

**REVISAR O NO REVISAR, HE AHÍ EL DILEMA: BREVES
REFLEXIONES SOBRE LA IMPUGNABILIDAD DE LAS DECISIONES
DE LOS *DISPUTE BOARDS* EN LA VÍA ARBITRAL**

***REVIEW OR NOT REVIEW, THERE IS THE DILEMMA: BRIEF
REFLECTIONS ON THE IMPUGNABILITY OF DISPUTE BOARDS'
DECISIONS ON THE ARBITRAL ROUTE***

Gianpierre Valverde*

Grupo de Investigación de Derecho Administrativo

Nadine Márquez**

Martin Consultores y Abogados S.C.R.L.

The purpose of this article is to highlight the probable contingencies that could arise as a result of the review of the decisions of the Dispute Boards in the arbitration. To achieve this, the structure of the article is arranged in such a way as to facilitate the understanding of the conclusions.

In that sense, first, the nature and function of the Dispute Boards is defined. The classes and advantages offered by these dispute resolution mechanisms are then indicated. Subsequently, the legal provision is analyzed in order to crumble its contents. The article ends with the analysis of the effects generated by reviewing the decisions of the Dispute Boards.

KEYWORDS: Arbitration; review; alternative dispute resolution mechanisms; dispute boards; public private partnership.

El presente artículo tiene la finalidad de evidenciar las probables contingencias que podrían producirse a causa de la revisión de las decisiones de los Dispute Boards en la vía arbitral. Para llegar a ello, la estructura del artículo se encuentra ordenada de tal manera que facilitará la comprensión de las conclusiones.

En ese sentido, primero, se define la naturaleza y la función de los Dispute Boards. Luego, se señala las clases y ventajas que ofrecen estos mecanismos de solución de controversias. Posteriormente, se analiza la disposición legal con la finalidad de desmenuzar su contenido. Se finaliza el artículo con la exposición de los efectos producidos a causa de la revisión de estas decisiones.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje; revisión; mecanismos alternativos de resolución de controversias; junta de resolución de disputas; asociación público privada.

* Bachiller de la facultad de Derecho de la PUCP. Representante de la Comisión de Investigaciones en el Círculo de Derecho Administrativo de la PUCP. Voluntario en la Oficina Académica de Responsabilidad Social de la PUCP. Practicante en el BBVA Continental. Asistente de Docencia del curso de Derecho Administrativo 1 y 2. Investigador del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo (GIDA). Contacto: gvalverde.e21@gmail.com

** Asistente legal en Tribunal Nacional de Controversias Hídricas en Autoridad Nacional del Agua. Asistente en Tribunal Nacional de Controversias Hídricas en Autoridad Nacional del Agua. Asistente legal en Martin Consultores y Abogados S.C.R.L. Contacto: marquez.nadine@pucp.pe.

I. INTRODUCCIÓN

Un proyecto de Asociación Público Privada [en adelante, APP] es un esquema de contratación que le permite al Estado buscar la colaboración de los particulares para llevar a cabo la construcción de obras de infraestructura que se pondrán al servicio de la población. La característica que diferencia a las APP de los otros mecanismos de contratación reside en los tipos de rendimientos que otorga a las partes contratantes, ya que, mientras los particulares obtienen un rendimiento económico, el Estado obtiene un rendimiento social en la medida que podrá construir una obra que satisfará el interés común de la nación.

Con el ánimo de estar en sintonía con las experiencias internacionales sobre APP, el Estado peruano promulgó en el año 2008 el Decreto Legislativo 1012, que estableció el primer marco legal sobre el tratamiento y regulación de las APP en nuestro país. Con el transcurso de los años, allá por el año 2015, se promulgó el Decreto Legislativo 1224 [en adelante, la Ley], norma que vino a derogar la anterior legislación.

Así pues, de acuerdo a la Ley, para que las partes puedan emprender proyectos de colaboración bajo el mecanismo de APP pueden, entre otras opciones, celebrar contratos de concesión en los que el Estado y los inversionistas podrán dejar constancia de las obligaciones recíprocas que afrontarán durante el ciclo de vida del proyecto.

Sin embargo, estos proyectos tienen una duración prolongada por lo que en el transcurso pueden surgir discrepancias sobre algún asunto ligado a las obligaciones constituidas en el contrato de APP. Estas situaciones no son cuestiones que cojan por sorpresa a las partes, ya que, ellas mismas, teniendo conocimiento de estos riesgos, establecen cláusulas para resolver sus disputas, a través de mecanismos extra judiciales de solución.

Estos mecanismos son los que conocemos como Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias [En adelante, MARC]. Pero, especialmente, uno de ellos ha adquirido, recientemente, importancia entre los particulares. Estamos hablando de los *Dispute Boards*¹ o Junta de Resolución de Disputas que se encuentran estipulados en el Artículo 23 de la Ley.

Sin embargo, en la redacción de este artículo hemos advertido que hay una disposición que habili-

ta a los particulares a impugnar en la vía arbitral las decisiones que hayan sido adoptadas por la Junta de Resolución de Disputas que gestionó la controversia suscitada entre ellas. Sin ánimo de anticipar ninguna conclusión, consideramos que este aspecto puede que no sea recomendable.

En tal sentido, el presente estudio tiene la finalidad de analizar la viabilidad de la facultad que concede el Artículo 23 del Decreto Legislativo 1224 a los particulares para que puedan impugnar las decisiones postuladas por los *Dispute Boards* en la vía arbitral. Dicho de otro modo, en este artículo intentaremos responder la siguiente interrogante: ¿es recomendable que estas decisiones deban ser impugnadas ante la vía arbitral?

Para cumplir con ese objetivo, hemos de estructurar el presente artículo partiendo por la definición y presentación de los distintos Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias reconocidos en el Perú. Posteriormente, se desarrollará el concepto de los *Dispute Boards*, su naturaleza, finalidad y los retos para su implementación.

Por último, esbozaremos una respuesta a la pregunta planteada precedentemente. Para ello evaluaremos las consecuencias que supondrá impugnar una decisión propuesta por este mecanismo alternativo de solución de controversias. Al final, expresaremos las conclusiones a las que arribamos luego de haber finalizado el estudio.

II. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA, FINALIDAD Y FUNCIONALIDAD DE LOS *DISPUTE BOARDS*

Como paso previo a definir la naturaleza jurídica de los *Dispute Boards*, procederemos a describir qué son los MARC. Ello nos permitirá formarnos una idea más clara acerca de los *Dispute Boards*, ya que, advertiremos en qué grupo éstos se sitúan y qué características comparten con las otras modalidades de MARC.

A. Concepto y funcionalidad de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias (MARC)

Los MARC son herramientas que buscan resolver, extrajudicialmente, las discrepancias surgidas entre dos o más individuos. Su finalidad es, en ese sentido, ofrecer espacios donde se busque dar solución a controversias de forma rápida, trans-

¹ El Artículo 23° de la Ley hace referencia a las Juntas de Resolución de Disputas como sinónimo de los *Dispute Boards*.

parente y eficiente. De acuerdo a Leberman y Henry², los MARC se definen como

“un conjunto de prácticas y técnicas que apuntan hacia la resolución de las controversias legales fuera de las cortes, en beneficio de todos los contendientes, para **reducir los costos** del litigio convencional, así como los retrasos a los cuales ordinariamente está sujeto o para **prevenir que futuras disputas sean llevadas también a las Cortes**”. [El énfasis es nuestro].

De la definición glosada, se puede extraer algunos rasgos característicos de los MARC. El primero que cobra notoriedad es el elemento objetivo, pues, se desprende que los MARC son instrumentos cuasi jurisdiccionales. Otra característica es que representan una herramienta resolutoria, cuyo uso está reservado para las personas, naturales o jurídicas. El tercer aspecto que destaca está configurado por el elemento teleológico, pues, estos instrumentos cumplen una finalidad: proponen plataformas alternativas (al fuero jurisdiccional) y resolutorias que tendrán el objetivo de reducir costos y prevenir futuras disputas.

