Aunque, originalmente el mecanismo fue concebido en la industria de la construcción, su aplicabilidad se extiende a cualquier proyecto de similar naturaleza. Dispute Board se define como un panel de típicamente tres miembros de profesionales respetados que son seleccionados por las partes por su conocimiento y experiencia en el tipo de proyecto en el que actuarán. Su rol principal consiste en ayudar a las partes de manera contemporánea y oportuna para evitar conflictos, y si fuera necesario, resolverlos

(2) Al respecto, véase "Reportes estadísticos (mef.gob.pe)".



durante la ejecución del proyecto. Asimismo, los Dispute Boards proporcionan una solución en tiempo real y a un costo menor (en comparación con otros mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje), pues su vinculación desde el primer día del proyecto hace que estén listos para afrontar las consultas y disputas de las partes (Dispute Resolution Board Foundation, 2019).

Esta misma definición se puede obtener de otros autores como Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers y Anthony Lavers en *FIDIC Contracts: Law and Practice*. Estos autores señalan que Dispute Board es un término genérico utilizado para describir una variedad de acuerdos donde las partes, a través de un contrato conjunto, designan uno o más personas independientes e imparciales para resolver disputas.

Asimismo, podemos atribuir la popularidad de los Dispute Boards a los contratos estándares internacionales como FIDIC. Por ejemplo, en el *Diccionario de Términos de Construcción* de Fenwick Elliott LLP los Dispute Boards se definen como un tribunal constituido por los términos de un contrato de construcción consistente de un panel que decide disputas durante la ejecución de los proyectos. Además, se destaca que los contratos FIDIC, utilizados regularmente por el Banco Mundial, incluyen una cláusula referente a los Dispute Adjudication Boards (DAB) (Fenwick Elliott LLP, 2013). Sin embargo, es importante precisar que esta definición proviene de los contratos FIDIC en su versión del 2017. Actualmente, se ha modificado el nombre de su proceso de DAB para incluir una A y poder denominarlos Dispute Avoidance and Adjudication Board, de forma tal que pone énfasis en la prevención que es parte del ADN de los Dispute Boards.

Ahora bien, a partir de una revisión del *Manual de Dispute Board: Una Guía para las Mejores Prácticas y Procedimientos de la Dispute Resolution Board Foundation*, los Dispute Boards tienen las siguientes características para tener en cuenta:

- Típicamente puede tener 1 o 3 miembros.
- Los miembros son elegidos por las partes.
- El Dispute Board inicia funciones al inicio del proyecto.
- La velocidad de actuación del Dispute Board es en tiempo real y rápida.
- El Dispute Board busca ser proactivo y interactivo con las partes y atender todos los temas del proyecto que surjan.
- Cuando ocurren diferencias entre las partes los Dispute Boards pueden asistir a las partes para evitar que estas se conviertan en disputas.
- El efecto de los Dispute Boards en el proyecto es que las relaciones entre las partes se mantengan.
- El tiempo requerido por las partes para el funcionamiento del Dispute Board es menor en comparación a otros mecanismos de solución de controversias como el arbitraje, la negociación o la conciliación.

- Con un costo relativamente bajo en comparación a otros mecanismos de solución de controversias.
- En comparación con los mecanismos alternativos de solución de controversias arbitraje, negociación y conciliación, es el único que efectivamente previene disputas.
- Las reglas del proceso del Dispute Board provienen del contrato.

La efectividad del Dispute Board se debe a la cercanía con el proyecto y con sus actores. Ciry Chern, en su libro "Chern on Dispute Boards", compara los Dispute Boards con otros mecanismos de solución de controversias (mediación, arbitraje y litigación tradicional). A partir de esto, llega a la conclusión que una vez que se produce una disputa, los miembros del panel ya han visitado el lugar de ejecución del proyecto, conocen a las partes y han discutido con ellas el tema objeto de la disputa, entonces tienen la capacidad de tomar una decisión rápida sobre las controversias y de forma menos costosa que otros mecanismos de solución de disputas.