Ahora bien, los MARC ofrecen una diversidad de mecanismos, cada uno con sus particularidades, que las partes pueden utilizar en función de la complejidad, especialización y monto de la discrepancia. En tal sentido, los MARC más requeridos son los siguientes:

1. **Negociación.**- Las partes, sin la intervención de un tercero, enfrentan la solución de un problema. Un ejemplo de dicho mecanismo es cuando se realiza la negociación colectiva en la etapa de Trato Directo.
2. **Mediación.**- La Mediación se suscita cuando las partes acuden a un tercero neutral que tendrá la misión de iniciar el diálogo entre ellas y promover la búsqueda de soluciones. Cabe recalcar que el tercero no plantea alternativas de soluciones, sino que se limita a ser un facilitador del diálogo. Esta acepción es defendida por Gonzáles de Cossio³, quien manifiesta que la mediación es un proceso

informal en el que una tercera parte neutral ayuda a las partes en conflicto a resolver la controversia, pero sin tener potestad de proponer una solución.

3. **Conciliación.**- La Conciliación implica que las partes recurren a un tercero neutral quien además de iniciar el diálogo, puede formular medidas de solución a las partes⁴. Cabe recalcar que el conciliador propone sugerencias pero la decisión final le corresponde a las partes en conflicto.

El lugar a donde acuden las partes es denominado “Centro de Conciliación Extrajudicial”, el cual es debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [en adelante, MINJUS]. La conciliación es un mecanismo auto-compositivo. De llegar a un acuerdo, éste se debe plasmar en un Acta, la cual debe ser firmada por las partes y el conciliador, para convertirse posteriormente en un título ejecutivo.

4. **Arbitraje.**- El Arbitraje es el único mecanismo alternativo que cuenta con reconocimiento constitucional. Nuestra Constitución Política, en su Artículo 139°, Inciso 1⁵, le reconoce al arbitraje una existencia jurídica de carácter jurisdiccional de excepción, por lo que para nuestro ordenamiento jurídico el arbitraje es una forma –aunque no estatal– de administración de justicia⁶.

Del mismo modo, el Arbitraje se define como el método por el cual las partes acuerdan someter su controversia a un tercero imparcial o a un tribunal constituido para tal efecto, aplicando a su vez las normas que las partes especifiquen y con la obligación de aceptar al final el laudo o resolución como arreglo definitivo.⁷

Es un mecanismo hetero-compositivo de solución de controversias al que se someten las partes con la finalidad de que un tercero imparcial e independiente (llamado árbitro), previa suscripción del convenio arbitral, resuelva sus conflictos.

² LEBERMAN, Jethro y HENRY, James. “Lesson from the alternative dispute resolutions movement”. En: University of Chicago Law Review. 1986. pp. 530.

³ GONZÁLES DE COSSIO, Francisco. “Arbitraje”. México D.F.: Porrúa. 2004. p. 30.

⁴ Ibidem. p. 37.

⁵ Artículo 139.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional

[...] No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

⁶ CASTILLO FREYRE, Mario “Arbitraje. El Juicio Privado: la verdadera reforma de justicia”. Lima: Biblioteca de Arbitraje. 2014. p. 39.

⁷ Óp. cit. GONZÁLES DE COSSIO, Francisco. p. 38.

REVISAR O NO REVISAR, HE AHÍ EL DILEMA: BREVES REFLEXIONES SOBRE LA IMPUGNABILIDAD DE LAS DECISIONES DE LOS *DISPUTE BOARDS* EN LA VÍA ARBITRAL

Por otro lado, atendiendo a lo expresado por Juan García Montúfar⁸, las diferencias entre los tipos de MARC se contrastan en los siguientes puntos. Veamos⁹ la Tabla 1:

De tal modo, podemos advertir que los MARC ofrecen un acceso a una justicia más real, efectiva y a un costo menor. Tienen múltiples ventajas sobre el proceso judicial, pues son nuevas instancias que permiten el acceso a la impartición de justicia, con procesos más ágiles, atendiendo siempre a los intereses de las partes y fomentando una adecuada gestión de las controversias.

Por último, una de las peculiaridades que identifican a los MARC es que su abanico de opciones no se agota en las fórmulas antes expuestas. Demás está decir que es una lista abierta que se actualiza constantemente, que busca la innovación y que busca nutrir su *buffet* de métodos, los cuales serán utilizados en atención a la complejidad y necesidad de cada controversia. Uno de ellos que no ha sido mencionado hasta el momento son los *Dispute Boards*.

B. ¿Qué son los *Dispute Boards*?

Los *Dispute Boards* se definen, según José Vaz y Pedro Gravatá Nicoli¹⁰, como una junta o panel de profesionales especializados e imparciales que se instala en el comienzo de un contrato de

construcción para acompañar su progreso y resolver disputas que, eventualmente, vengán a surgir a lo largo de su ejecución. Esta junta emite recomendaciones y/o decisiones en función de disputas que a ella son sometidas, presentándose, con cada modelo de *Dispute Boards* adoptado, una ecuación diferenciada de obligatoriedad para las partes.

Aquella definición también la comparte Arnoldo Wald¹¹, quien menciona que

“los *Disputes Boards* son paneles, comités o consejos para la solución de litigios cuyos miembros son nombrados en ocasión de la celebración del contrato y que acompañan a su ejecución hasta el fin, pudiendo, conforme el caso, hacer recomendaciones (en el caso de los *Dispute Review Boards* – DRB) o tomar decisiones (*Dispute Adjudication Boards* – DAB) o hasta teniendo ambas funciones (*Combined Dispute Boards* – CDB), conforme el caso, y dependiendo de los poderes que les fueran otorgados por las partes”¹².

Finalmente, el Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú [en adelante, el CARC] define a las Juntas como “un medio alternativo de gestión de conflictos cuya finalidad es que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente y de forma

Tabla 1

Diferencias entre los tipos de MARC				
	Negociación	Mediación	Conciliación	Arbitraje
Naturaleza de la Decisión final	Voluntad de las partes	Voluntad de las partes	Interviene un tercero	Voluntad motivada en derecho de un tercero
Rol del tercero en la solución de la controversia	No interviene un tercero en la solución del problema.	El mediador no tiene la obligación de proponer una única fórmula que concilie.	El conciliador debe proponer una fórmula conciliatoria.	El árbitro está facultado por acuerdo de las partes, para poner fin a la controversia mediante la expedición de un laudo arbitral definitivo.

⁸ GARCÍA MONTÚFAR, Juan. “Los medios alternativos de solución de conflictos” En: Portal jurídico de Revista Derecho & Sociedad. En: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/18/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos/>

⁹ Fuente: Elaboración propia.

¹⁰ VAZ, José y GRAVATÁ NICOLI, Pedro. “Los *Dispute Boards* y los Contratos Administrativos: ¿Son los DB’s una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público?”. En: *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* 23. 2014. pp. 100-101.

¹¹ WALD, Arnoldo. “A Arbitragem Contratual e os *Dispute Boards*”. En: *Revista de Arbitrage e Mediação* 2. Julio- septiembre. 2005. p. 18.

¹² Para Roberto HERNÁNDEZ GARCÍA, los DRBs son “un medio de solución de controversias que tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El panel), tiene la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir (i) una consulta informal que procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (ii) una decisión que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta”. HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto. “*Dispute Boards* (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinantes medio de solución de controversias”. En: *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Catillo Freyre* 23. Lima: PUCP, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos. 2014. pp. 27-28.

célere sus controversias durante el plazo de ejecución del contrato o proyecto”^{13,14}.

Tal como hemos podido apreciar, las Juntas son paneles conformados por profesionales especializados. Estas juntas pueden emitir recomendaciones, que no son vinculantes para las partes, y decisiones, que sí gozan de oponibilidad. Asimismo, existen, al menos de forma regular, tres modalidades de *dispute boards*¹⁵:

1. *Dispute Review Board*.- Son paneles técnicos especializados que solo pueden emitir una recomendación sobre las desavenencias que surgen entre las partes.
2. *Dispute Adjudication Board*.- Son paneles técnicos especializados que pueden emitir decisiones de carácter vinculante y obligatorio cumplimiento para las partes, desde el momento que les son formalmente notificadas.
3. *Combined Dispute Board*.- Este panel es una combinación de los anteriores porque puede emitir recomendaciones; así como, también puede emitir una decisión sobre las desavenencias surgidas entre las partes.

Para clarificar el tema respecto del rol que desempeña los *Dispute Boards* a comparación de los otros Mecanismos de Solución de Controversia en los cuales interviene un tercero que resuelve la controversia (se comparará con el Arbitraje y la Conciliación); se precisará las diferencias obje-

tivas en el siguiente cuadro¹⁶ comparativo. Veamos la Tabla 2.

C. ¿Cuál es la procedencia de los *Dispute Boards*?

Los orígenes de los *Dispute Boards* se remontan al contexto de la Segunda Guerra Mundial, donde los contratos de obra se volvieron más complejos, en función del surgimiento de nuevas variables, v.g., la necesidad de evaluación de los impactos ambientales. En dicha época, se notó un desgaste en algunas prácticas tradicionales de solución de controversias marcadas por el desequilibrio y por la parcialidad. Fue entonces que la industria de la construcción pasó a buscar formas más sensibles de composición de conflictos para los contratos de obra¹⁷.

En un primer momento, la figura del *Engineer –professional* o empresa contratada por el dueño de la obra para acompañamiento técnico y gerencia de la implantación– fue, y continúa siendo, utilizada para la solución de las controversias. La práctica, sin embargo, luego fue blanco de cuestionamientos, por la posible falta de imparcialidad y de exención que el método permite.¹⁸

En tal escenario, el Arbitraje –la técnica alternativa de solución de controversias más difundida en la actualidad– fue adoptado. Años después, el turno fue para los *Dispute Boards*. En 1975, el procedimiento de *Dispute Boards* fue utilizado experimentalmente para acompañar la ejecución del grandioso proyecto de construcción de la segunda

Tabla 2

Diferencias entre los <i>Dispute Boards</i> respecto de la Conciliación y el Arbitraje			
	Conciliación	Arbitraje	<i>Dispute Boards</i>
Tercero que resuelve la controversia	Conciliador	Árbitro o Tribunal Arbitral	Adjudicadores
Naturaleza de su participación	El conciliador debe proponer una fórmula conciliatoria.	El árbitro o Tribunal Arbitral Está facultado por acuerdo de las partes, para poner fin a la controversia.	El Paneles conformado por profesionales especializados pueden emitir recomendaciones, que no son vinculantes para las partes, y decisiones, que sí gozan de oponibilidad.
Tipo de mecanismo	Autocompositivo	Heterocompositivo	Heterocompositivo
Oportunidad en la que se activa el mecanismo	Después de que surge la controversia	Después de que surge la controversia	El Panel de expertos actúa de forma permanente desde el inicio de la obra hasta la recepción de la misma,

¹³ Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas del CARC: Artículo I y II del Título Preliminar.

¹⁴ Otros reglamentos revisados a propósito de la elaboración del presente artículo son los que han sido confeccionados por la Cámara de Comercio Internacional. EN: Reglamento relativo a los *Dispute Boards*. Cámara de Comercio Internacional.

¹⁵ ESCOBAR, Andrea. "Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura". Tesis para optar el grado de Magíster con Mención de Derecho Procesal. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Escuela de Posgrado. 2014 p. 26.

¹⁶ Fuente: Elaboración propia.

¹⁷ ESCOBAR, Andrea. Ób. cit. p. 102.

¹⁸ ESCOBAR, Andrea. Ób cit. pp. 102-103

perforación del *Eisenhower Tunnel*, en el Estado de Colorado, con absoluto éxito. Y a partir de entonces, el método vino ganando alguna relevancia, con la utilización en algunos proyectos, sobre todo en Estados Unidos.

A finales de 1980, con el mayor desarrollo del estudio de análisis de riesgos, las disputas de contratos pasaron a ser vistas bajo un prisma más amplio lo que contribuyó a una mayor penetración de esa técnica. Los propietarios pasaron entonces a comprender que la no solución o la dilación de la solución de disputas surgidas en la implantación de un emprendimiento acababan por encarecer el costo final de las obras.

D. Finalidad de los *Dispute Boards*

Es un mecanismo pre arbitral, que se adecua a la naturaleza conflictiva de la situación, por lo que cumple una función preventiva del conflicto y a su vez, una labor expeditiva en su solución.

Según Gray Chicchón y Bravo Venegas, citando a Laorden¹⁹, una de las razones por las cuales se suele justificar la existencia de los *Dispute Boards* es que este mecanismo, a diferencia del arbitraje, está adecuado en función a la naturaleza que acompaña a la ejecución de una obra. Esto es, resulta ser un mecanismo que se adecúa a las exigencias naturales de conflictividad y de reclamación durante la etapa constructiva, según los autores

Por su parte, Huartado²⁰ menciona que la Junta de Resolución de Disputas es la persona o el conjunto de personas que, en virtud al acuerdo de las partes originado en el contrato de obra, a fin de evitar o resolver las controversias entre las partes, tiene la competencia para pronunciarse respecto a diversos aspectos sobre la ejecución de la obra.

De esta manera; por ejemplo, son pocos (por no decir ninguno) los proyectos de construcción que se ejecutan conforme a lo planificado, siendo sus

variaciones técnicas una práctica habitual. Si el constructor tiene derecho a pagos adicionales por cambios durante la ejecución de la obra es usual que ello sea motivo de conflictos que tensionan la relación entre el contratante y el contratista.

Sobre este particular, Michel afirma que llevar un proyecto de infraestructura a su fin involucra un rango muy amplio de actores, desde mandantes, contratistas, subcontratistas, etc. Estos profesionales conforman “equipos multidisciplinares, en el que cada miembro tiene sus propios intereses y puntos de vista. Del mismo, otro factor que contribuye a la complejidad de los proyectos de construcción es el proceso constructivo en sí mismo en la medida que este proceso se ha visto recargado de una serie de requisitos provenientes de otros ámbitos y disciplinas, tales como de la regulación medio ambiental, del Estado, grupos de interés y sectores sociales vulnerables²¹.

La complejidad antes descrita ha llevado a los expertos a categorizar las principales causas y factores que generan conflictos en los proyectos de infraestructura. Algunas de las causas están representadas por las variaciones en el alcance del contrato, interpretación del contrato, entregas y condiciones de áreas, problemas de información, condiciones de acceso a la faena, problemas con la ingeniería, etc²².

En ese sentido, las ventajas que ofrecen los *Dispute Boards* sobre las otras formas de MARC son las comentadas por Figueroa Valdés²³. Para el autor, las ventajas ofrecidas son:

1. Inmediatez.- Se refiere al conocimiento que tienen los paneles de las contingencias y ocurrencias de los proyectos de construcción. El hecho que estos paneles acompañen la ejecución de la obra desde su inicio, posibilita que los técnicos tengan acceso a información fidedigna, directa y en tiempo real²⁴. A diferencia de lo que ocurre con el ar-

¹⁹ GRAY CHICCHÓN, Jaime y BRAVO VENEGAS, Jonnathan. “La Fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: A propósito de los Dispute Boards”. En: *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* 23. 2014. pp. 33-34. Citando a: Laorden Mengual, Pablo. “Los Procedimientos Alternativos de Resolución de Controversias en la Ingeniería y la Construcción. El nacimiento y auge de las Dispute Boards en los Proyectos Internacionales”. *Revista de Contratación Internacional*. pp. 40.

²⁰ HUARTADO, J. M. “De la Conciliación Decisoria a la Junta de Resolución de Disputas”. En: *Derecho & Sociedad* 44. 2013. p 207.

²¹ MICHEL, H. “The next 25 years: the future of the construction industry”. En: *Journal of management and engineering* 14. 1998. pp. 26-31.

²² DAWSON, Waldron. “Scope for improvement: a survey of the pressure points in Australian Construction and Infrastructure Projects”. En: *Australian Constructor Association*. Sydney: ACA. 2006. pp. 50 y siguientes.