Ahora bien, esta cercanía del Dispute Board con las partes hace que tenga la oportunidad de conocer a detalle el contrato, conocer la documentación técnica que se va generando día a día en el proyecto, y poder hablar con las partes sobre sus expectativas y riesgos del proyecto. Esto les permite ser un faro de guía frente a los posibles desacuerdos o malentendidos entre las partes antes que se conviertan en una disputa formalmente referida al Dispute Board. Inclusive, podemos destacar que esto permite que la controversia sea solucionada durante la ejecución del contrato y con el objetivo que el proyecto continúe con la discrepancia resuelta (Hernandez, 2014).

En la misma línea se desarrolla el *Manual de Dispute Board: Una Guía para las Mejores Prácticas y Procedimientos de la Dispute Resolution Board Foundation*, pues señala que los Dispute Boards son efectivos en comparación con otros métodos de solución de conflictos. Además, compromete a las partes a una cultura de prevención y promueve una relación positiva, de comunicaciones



abiertas y transparencia entre las partes a todo nivel. El Manual, inclusive, recoge una serie de técnicas que puede utilizar el Dispute Board para evitar y prevenir la ocurrencia de disputas, las cuales son, por ejemplo:

- Educar a las personas del proyecto en el rol del Dispute Board y cómo se aplicará dicho rol en el proyecto con el enfoque de prevención.
- Enfatizar los beneficios de culminar el proyecto como objetivo en común entre las partes.
- Construir y mantener una relación con las partes, generando confianza y seguridad en el Dispute Board.
- Enfoque en identificación temprana y discusión de problemas que puedan surgir en el proyecto, antes que se conviertan en disputas.
- Promover la gestión colaborativa entre las partes para resolver problemas del proyecto.
- Asegurarse que problemas difíciles para el proyecto sean tratados pronto y evitar que se dejen para después en el proyecto.

Así las cosas, esto se puede resumir en que el Dispute Board tiene un involucramiento directo con el proyecto y con las personas que lo ejecutan. Ello debido a que tienen una relación temprana para generar una cultura de prevención y evitar conflictos. De igual manera, pueden reforzar a través de visitas al proyecto y reuniones la prevención de disputas, y generar opiniones no vinculantes o recomendaciones de manera informal para que las partes actúen en beneficio de la culminación del proyecto sin reclamos.

Ahora bien, debido a que los Dispute Boards son un producto del acuerdo de las partes en los contratos, existen múltiples tipos de Dispute Board, según las siguientes categorías:

- a) Por cantidad de miembros: típicamente los Dispute Boards son de tres miembros, pero también puede haber más y puede ser de un solo miembro. Además, es posible que las partes pacten entidades nominadoras en caso de disputas para el nombramiento de los miembros.
- b) Por su vinculación con el proyecto: los Dispute Boards pueden ser permanentes o ad hoc. En el primer escenario, los Dispute Boards están vinculados con el proyecto de manera constante y periódica. Es este tipo de Dispute Board donde se puede aplicar y aprovechar la función de prevención. En contraste, el Dispute Board también puede ser ad-hoc, es decir, solo llamado por las partes ante una solicitud específica, comúnmente para resolver una controversia. Con este tipo de Dispute Board no es posible aplicar las técnicas de prevención y guarda más similitudes con un mecanismo de decisión experta (contrata un perito para que dirima una controversia) o proceso arbitral expreso.
- c) Por tipo de pronunciamiento del Dispute Board: las partes pueden pactar si los Dispute Boards pueden tener pronunciamientos vinculantes para las partes o

que sus pronunciamientos sean solo recomendaciones. Claramente, el factor o la característica de hacer vinculantes los pronunciamientos de los Dispute Boards genera la posibilidad de garantizar el cumplimiento de lo decidido y la finalización de la disputa o controversia.