²³ FIGUEROA, J.E. “Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción”. En: *Gaceta Jurídica Santiago de Chile* 364. 2015. pp. 14 y siguientes.

²⁴ PAREDES, Gustavo. “Dispute Boards y Arbitraje en construcción: ¿Compiten o se complementan? En: *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos* 23. 2014. p. 148-149.

- bitraje, pues los árbitros, normalmente, solo pueden realizar una visita de inspección.
2. Celeridad.- Los tiempos que se manejan en los *Dispute Boards* son más reducidos. Comúnmente, el periodo de tiempo utilizado no supera los noventa días. Esto evita que la controversia se extienda demasiado en el tiempo por paralizaciones o suspensiones de las obras, y ocasione perjuicios a las partes²⁵.
 3. Reducción de costos.- Los costos en los que incurren los reclamantes en un proceso judicial ordinario son altísimos. No solo en lo que se refiere al costo de oportunidad sino que a ello se agrega el costo económico. Estos costos de transacción, en el *Dispute Boards*, son menores, dado que la controversia se resuelve en menor tiempo y a menor costo²⁶.
 4. Continuidad de la ejecución de la obra.- Ha sido mencionado que gracias a la acción celeré de los *Dispute Boards*, las obras no se ven afectadas por paralizaciones o suspensiones.
 5. Conformación calificada del panel.- Los paneles son conformados por expertos, quienes, desde una perspectiva imparcial y objetiva, aportan una solución técnica a las partes²⁷.
 6. Prevención de conflictos.- Al resolverse las controversias en estas condiciones se evitan problemas entre los participantes, que no necesitan discutir sobre lo mismo cada mes²⁸.
 7. Transparencia.- La conformación de los paneles por especialistas dotan de confianza y garantía a las decisiones que emiten.

III. LA APLICACIÓN Y EL TRATAMIENTO LEGAL DE LOS *DISPUTE BOARDS* EN EL PERÚ: A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 23º DE LA LEY

A. La aplicación de los *Dispute Boards* en el Perú en proyectos de Asociación Público Privada

Con la publicación de la Ley 30114 –Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2014 que modificó el Numeral 6 del Artículo 9²⁹ del Decreto Legislativo 1012– Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, se autorizó a las partes el uso de las Juntas de Resolución de Disputas a fin de que éstas puedan resolver aquellas controversias surgidas durante la ejecución de un proyecto de Asociación Público Privada (en adelante, APP).

Transcurridos aproximadamente dos años desde aquella modificatoria, el Decreto Legislativo 1012 fue derogado y sustituido por el vigente Decreto Legislativo 1224 - Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privada y Proyectos en Activos³⁰ que revalidó el uso de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de controversias a través de su Artículo 23:

Artículo 23.- “Solución de controversias

[...] 23.2 De igual modo las partes pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas conforme a lo dispuesto en los contratos, **siendo su decisión vinculante para las partes, lo cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje**”. [El énfasis es nuestro].

Esta disposición fue complementada por medio del Artículo 79 del Decreto Supremo 410-2015-EF

²⁵ PAREDES, Gustavo. Ób. cit. pp. 149-150.

²⁶ Ibídem.

²⁷ Ibídem.

²⁸ Ibídem.

²⁹ Artículo 9.- “Marco Institucional para la provisión de infraestructura, servicios públicos, y/o prestación de servicios vinculados a éstos que requieran brindar el Estado, así como para desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

[...]

De igual modo, en los contratos a suscribirse, podrá considerarse en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional, que las partes puedan someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, a solicitud de cualquiera de ellas, la cual estará conformada por uno (1) o tres (3) expertos que serán designados por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La Junta de Resolución de Disputas emitirá una decisión vinculante para las partes, la cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje [...].”

³⁰ El Decreto Legislativo 1224 entró en vigencia con la publicación del Decreto Supremo 410-2015-EF – Reglamento del Decreto Legislativo 1224.

– Reglamento del Decreto Legislativo 1224 [en adelante, el Reglamento] que prescribió lo siguiente:

Artículo 79.- “Junta de Resolución de Disputas

79.1 En los contratos de Asociación Público Privada con un Costo Total de Inversión mayor a ochenta mil (80 000) UIT puede establecerse que las controversias sean sometidas a una Junta de Resolución de Disputas.

79.2 En la etapa de Trato Directo, a solicitud de cualquiera de las partes, pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, que emite una decisión de carácter vinculante y ejecutable, **sin perjuicio de la facultad de recurrir al arbitraje, salvo pacto distinto entre las partes. En caso se recurra al arbitraje, la decisión adoptada es considerada como un antecedente en la vía arbitral.**

[...] 79.3 Conforme lo establezca el contrato, la Junta de Resolución de Disputas puede constituirse desde el inicio de la ejecución contractual, con el fin de desarrollar adicionalmente funciones de absolución de consultas y emisión de recomendaciones respecto a temas y/o cuestiones solicitadas por las partes del contrato [...]” [El énfasis es nuestro].

B. Aceptación de los *Dispute Boards* para los proyectos de APP

A pesar de que la Ley contempla este mecanismo, los inversionistas aún prefieren optar por otros mecanismos de resolución de controversias. Sospechamos que esta situación se debe a que los *stakeholders* aún no tienen el suficiente conocimiento de los beneficios que ofrece esta figura. Aunque también existe la posibilidad de que concurren algunos impedimentos que dificultan su aplicación.

Sobre lo último, Roberto Hernández³¹ ensaya una explicación. Según su visión, los *Dispute Boards* aún no se pueden adaptar a los contratos públicos debido a los ambientes sumamente administrativos y fiscalizados como los que vivimos en Latinoamérica; no obstante, augura que esta situación puede superarse si es que se emprenden las reformas necesarias.

¿Cuáles son las reformas que podrían emprenderse? A manera de recomendación, propone que

los *Dispute Boards* sean reconocidos mas no regulados ni burocratizados³². Para que esto funcione, también depende mucho de los funcionarios públicos que gestionan el proyecto con los inversores particulares. Normalmente, cuando acaece una controversia, los funcionarios prefieren acudir a un Arbitraje en la medida que prefieren que un tercero tome la decisión por temor a que reciban una sanción, penal o administrativa, cuando sean fiscalizados por las oficinas de control interno.

Debe comprenderse que la implementación de este mecanismo no implica la eliminación de los tribunales judiciales o arbitrales, por lo que es necesario que los órganos de control modifiquen sus criterios de evaluación para evitar que se insista en el hecho de que la Administración Pública debe “luchar hasta el final, aun sabiendo que el caso está perdido”, ya que ello, además de atentar contra la lógica, definitivamente pervierte y vicia la posibilidad de solucionar las controversias en forma oportuna y efectiva³³.

Para solucionar ese aspecto, debe existir una amplia capacitación y entrenamiento de las dependencias de la Administración Pública, así como, órganos de control.

De manera añadida, Hernández considera que deben crearse centros de capacitación de adjudicatarios que además de capacidades técnicas y legales, sean entrenados para actuar con alta integridad y responsabilidad, so pena de ser sancionados severamente por su falta de ética.

C. El régimen jurídico de las Juntas de Resolución de Disputas a propósito de los dispuestos en la Ley y su Reglamento

En el primer acápite del presente capítulo glosamos la disposición legal que regula todos los aspectos que involucran el uso y la aplicación de los *Dispute Boards* para proyectos de APP. También hicimos la misma tarea para el caso de la disposición reglamentaria que complementa lo expresado en la Ley.