Una vez elegido el tipo de Dispute Board y pactado en el contrato, el mismo panel puede determinar o autoregularse para disponer las reglas sobre las visitas al proyecto, el acceso a la información del proyecto, la programación de reuniones, entre otros temas del funcionamiento del panel. Cabe precisar que la relación entre las partes y los miembros del Dispute Board también es contractual, pues se suscribe un acuerdo tripartito entre las partes y los miembros del panel para pactar las condiciones de su actuación. No obstante, las reglas sobre Dispute Board pueden ser tomadas de instituciones de solución de controversias. Por ejemplo, internacionalmente tenemos el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional del 2015 y a nivel local el reglamento de la Cámara de Comercio de Lima del 2022.

Otro aspecto para tomar en cuenta es el costo de los Dispute Boards, pues este en comparación al arbitraje es claramente más eficiente. El costo es variable y está determinado por la cantidad de personas que conforman el panel, la frecuencia y duración de las reuniones, el número de pedidos de opiniones, recomendaciones o decisiones que las partes pidan al panel, el tipo de honorario para el Dispute Board, si los gastos como viáticos son asumidos por las partes o no, y si existen reajustes a los honorarios durante la ejecución del proyecto.

Según la estadística de la Dispute Resolution Board Foundation, en Latinoamérica, los honorarios por día de los miembros del panel está entre USD 1,250.00 a USD 1,800.00 y, en caso hubiera pagos mensuales, son entre USD 2,500.00 a USD 4,000.00. Además, en la región, generalmente se utiliza la estructura de pagos utilizada en los contratos FIDIC; es decir, existe un honorario por la participación de los miembros del panel por cada reunión, audiencia, visita a proyecto y elaboración de recomendaciones



o decisiones. Posteriormente, el Manual refiere a través de ejemplos que los costos de un Dispute Board son menores al 1% del presupuesto del proyecto (Dispute Resolution Board Foundation, 2019).

Los miembros del panel deben ser imparciales e independientes a las partes, no tener conflictos de intereses con las partes, con sus agentes/abogados y con el proyecto, tener las suficientes calificaciones y experiencia relacionada al proyecto, tener la disponibilidad para tomar el encargo y tener un comportamiento ético. Este se puede resumir en 4 cánones de conducta que recomienda la Dispute Resolution Board Foundation, que comprende evitar conflictos de intereses y cumplir con el deber de revelación, guardar confidencialidad, mantener un comportamiento correcto con las partes y en las comunicaciones, y durante los procedimientos del panel (Dispute Resolution Board Foundation, 2019).

Asimismo, podemos ver que los Dispute Boards en el mundo han sido utilizados de forma exitosa. Por ejemplo, tenemos los proyectos de la construcción de la represa y planta hidroeléctrica El Cajón en 1980 en Honduras; luego, en la década de los 90, el proyecto del túnel del Canal entre Reino Unido y Francia, el nuevo Aeropuerto Internacional de Hong Kong, el proyecto hidroeléctrico Ertan en China; posteriormente, se utilizó en el proyecto de expansión del Canal de Panamá y también ha sido utilizado en mega proyectos que involucran múltiples contratos como por ejemplo en los Juegos Olímpicos de Londres del 2012 y en los Juegos Olímpicos de Río en el 2016.

Localmente, tenemos una muy buena experiencia utilizando Dispute Boards para los Juegos Panamericanos de Lima 2019, en la que luego de la modificación de los contratos NEC 3 con una cláusula Z específica para el mecanismo de solución de controversias se incluyó la posibilidad de usar Dispute Boards. En el caso de los Juegos Panamericanos de Lima 2019, tenemos que fue un proyecto con múltiples contratos y con un gran reto que era que el plazo de ejecución de las diferentes infraestructuras públicas no podía aplazarse. En vista a lo anterior, los Dispute Boards jugaron un papel trascendental para prevenir controversias y que las obras pudieran estar a tiempo para la fecha de la inauguración del evento.

En esta línea de ideas, vemos que los Dispute Boards son una herramienta que previene conflictos y que, de ocurrir estos, los resuelve de manera rápida, eficiente, manteniendo la relación entre las partes y buscando la finalización del proyecto. En adición a esto, son una herramienta muy exitosa a nivel mundial, regional y local, con resultados favorables y exitosos en un proyecto complejo como el de los Juegos Panamericanos de Lima 2019. Por consiguiente, conviene analizar la posibilidad de implementar los Dispute Boards como mecanismo de prevención y solución de controversias en los proyectos de Obras por Impuestos.

4. Propuesta de mejora en la regulación de Obras por Impuestos e integración del mecanismo con la relación entre la empresa privada y el contratista ejecutor del proyecto

A la luz de lo expuesto en los numerales precedentes, consideramos que los Dispute Boards podrían incluirse en la regulación de Obras por Impuestos. Por lo cual, se requeriría una modificación del art. 19 de la Ley y los artículos 128 y siguientes del Reglamento, a fin de incluir a los Dispute Boards como un mecanismo de solución de controversias.

Primero, evaluemos el efecto sobre el trato directo, la conciliación y el arbitraje al incluir los Dispute Boards en la fórmula regulatoria vigente.

Si incluimos los Dispute Boards, es altamente probable que ya no sea necesario el trato directo, ya que con la función preventiva de los primeros, las partes tendrían la oportunidad de conversar directamente sus dudas y preocupaciones sobre el proyecto antes que escalen a disputas. Es más, en el peor escenario, si estas controversias por A o B razones no fueran resueltas con la asistencia informal del panel, no habría necesidad de negociar en trato directo, pues el costo que el Dispute Board emita una decisión vinculante será menor que el costo del dinero en el tiempo durante la negociación entre las partes. No es una propuesta del presente artículo la eliminación del trato directo, pero es probable que caiga en desuso si se utilizan los Dispute Boards.

En esta misma línea de ideas, si las decisiones de los Dispute Boards son vinculantes, ya no serían necesarias las conciliaciones, pues con la asistencia informal de los miembros del panel las partes podrían pedirle al panel que emitan una decisión en el sentido que han acordado, obteniendo el mismo mérito de ejecución que un acta de conciliación. Al igual que con el trato directo, es probable que caiga en desuso; no obstante, no es propuesta del presente artículo la eliminación de la conciliación de la regulación.



Adicionalmente, si se utilizan los Dispute Boards en Obras por Impuestos, los arbitrajes quedarán relegados a únicamente revisar las decisiones del panel, lo cual generará que el arbitraje sea más rápido y cuente con un análisis previo de manera contemporánea de la controversia. Esto generará que sea menos recurrido el arbitraje por las partes y que al iniciarlo no sea tan costoso, pues el esfuerzo probatorio habrá sido efectuado durante la obra con el Dispute Board. Ahora bien, inclusive hay experiencias internacionales que señalan que la gran mayoría de las decisiones de los Dispute Boards no son revertidas en arbitraje. Esto indica que los árbitros tienden a confirmar la decisión de los miembros del panel y generando un desincentivo a las partes de iniciar un arbitraje para cuestionar todas las decisiones que emita el panel.

Por consiguiente, del análisis efectuado los Dispute Boards generarían que las partes no tengan que recurrir constantemente a un arbitraje y en caso lo hagan facilitarían el resultado de este. Además, dejarían en desuso al trato directo y la negociación, lo cual genera hasta este punto de análisis un beneficio en el esquema de prevención y solución de controversias para las partes. El Dispute Board genera la ocurrencia de menos controversias, ahorro de costos, mantener la relación amical entre las partes y que el proyecto se pueda culminar sin disputas.

Ahora bien, como hemos visto es un mecanismo más expeditivo y barato que el arbitraje. Por lo tanto, los actores del sistema no deberían poner como pretexto para no hacer el cambio normativo el costo del Dispute Board, en la medida que ya están dispuestos a pagar un monto mayor en un arbitraje ante la ocurrencia de disputas. Evidentemente, al ser un servicio para ambas partes debe ser considerado dentro del monto de inversión del proyecto y considerarse para ser reembolsado a través de los certificados de reconocimiento de la inversión. Es mejor, desde la perspectiva de cualquier gerencia de proyectos, un costo visible y predecible como los Dispute Boards, pues se puede presupuestar y asumir que un gran costo contingente como el arbitraje.