El hecho que exista un régimen jurídico nos posibilita analizar el enfoque que, desde la Administración Pública, se le pretende otorgar a este mecanismo. Por ello, consideramos conveniente exponer las principales características de este régimen:

³¹ HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto. “Dispute Boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinantes medio de solución de controversias”. En: *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* 23. 2014. pp. 33 y siguientes.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

1. Se reconoce legal y reglamentariamente la existencia y uso de las Juntas de Resolución de Disputas como mecanismo alternativo de solución para aquellas controversias surgidas durante la ejecución de un proyecto de APP.
2. A diferencia del Arbitraje, la Ley no impone el uso de los *Dispute Boards* a los inversionistas. Por el contrario, solo les da la posibilidad de recurrir a su uso siempre que las partes lo acuerden contractualmente.
3. El tipo de Junta de Resolución de Disputas que escoge la Ley es el *Dispute Adjudication Board*, toda vez que solo esta modalidad puede emitir decisiones vinculantes a las partes. A través del Reglamento se adiciona el uso de otro tipo de Junta de Resolución de Disputas: los *Dispute Review Board*.
4. Las decisiones vinculantes que hayan sido emitidas por los paneles técnicos podrán ser revisadas en la vía arbitral cuando así sea resuelto por las partes celebrantes del contrato de APP.
5. No existe una referencia normativa sobre el tipo de Arbitraje que, hipotéticamente, podrá revisar la decisión de las Juntas. Ante este vacío, asumimos que la Ley no tendría preferencia entre una Arbitraje de Derecho o de Consciencia.
6. En la vía arbitral se podrá revisar el fondo de la controversia. Además, la decisión emitida por la Junta de Resolución de Disputas solo será tomada en cuenta como un antecedente al conflicto. Por lo que la decisión solo tendrá un valor referencial en la vía arbitral, ya que, ni siquiera podrá constituirse como medio probatorio.
7. Por último, se deja al libre acuerdo de las partes, la instauración de los procedimientos de las Juntas de Resolución de Disputas, tanto en sus plazos como su carácter vinculante.

IV. LA IMPUGNABILIDAD DE LAS DECISIONES DE LOS *DISPUTE BOARDS* EN LA VÍA ARBITRAL

La institución de la impugnación es un derecho o garantía constitucional que cautela a las personas que están inmersas en un proceso jurisdiccional. Al respecto, el profesor Hinostraza Minguez indica

que la impugnación “implica la fiscalización de la regularidad de los actos del proceso, sobre todo aquellos concernientes al órgano jurisdiccional, representando a través de las correspondientes resoluciones. Presupone el control de la actividad judicial encaminado a corregir los actos irregulares o inválidos derivados de ella”³⁴.

De modo tal que la impugnación “reposa en el derecho vulnerado con acto viciado, el cual se pretende sea restablecido mediante el perfeccionamiento del acto impugnado que pueda alcanzar de esa manera su finalidad”. Esto nos lleva a colegir que la finalidad de la impugnación, como bien expresa Osvaldo Gozaíni, es perseguir que aquel acto resolutorio se corrija, revoque o reconsidere, ya que, la impugnación tiende a corregir la fiabilidad del juzgador y con ello lograr la eficacia del acto jurisdiccional³⁵.

No obstante, esta garantía se encuentra matizada en los mecanismos de solución de controversias, entre otras razones, por criterios de temporalidad y celeridad. Sin embargo, ello no implica, bajo ningún supuesto, que los individuos que sometan sus controversias a cualquier de estos mecanismos se encuentren desprovistas de protección procesal. Gracias a la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales, la justicia impartida por los particulares también debe respetar los principios constitucionales del Debido Proceso.

Justamente en la línea, el Artículo 23 de la Ley les concede a las partes contractuales la facultad de impugnar las decisiones determinadas por los *Dispute Boards*. ¿Por qué se permite esta opción? Consideramos que dicha facultad fue establecida bajo el convencimiento de que la Ley no puede desproteger los derechos subjetivos de las partes ante un escenario en el que tales derechos son vulnerados a causa de una decisión arbitraria o irrazonable.

¿Es recomendable que las partes impugnen estas decisiones? Si partimos de la idea de que las decisiones elaboradas por los paneles se sustentan en argumentos técnicos y objetivos y que, durante el proceso de formulación, los expertos estructuran su análisis en función a la información disponible —que en su caso es abundante y directa— y en los hechos certeros que lograron advertir, no hallamos la necesidad de objetar dichas decisiones. Por el contrario, su sola descripción nos indica que las decisiones diseñadas por los *Dispute Boards* son en sí mismo suficientes para poner fin a una controversia.

³⁴ HINOSTROZA, Alberto. “Medios Impugnatorios en el Proceso Civil”. Lima: Gaceta Jurídica. 1999. pp. 13.

³⁵ GOZAINI, Osvaldo. “Derecho Procesal Civil I”. Tomo I. Número 2. Buenos Aires: Ediar. 1992. pp. 733-734.

Habida cuenta que estas decisiones expresan suficiencia, queremos expresar que no requieren ser revisadas en la vía arbitral a menos que se presenten supuestos que ameriten su impugnación; vale decir, siempre que no se presenten situaciones anómalas que lesionen los derechos subjetivos de las partes, estas decisiones deben permanecer inalterables.

A título ilustrativo, se encuentra el siguiente caso ficticio. Veamos:

El Estado celebra con el inversionista "A" un contrato de APP para la construcción de un aeropuerto internacional en la ciudad del Cusco. Luego del inicio del proyecto, surgen discrepancias entre las partes relativas a los hitos o fases de construcción. Se decide acudir a un *Dispute Board* para que dirima y postule una solución que será vinculante para las partes. Luego de presentada la decisión final, el inversionista "A" no se encuentra satisfecho con la disposición formulada, por lo que, decide impugnar la decisión ante un tribunal arbitral. Producto de su elección, la obra se paraliza desde el inicio del proceso arbitral hasta la emisión del laudo. Finalmente, el tribunal arbitral emite un laudo que le concede la razón al Estado, por lo que, el inversionista "A" deberá acatar la misma decisión que fue emitida por la Junta de Resolución de Disputas.

¿Cuál fue el impacto? ¿Fue negativo o positivo? De acuerdo al ejemplo planteado, hubo un efecto contraproducente, ya que, la obra tuvo que paralizarse mientras se esperaba la resolución del arbitraje.

En efecto, tal como señala Gunasawa, el Arbitraje interviene solo una vez que la disputa ha surgido. Por eso, mientras este mecanismo está operando, la confianza entre las partes está ya probablemente destruida, afectándose no solo el buen término del proyecto, sino además el trabajo y la relación futura entre las partes involucradas en la disputa³⁶.

¿Qué podemos deducir de todo este asunto? Parafraseando a Lew, diremos que, si las partes decidieron libremente someterse a una Junta de Resolución de Disputas, es lógico pensar que deseen excluir también a los otros medios de solución de controversia³⁷.

En efecto, la lógica nos invita a pensar que las partes, en uso de su discrecionalidad, eligieron un

método para resolver sus controversias, por lo que discriminaron las otras existentes. La decisión que tomen las partes de cara a elegir un mecanismo que pueda resolver sus conflictos de forma eficiente debe ser producto de un análisis de costos y beneficios, mediante el cual las partes puedan obtener una solución óptima y a un costo mínimo.

Ahora bien, ¿era necesario impugnar la decisión? Al menos en este caso no fue necesario, porque el tribunal resolvió en el mismo sentido que la Junta de Resolución de Disputas. De ahí que lo único que se consiguió fue que el proyecto sufra un retraso innecesario e injustificado.

Tampoco resulta lógico que se opte por una opción en la cual no se confía plenamente. Tratándose de proyectos de inversión de gran magnitud, nos resulta coherente que el deseo de las partes sea resolver su discrepancia en el menor tiempo y al menor costo posible. De ningún modo, desearán dilatar innecesariamente el conflicto porque ello supondría pérdidas económicas para ambas partes.

Llegado a este punto del análisis, ¿resulta recomendable que las partes posean la facultad de impugnar las decisiones vinculantes de las Juntas de Resolución de Disputas? En principio, hemos advertido que no es necesario hacerlo. No obstante, también somos conscientes que se pueden generar situaciones que sí ameritarían una revisión por parte de un tercero imparcial.

En síntesis, la impugnación estará reservada, según nuestra opinión, para los supuestos en los que las decisiones vulneren los derechos subjetivos y procesales de las partes.