A manera de analogía, hay que pensar en el Dispute Board como un seguro de salud, que utilizas y pagas de manera preventiva para que cuanto te enfermes no tengas que pagar una cuenta considerable a los prestadores de salud privados o no tener disponibilidad de servicio en los hospitales públicos.

Por otra parte, la Dispute Resolution Board Foundation, recientemente, ha creado la Región 4 en su organización que corresponde a Latinoamérica. Esta iniciativa está promoviendo fuertemente la utilización de los Dispute Boards en la región, lo cual ha llevado a que muchos profesionales de la industria

de la construcción tengan entrenamiento constante e importante en Dispute Boards. Esto permitirá que exista un importante grupo de profesionales que podrán ser elegidos por las partes para conformar los Dispute Boards en los proyectos de Obras por Impuestos.

Como dijo Abraham Lincoln: “Desalentar el litigio. Persuade a tus vecinos para que se comprometan siempre que puedas. Señale cómo el ganador nominal es a menudo un verdadero perdedor en honorarios, gastos y pérdida de tiempo”⁽³⁾. Esta es la filosofía que debemos tener al momento de evaluar la incorporación de los Dispute Boards en la regulación de Obras por Impuestos (razones y beneficios sobran). Hay éxitos comprobados en proyectos a nivel mundial y local.

Ahora bien, la presente propuesta de implementación de los Dispute Boards está referida a la regulación vigente de Obras por Impuestos y específicamente en la relación contractual entre la empresa privada financista y la entidad propietaria del proyecto; sin embargo, nada quita la posibilidad que la empresa privada pueda pactar este mismo mecanismo de solución de controversias con el o los ejecutores del proyecto, es decir, los contratistas directos, toda vez que la relación entre la empresa privada y el contratista ejecutor es una de derecho privado y con total libertad de regulación. Inclusive este esquema, de tener un Dispute Board que articule las controversias en ambas relaciones contractuales (Entidad - Empresa Privada y Empresa Privada - Contratista), generaría un beneficio adicional al proyecto.

Este mismo esquema inclusive es recomendado por la Dispute Resolution Board Foundation para los proyectos de Asociaciones Público Privadas en los cuales existe una doble relación contractual; primero entre el concedente y el concesionario y luego entre el concesionario y el contratista ejecutor del proyecto. En este escenario, también es posible que todas las partes pacten la utilización de un solo Dispute Board para que integre ambas relaciones contractuales

(3) Original en inglés: Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser in fees, expenses and waste of time.



y todas las partes puedan garantizar el resultado de una obra con disputas prevenidas y en el peor de los casos solucionadas prontamente.

Finalmente, cabe precisar que uno de los grandes beneficios para la empresa privada en la ejecución de los proyectos de Obras por Impuestos es el rédito reputacional y de responsabilidad social empresarial por ejecutar un proyecto de interés público con fondos privados. Por tanto, en el supuesto que las obras no se culminen, se generen disputas entre las partes y, en caso estos reclamos no se solucionen en un tiempo moderado a largo de plazo, pierden todos los actores del sistema. Por un lado, la empresa privada tiene un impacto reputacional, ya que es responsable sobre un proyecto que no logra completarse, además de sufrir impactos económicos al no recibir los certificados por la inversión realizada.

Por otro lado, la entidad pública tiene un problema de gestión por no tener el proyecto disponible y una contingencia abierta. Asimismo, la población se ve perjudicada al no poder beneficiarse de ese proyecto público, el cual culminará con retraso. En consecuencia, los Dispute Boards son un gran mecanismo para prevenir disputas y solucionarlas en tiempo real durante la ejecución de los proyectos, lo cual llevaría a lograr los objetivos de culminar las obras, así como prevenir las contingencias económicas y reputacionales.