V. ESCENARIOS Y SITUACIONES A ENFRENTAR: ¿QUÉ DECIDIR?

A. ¿Por qué no es necesario impugnar?

Las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas se sustentan en el conocimiento empírico y la información técnica que recaban del seguimiento continuo y permanente de la ejecución del proyecto. Esta característica aporta un criterio que diferencia a los *Dispute Boards* de los otros mecanismos de solución de controversias. Gracias al acompañamiento continuo que realizan desde el inicio del proyecto, los paneles técnicos logran acceder a información de primera mano sobre los

³⁶ GUNASAWA, A. "The scope for the use of dispute review board for resolving construction disputes in Asean countries". En: <http://www.irbnet.de/daten/iconda/CIB14506.pdf>

³⁷ LEW, J.M. "Chapter 25: Challenges to Award". En: *Comparative International Commercial Arbitration*. Nueva York: Kluwer Law International. 2003. p. 684.

avances y problemas que acontecen durante el desarrollo del proyecto.

Cabe mencionar que estos paneles fueron concebidos no solo como un medio para poner fin a una controversia sino como uno que evite llegar a ese extremo. Con ello se quiere indicar que las Juntas tienen como primer objetivo evitar que se genere el efecto que hemos acuñado como bola de nieve. ¿En qué consiste este efecto? En la medida que no se dé una solución temprana a la controversia, con el paso del tiempo, ésta adquiere mayor dimensionamiento. Y, desafortunadamente, para el análisis de eficiencia en la solución de conflictos la premisa básica obedece a la siguiente lógica: a mayor tiempo en la solución de la disputa, mayor será el costo³⁸.

En efecto, esta lógica basa su fundamento en la idea que las partes son racionales y, por ende, tienen decisiones racionales. En la medida que eso sea así, se podrá optar por una opción que genere menos costos y produzca más beneficios. Para ello, las partes no deben incurrir en demasiados costos de transacción, ya que, ello supondría que la solución sería más costosa que mantener el conflicto.

En ese sentido, Ronald Coase³⁹ postula que los sujetos en el entendido que son seres racionales deben procurar adoptar decisiones racionales fundadas en términos de eficiencia, de manera que, en primer lugar, los sujetos deben resolver sus conflictos a través de acuerdos directos. En caso suceda esto, podrán acudir a un tercero que dirima sobre su controversia. Solo en casos en los que las propuestas no satisfagan a las partes, el Estado podrá intervenir mediante imposición de reglas y conductas normativas.

Sin embargo, debido al mecanismo escalonado que propone la Ley en el que los *Dispute Board* están configurados como un requisito de arbitrabilidad, los costos de transacción podrían elevarse si las partes optan por impugnar las decisiones de los primeros. ¿De qué manera los costos de transacción podrían elevarse? Como advierte Coase, las partes deben procurara buscar una salida a sus problemas sin la necesidad de incurrir en demasiados costos de transacción.

Cuando las partes impugnan un acto resolutorio de un panel técnico están incrementando sus costos de transacción, ya que, el solo hecho por que se estaría incurriendo en un sobre costo para hallar una solución.

Podríamos graficarlo de la siguiente manera, partiendo de la idea que y es el beneficio óptimo⁴⁰:

Transacción	Costo	Beneficio
1. Solución directa	X	$Y - X$
2. <i>Dispute Board</i>	$X + 1$	$Y - (X + 1)$
3. Arbitraje	$X + 2$	$Y - (X + 2)$

A la respuesta que se plantea en el título del apartado, respondemos lo siguiente:

A medida que utilicemos más mecanismos de solución (transacciones) más costosa será la solución que obtengamos y menos beneficios podremos sonsacar. La teoría de los rendimientos⁴¹ decrecientes, justamente, explica este fenómeno indicando que mientras más etapas de supervisión o control se instalen, llegará a un punto que el rendimiento empezará a reducirse y volverse ineficiente. Lo mismo ocurre con el mecanismo escalonado que propone la Ley, ya que, mientras más controles le impongan a la decisión de la Junta, más costos y deficiente serán.

B. ¿Qué otras ventajas ofrecen los *Dispute Boards*?

Los *Dispute Boards* también ejercitan funciones de gestión de conflictos, ya que, son unos mecanismos de respuesta inmediata y celeridad, lo que lo diferencia ampliamente del Arbitraje. En términos de eficiencia, resulta más adecuado afrontar el conflicto —cuando no sea posible evitarlo— en etapas más tempranas, que resolverlo a la conclusión o funcionamiento de la obra⁴².

Al respecto, Robert Hunt⁴³ señala lo siguiente:

“The DRB [Dispute Resolution Board] process is aimed at dispute avoidance or dispute minimization, rather than dispute resolution. The advantages can be summed up in the old adage that prevention is better than cure.

³⁸ PAREDES, Gustavo. “Dispute Boards y Arbitraje en construcción: ¿Compiten o se complementan?”. En: *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos* 23. 2014. pp. 144-145.

³⁹ COASE, Ronald. “The problem of the social coast”. En: *Chicago: Journal of Law and Economic* 3. pp. 44.

⁴⁰ Fuente: Elaboración propia.

⁴¹ POSNER, Richard. “El análisis económico del Derecho”. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2000. pp. 145 y siguientes.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ HUNT, Robert. “Dispute Resolution Board”. Australia: Institute of arbitrators and mediators Australia. 2002. p. 3.

It is a truism that the time and cost involved in resolving disputes on modern construction projects is substantial. The sense of frustration can be exacerbated when further time and cost is spent on arguments between disputants about form and forum.

Traditional methods of the disputes on large construction projects range from adjudicative processes in which a determination is made by a third party (eg. Litigation, arbitration and expert determination) to consensual processes in which a neutral third party assist the parties in reaching a resolution which is agreed rather than imposed (eg. Mediation, conciliation, facilitation, expert appraisal). All these methods have achieved varying degrees of success over time”.

Otro factor a tener en cuenta es el temporal. A diferencia de los arbitrajes, los *Dispute Boards* requieren una menor cantidad de tiempo para emitir una decisión. Si revisamos los reglamentos de Juntas de Resolución de Disputas Institucionales, notaremos que las decisiones son emitidas en un rango de tiempo que no supera los noventa días. Esto supone una ventaja para las partes, puesto que podrán obtener una solución adecuada y en un tiempo breve. Ello evitará que los proyectos de APP se dilaten y suspendan por periodos largos de tiempo.

En la línea de lo antes mencionado, Humberto Poddetti⁴⁴ afirma que:

“[L]as divergencias nacidas durante la ejecución del contrato tienen su mejor entorno para ser resueltas durante la vida del mismo contrato que las originó. No hay razón alguna para que ello no sea posible, como sea voluntad de una de las partes de no resolverla o la lentitud del árbitro o juez designados por las partes. Y ambos son elementos que las partes pueden evitar si programan cuidadosamente durante el periodo de gestión del contrato, el procedimiento adecuado, no solo en cuanto a privilegiar el acuerdo recíproco y cuándo él no puede alcanzarse, la ecuanimidad de un tercero, sino también en colocar como condición ineludible, el tiempo de resolución congruente con los plazos de vida del contrato”.

Llegado a este punto, cabe resumir los argumentos hasta aquí expuestos. En aras de ser lo más explícito posible, hemos sintetizado algunas conclusiones parciales:

1. La inversión de tiempo para resolver una controversia se incrementará, debido a

que, al plazo inicial que requerirá el *Dispute Boards* se le deberá agregar el que utilice la vía arbitral. Es decir, habrá un aumento en los costos de oportunidad.

2. En términos cualitativos, la información con la que cuenten los *Dispute Boards* y la vía arbitral no será la misma. Por un lado, los técnicos de los *Dispute Boards* tienen el beneficio de acompañar el proyecto desde su inicio, es decir, tiene conocimiento absoluto de las contingencias que hayan surgido durante la existencia de un proyecto. A diferencia de la vía arbitral, donde los árbitros solo cuentan con una oportunidad de realizar una inspección.
3. Las decisiones que se formulen provienen de un proceso de elucubración concebido por técnicos especializados en la materia. Por ende, el contenido de la decisión estará sustentada en base a criterios técnicos de ingeniería, economía, entre otros. De tal modo, ante una controversia técnica, el *Dispute Boards* ofrece una solución especializada.

C. Ante situaciones excepcionales, medidas excepcionales

Reza un antiguo y conocido proverbio que toda regla tiene excepciones. Si bien hemos afirmado que no es necesario que las decisiones sean revisadas, también expusimos que existen supuestos, donde esta regla puede ser exceptuada.

Con ello no queremos decir que se instaurará un *numerus apertus* de excepciones. Por el contrario, defendemos la idea de que solo se puede exceptuar la regla cuando nos enfrentemos a decisiones que hayan vulnerado principios y garantías del Debido Proceso.

Las personas tienen derechos y garantías que las cautelan de cualquier tipo de abuso y/o potencial perjuicio, ya sea, si este es ocasionado por la Administración Pública o por un particular. Esta protección encuentra asidero en lo que la doctrina especializada denomina como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la cual dicta que los derechos deben ser respetados no solo por el Estado sino también por los particulares.

Al respecto, Robert Alexy⁴⁵ afirma lo expuesto haciendo uso de la siguiente fórmula:

⁴⁴ PODETTI, Humberto. “Contrato de Construcción”. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2004. p. 422.

⁴⁵ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. pp. 509.

“Si a tiene frente al Estado (e) un derecho a G (RaeG), entonces e tiene frente a a un deber con respecto a G (OeaG)”.

Al respecto, José Anzures Gurría señala que:

“[E]l efecto de expansión de los derechos fundamentales significa que las potestades fundamentales en tanto normas objetivas de principio influyen amplia y materialmente en todas las esferas del sistema jurídico, por tanto, son normas que no se limitan a regular la relación inmediata Estado-ciudadano, sino que rigen con validez universal, en todas direcciones; aún más, su contenido jurídico fundamental impone parámetros al Estado y a la sociedad en su conjunto”⁴⁶.

En otras palabras, el reconocimiento de los derechos como valores objetivos impone a la Administración Pública mandatos y obligaciones de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución, ya sean públicos o privados⁴⁷.

Sin intención de redundar sobre el tema, los *Dispute Boards* son mecanismos que se encuentran conformados por una terna de expertos, quienes, luego de una evaluación concienzuda y profunda de los hechos, emiten una decisión a veces vinculante para las partes. Bajo esa perspectiva, las decisiones deberán presentar una línea argumentativa que evidencie una congruencia entre las razones y la conclusión a la que se arribó. Así, se requerirá que la decisión se encuentre cabalmente motivada.

¿Qué sucede si la decisión carece de motivación? Una decisión que aqueja motivación indebida representaría una vulneración a las garantías y derechos de alguna de las partes. Por eso, la motivación es un derecho que tiene revestimiento constitucional en la medida que obliga a las entidades, ya sean públicas o privadas, a formarse convicción a partir de elementos objetivos y racionales, los cuales se reflejarán en la parte resolutoria de sus decisiones mediante vínculos lógico-jurídicos.

Sobre el particular, Fernando Cantuarias y José Repetto señalan que existen numerosas formas de vulnerar el derecho a la debida Motivación, sien las más comunes la no motivación y la llamada motivación aparente, en el sentido que se da cuenta

de las razones mínimas que sustentan la decisión, y porque solo se intenta dar cumplimiento formal al mandato amparándose en frases sin sustento fáctico o jurídico, es decir, hay motivación pero no sirve⁴⁸. De modo tal que por incongruencia, insuficiencia, deficiencia o inexistencia de motivación, aquellas decisiones que se vean afectadas por estas patologías jurídicas merecerán ser revisadas ante un tribunal arbitral.

En esa misma línea, Ana María Arrate afirma que se estará “ante una motivación racional cuando el itinerario mental seguido por el juzgador para llegar a las conclusiones que configuran su fallo, se respete la corrección en la aplicación de reglas estrictamente lógicas. Así, por ejemplo, será imprescindible que el razonamiento respete los principios lógicos clásicos (identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente), y que arribe a una decisión que sea consecuencia necesaria de las premisas planteadas”⁴⁹.

Cabe mencionar que si bien el principio de motivación se aplica en los procesos jurisdiccionales, también este principio representa una barrera que detiene y combate los actos de arbitrariedad proveniente no solo de los fueros jurisdiccionales o arbitrales sino también de las actuaciones realizadas por particulares.

Este es el supuesto que exceptúa la regla en tanto la vulneración manifiesta por falta de motivación atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser afectado ilícitamente por una decisión ajena producto de, en este caso, una instancia de resolución de controversia particular.

Ahora bien, ¿hay diferencia entre los supuestos de motivación insuficiente, incongruente, deficiente o inexistente? En caso así sea, ¿cómo se diferencian las unas de las otras? Empecemos por la motivación inexistente. Como su título anticipa, la motivación inexistente se configura cuando no existe atisbo alguno de motivación o, lo que es lo mismo, es una decisión arbitraria basada en criterios unilaterales y subjetivos. Tal como menciona el Tribunal Constitucional:

“[L]a inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el dere-

⁴⁶ ANZURRES, José. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 2010. pp. 13.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ CANTUARIAS, Fernando y REPETTO, José. “El nuevo potro indomable: el problemático estándar de motivación de los laudos exigidos por las cortes peruanas”. En: *Ius Et Veritas* 51. 2015. p.34.

⁴⁹ ARRARTE, Ana. “Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 53. 2007. pp. 56.

cho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”⁵⁰.

Por otro lado, estamos ante un caso de motivación incongruente cuando la conclusión a la que arriba un órgano decisor no se condice ni sostiene por los argumentos que la anteceden. Este caso se ilustra de la siguiente forma: si se fundamenta que en el día uno, Juan compra una manzana; que en el día dos, Juan compra otra manzana; y, en el día tres, Juan compre otra manzana; se esperaría una resolución que aproximadamente precise la cantidad de manzanas que Juan compró o los días que demoró Juan en comprar las tres manzanas, pero nunca se admitiría que se concluya que Juan compró un auto. En la línea de lo afirmado, el Tribunal Constitucional menciona que:

“[...] El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) [...] resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan una respuesta razonada, motiva y congruente [...]”⁵¹.

Respecto a la insuficiencia y deficiencia, diremos que es un factor parecido pero no idéntico. Es parecido porque denota la falta de idoneidad de la motivación presentada. Mientras que en la primera no es idónea porque se detecta falta de cantidad, en la segunda no es idónea por la falta de calidad. Tal como expresa el Tribunal Constitucional:

“la motivación insuficiente se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, sólo resultaría relevante desde la perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”⁵².

Por otro lado, “la deficiencia en la motivación, se produce en dos sentidos, interna y externa. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que se ha basado su argumento”⁵³.

Así, se hace notorio que las decisiones deben estar adecuadamente motivadas de tal manera que las partes podrán tener seguridad plena de que sus intereses no se han visto vulnerados por un acto de arbitrariedad. En tal sentido, compartimos la afirmación que expresa Manuel Atienza:

“[...] por decisión jurídica racional hay que considerar aquella que es susceptible de ser justificada racionalmente, justificación que se produciría si y solo si: 1) respeta las reglas de la lógica deductiva; 2) respeta los principios de la racionalidad lógica del punto anterior, exige la presencia de los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) no alude premisas jurídicas vinculantes; 4) no utiliza criterios de tipo ético, político o similares, que no estén previstos específicamente por el ordenamiento”⁵⁴.

D. ¿Qué es lo que se debe revisar? ¿Qué clase de Arbitraje debería seleccionarse?

Lo que se debe revisar, a nuestro criterio, es el aspecto formal (de derecho) de las decisiones. Ya hemos expuesto las razones que demuestran la no necesidad de impugnar las decisiones. Estas razones, en su mayoría, también se interpretan en el sentido de que lo que aquello que no es necesario revisar es el fondo de las decisiones. En sí mismas, las decisiones de los *Dispute Boards* pueden ofrecer una solución razonable y suficiente para las partes. Sin embargo, lo que habilita la revisión es la vulneración de las garantías mínimas de las partes.