5. Conclusiones

En base a lo anteriormente expuesto, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- El país necesita más y mejores herramientas para reducir la brecha de infraestructura. Una de estas herramientas es el mecanismo de Obras por Impuestos.
- Las Obras por Impuestos a la fecha están siendo promovidas por el estado para ser la vía a través de la cual se ejecuten proyectos relevantes de más de 400 millones de soles. Además, existen en cartera de PROINVERSION más de 500 proyectos que podrán ver la luz en los próximos años.
- La regulación vigente de Obras por Impuestos solo tiene como opciones para solucionar controversias el trato directo, la conciliación y el arbitraje. Estas tres opciones no tienen posibilidad de prevenir conflictos, y han probado que no responden a las necesidades del mecanismo en la medida que se necesitan solucionar controversias en tiempo real y durante la ejecución del proyecto.
- Los Dispute Boards son un mecanismo mundialmente aceptado y reconocido como una herramienta efectiva y eficiente para la prevención y solución de controversias en los proyectos. Estos generan vínculos con las partes para tener opción de que los problemas del proyecto no

escalen a disputas y en caso se generen controversias sean resueltas de manera rápida, eficiente, manteniendo la relación entre las partes y buscando la finalización del proyecto.

- Existen suficientes razones y beneficios para implementar una modificación del art. 19 de la Ley 128 y siguientes del Reglamento de Oxl. Esto con la finalidad de incluir los Dispute Boards, de forma tal que se puedan prevenir y solucionar disputas eficiente y eficazmente. Además, esto generará que el mecanismo de Obras por Impuestos sea más confiable y utilizado tanto por la parte pública como la privada para la generación de proyectos de infraestructura. De igual manera, este mismo mecanismo de solución de controversias puede ser utilizado en la relación entre la empresa privada financista y el contratista ejecutor del proyecto.

Referencias bibliográficas

- Baker, E., Mellors, B., Chalmers, S., & Lavers, A. (2009). *FIDIC Contracts: Law and Practice*. Informa Law from Routledge.
- Bonifaz, J., Urrunaga, R., Aguirre, J., & Quequezana, P. (2020). *Brecha de infraestructura en el Perú: estimación de la brecha de infraestructura de largo plazo 2019-2038*. <https://doi.org/10.18235/0002641>
- Bunni, N. (2005). *The FIDIC Forms of Contract: the fourth edition of the red book, 1992, the 1996 supplement, the 1999 red book, the 1999 yellow book, the 1999 silver book* (3ª ed.). Blackwell Publishing Ltd.
- Chern, C. (2015). *Chern on Dispute Boards* (3ª ed.). Informa Law from Routledge.
- Dispute Resolution Board Foundation. (2019). *Manual de dispute boards: una guía para las mejores prácticas y procedimientos*. <https://www.drb.org/dispute-board-manual>
- Hernandez, R. (2014). Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En R. Hernandez (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* (Vol. 23, pp.13-32). Estudio Mario Castillo Freyre.
- Hewitt, A. (2016). *Construction Claims and Responses: Effective Writing and Presentation*. Blackwell Publishing Ltd.



Ministerio de Economía y Finanzas. (01 de abril del 2023). *Base de Adjudicaciones Oxl al 31 de enero del 2023*.

PROINVERSIÓN. (01 de abril del 2023). *Cartera de proyectos Oxl*.

Decreto Supremo N.º 035-2017-EF. Reglamento de la Ley N.º 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, y del artículo 17 de la Ley N.º 30264, Ley que establece medidas para promover el

crecimiento económico (1 de marzo de 2017). <https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-supremo/15637-decreto-supremo-n-036-2017-ef/file>

Decreto Supremo N.º 294-2018-EF. Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado (16 de diciembre del 2018). <https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/425951-294-2018-ef>

Tolson, S., Glover, J., & Sinclair, S. (2013). *Diccionario de Términos de Construcción*, Ferwick Elliott LLP. Informa Law from Routledge. 