Situémonos en el caso en el que una decisión aqueja una incongruencia en su contenido. Claramente, esto configuraría una afectación a las garantías constitucionales de las partes, puesto que, se configuraría un acto de arbitrariedad que devendría en el perjuicio evidente de los involucrados.

Ante una situación similar a la descrita, si sería necesario recurrir a la vía arbitral para que sancione

⁵⁰ Sentencia recaída en el Expediente 08439-2013 -HC/TC del 20 de noviembre de 2014. Fundamento jurídico 10.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ ATIENZA, Manuela. “Sobre lo razonable en el Derecho”. En: Revista Española de Derecho Constitucional 27. 1989. pp. 93-110.

el hecho arbitrario y restablezca el principio de equidad entre las partes. De ello se colige que el aspecto que merece ser revisado por un tribunal arbitral es la forma de la decisión. Y aquí es oportuno resaltar que aquello que será revisable es el aspecto jurídico de la decisión. A diferencia de lo que prescribe la Ley, nuestra posición defiende la vigencia y vinculación de las decisiones.

Ahora bien, falta postular qué tipo de arbitraje será el indicado para revisar. Como el aspecto que será susceptible de recusación es la forma, el Arbitraje debería ser de Derecho. Llegado a este punto podemos preliminarmente colegir lo siguiente:

1. La regla: no es necesario revisar las decisiones, al menos, en lo que respecta al fondo de la discusión. Ha quedado demostrado que los *Dispute Boards* son instrumentos satisfactorios para poner fin a una controversia.
2. La excepción: cuando se presente un supuesto de afectación del principio de motivación, se podrá exceptuar la regla. En este caso, será necesario que la instancia arbitral analice el aspecto formal de la decisión con el fin de que identifique si se produjo algunos de los supuestos que afectan la motivación: incongruencia, inexistencia, insuficiencia, deficiencia.
3. El tipo de arbitraje que vendrá a configurarse en uno de derecho. Sin embargo, la conformación del tribunal, si bien deberá contar con especialistas jurídicos, también deberá complementarse con técnicos quienes deberán evaluar la calidad del contenido de la decisión.

VI. CONCLUSIONES

- Existe una diversidad de medios de solución de conflictos cuyo objetivo es presentar una alternativa efectiva a los medios tradicionales de justicia.
- En ese sentido, los *Dispute Boards* ofrecen a las partes un mecanismo de resolución de controversias eficaz y tecnificado conformada por técnicos especialistas que tienen la ventaja de conocer a profundidad la real dimensión del problema por el seguimiento y la participación permanente que tienen en el proyecto.
- Asimismo, las Juntas de Resolución de Disputas brindan asesoramiento desde el inicio del proyecto con el propósito de que los temas que problemas que acaezcan en el mismo sean resueltos de forma oportuna.

- Otras de las ventajas que ofrecen los *Dispute Boards* residen en la celeridad, la inmediatez, la reducción de costos, la transparencia, la imparcialidad y la eficiencia.
- Es recomendable que las decisiones de los *Dispute Boards* no sean revisados en la vía arbitral, ya que, por sí mismas representan una solución confiable y acertada para las partes. El hecho de impugnar generaría un efecto adverso que solo conseguiría dilatar y encarecer el proyecto.
- Sin embargo, hay factores que podrían viciar el valor de las decisiones. Por ello, solo en los casos en los que se detecte una motivación indebida, esto es, un razonamiento confuso, inexistente, deficiente o insuficiente se ameritará que la decisión sea revisable en la vía arbitral.
- En esta vía solo deberá revisar el aspecto jurídico de la decisión. Los árbitros evaluarán que la decisión refleje un razonamiento completo, lógico y objetivo. En caso se detecte que el contenido de la decisión no presenta una argumentación razonable que se ajuste a derecho, los tribunales arbitrales estarán facultados a declarar la nulidad de dicha decisión.
- Por último, consideramos que el tipo de Arbitraje deberá ser el de Derecho. Mientras que la conformación del tribunal deberá ser mixta en la medida que se requerirá la participación de profesionales que auto complementen sus conocimientos.

Hechas estas conclusiones, finalizamos este artículo, manifestando que la finalidad del mismo ha sido poner en la palestra este asunto de importancia para que pueda ser discutido, analizado y corregido por los especialistas en la materia. 📌

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- ANZURRES, José. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales". En Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 59. 2010.
- ARRARTE, Ana. "Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia". En THĒMIS- Revista de Derecho 53. 2007.
- CANTUARIAS, Fernando y José REPETTO. "El nuevo potro indomable: el problemático estándar de

- motivación de los laudos exigidos por las cortes peruanas". En: *Ius Et Veritas* 51. 2015
- CASTILLO FREYRE, Mario. "Arbitraje. El Juicio Privado: la verdadera reforma de justicia". Lima: Biblioteca de Arbitraje. 2006.
- COASE, Ronald. "The problem of the social cost". En: *Journal of Law and Economic* 3. 1960.
- DAWSON, Waldron. "Scope for improvement: a survey of the pressure points in Australian Construction and Infrastructure Projects". Sydney: Australian Constructor Association. 2006.
- ESCOBAR, Andrea. "Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura". Tesis para optar el grado de Magíster con Mención de Derecho Procesal. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Escuela de Posgrado. 2014.
- FIGUEROA, J.E. "Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción". En: *Gaceta Jurídica Santiago de Chile* 364. 2015
- GARCÍA MONTÚFAR, Juan. "Los medios alternativos de solución de conflictos". En: *Portal Jurídico revista Derecho & Sociedad*. En: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/18/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos/>.
- GRAY CHICCHÓN, Jaime y Jonnathan BRAVO VENEGAS. "La Fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: A propósito de los Dispute Boards" En: *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* 23. 2014.
- GONZÁLES DE COSSIO, Francisco. "Arbitraje". México D.F.: Porrúa. 2004
- GOZAINI, Osvaldo. "Derecho Procesal Civil I". Tomo I. Número 2. Buenos Aires: Ediar. 1992.
- GUNASAWA, A. "The scope for the use of dispute review board for resolving construction disputes in Asean countries". En: <http://www.irb-net.de/daten/iconda/CIB14506.pdf>
- HUARTADO, J.M. "De la Conciliación Decisoria a la Junta de Resolución de Disputas". En: *Derecho & Sociedad* 44. 2015.
- HERNÁNDEZ GARCIA, Roberto. "Dispute Boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias". En: *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* 23. 2014.
- HINOSTROZA, Alberto. "Medios Impugnatorios en el Proceso Civil". Lima: Gaceta Jurídica. 1999.
- HUNT, Robert. "Dispute Resolution Board". Australia: Institute of arbitrators and mediators Australia. 2002.
- LEBERMAN, Jethro y James HENRY. "Lesson from the alternative dispute resolutions movement". En: *University of Chicago Law Review* 53. Chicago: University of Chicago. 1986. <https://doi.org/10.2307/1599646>
- LEW, J.M. "Chapter 25: Challenges to Award". En: *Comparative International Commercial Arbitration*. New York: Kluwer Law International. 2003.
- MICHEL, H. "The next 25 years: the future of the construction industry". En: *Journal of management and engineering* 14. 1998. [https://doi.org/10.1061/\(asce\)0742-597x\(1998\)14:5\(26\)](https://doi.org/10.1061/(asce)0742-597x(1998)14:5(26))
- PAREDES, Gustavo. "Dispute Boards y Arbitraje en construcción: ¿Compiten o se complementan?". En: *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos* 23. 2014.
- POSNER, Richard. "El análisis económico del Derecho". México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2000.
- PODETTI, Humberto. "Contrato de Construcción". Buenos Aires: Editorial Astrea. 2004.
- VAZ, José y Pedro GRAVATÁ NICOLI. "Los Dispute Boards y los Contratos Administrativos: ¿Son los DB's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público?". En: *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* 23. 2014.
- WALD, Arnoldo. "A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards". En: *Revista de Arbitrage e Mediação* 2. Julio-septiembre 2005.

Legislación

Decreto Legislativo 1224

Reglamento del Decreto Legislativo 1224

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 08439-2013-HC/TC del 20 de noviembre de 2014.