

Volumen 51 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Actas del Segundo Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado GICE 2017

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo

QUINTO PANEL: «DISPUTE BOARDS»: EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y REGULACIÓN EN NUESTRO PAÍS

*Gustavo Paredes Carbajal*¹⁴

*Eric Franco Regjo*¹⁵

*Rodrigo Freitas Cabanillas*¹⁶

*Jorge López Fung*¹⁷ (moderador)

JORGE LÓPEZ FUNG: Buenas noches. Muchas gracias al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado de la UPC, muchas gracias al público asistente y también a los panelistas.

¹⁴ Socio de NPG Abogados, especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Pública y Resolución Alternativa de Disputas, magíster en Derecho de Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, profesor de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad del Pacífico. Asimismo, es vice presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción. Cuenta con 20 años de experiencia en la gestión de conflictos en el sector de ingeniería y construcción.

¹⁵ Abogado y árbitro especializado en Derecho de la Construcción. Cuenta con una maestría en Derecho de la Construcción y Resolución de Conflictos. Actualmente, trabaja como gerente legal en LG Energía Perú, una de las empresas de generación de electricidad.

¹⁶ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeña como árbitro y abogado especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Estatal y Solución de Disputas. Asimismo, es coautor del libro *Dispute Boards en los contratos de construcción del Perú*.

¹⁷ Asociado de la firma CMS GRAU, miembro del Equipo de Arbitraje de área de Solución y Prevención de Conflictos. Es abogado egresado y titulado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, especialista en Arbitraje Internacional

Quisiera hacer una pequeña introducción del tema. Es bien novedoso porque, finalmente, a ver, como interpreto yo las cosas, la sociedad no es estática, va avanzando paso a paso y cada vez los requerimientos son más estrictos. Entonces, el gran salto que se dio y, en realidad, creo fue un grito desesperado frente a, de alguna manera, un poco la ineficiencia que había respecto a lo que tiene que ver con la solución de controversias, fue cuando apareció el arbitraje; pero, muchos decían que realmente encontramos un mecanismo de solución de controversias que era bueno. Con el tiempo, se fueron desarrollando algunos principios que poco a poco fueron protegiendo, de alguna manera, al arbitraje como método de solución de controversias, pero finalmente, era un mecanismo de solución que, si pasamos el factor tiempo a dinero, realmente es mucho más barato para las partes, porque tienen un conflicto que lo pueden resolver de 9 meses a un año, pueden elegir a las personas que te van a juzgar y, eso es algo muy importante.

Pero, a veces, sobre todo específicamente en el tema de contrataciones con el Estado, parece no ser suficiente tener un mecanismo de solución como un arbitraje porque, finalmente, el árbitro es alguien a quien, de alguna manera, le cuentas la historia. A veces es importante tener alguien que conozca el negocio en sí y poder solucionar los problemas que pasan en el día a día.

Entonces, sí es bastante saludable un mecanismo de solución de controversias como el *dispute board* porque, de alguna manera, le da esa suerte de dinamismo comercial técnico que debería tener la solución de controversias en el marco de un contrato de obra.

No quiero ahondar más en el tema; he pretendido hacer una pequeña introducción para que los doctores se expliquen al respecto. Primero tenemos al doctor Gustavo Paredes, quien nos va a comentar un poco acerca de cuál es el panorama actual de los *dispute boards*, contexto, utilidad y aplicación internacional y regional.

GUSTAVO PAREDES CARBAJAL: Gracias, buenas noches. Primero quiero agradecer al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado de los alumnos de la Facultad Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas por la invitación para participar en este seminario de actualización, la cual —debo decir— acepté presto y estoy feliz para compartir este panel.

El tema que voy a desarrollar a continuación, está referido a los *dispute boards*, su origen y su actual contexto regulatorio a nivel internacional, regional y local.

Confieso durante estos cinco años, haber preparado más de trescientos diapositivas para hablar de los *dispute boards*, pero dado y respetando el tiempo, solamente me voy a concentrar y resumir en una sola; ésta que ustedes ven en pantalla va a graficar todo lo que voy a contar en diez minutos. Esto que ven en pantalla, es la dualidad de todo lo que existe en el mundo, es el principio y el fin, es el agua y el fuego, es lo cíclico y lo anticiclónico, son las debilidades y las fortalezas, son aquellas fuerzas fundamentalmente opuestas que, a su vez, se complementan; y, si aplicamos la doctrina del yin y el yang al Derecho, también podremos identificar a las fuerzas de conflicto por un lado y, a sus métodos de solución, por el otro.

Mejor aún, si extrapolamos esta doctrina al sector de la construcción, que fue el lugar donde nacen los *dispute boards*, de igual manera identificaremos a dos fuerzas opuestas que a la vez se complementan. Por un lado, tenemos al conflicto y, por otro lado, tenemos al cambio. Y es que, una industria de la construcción perfecta, sin conflictos, además de ser aburrida, sería estática y sin ninguna evolución; las cosas se seguirían haciendo de la misma manera, obteniendo siempre los mismos resultados. Por ello, el conflicto debe dejar de tener una connotación negativa; cuando nos referimos al conflicto evocamos inmediatamente el riesgo, evocamos inmediatamente consecuencias y evocamos también inmediatamente costos; pero, el conflicto tiene también un sentido positivo, el conflicto es fuente

de aprendizaje, el conflicto es fuente de cambio, es fuente de desarrollo creativo, pero también, es fuente de constante innovación.

Y una cuestión naturalmente difícil de compatibilizar en el desarrollo de los proyectos de infraestructura y construcción, es su ejecución con la permanente aplicación práctica del contrato. Casi siempre la dinámica de la ejecución de un proyecto u obra, aquí o en la China, termina desbordando siempre las previsiones contractuales, porque los proyectos son entes vivos, porque los proyectos nacen, se desarrollan y, finalmente, culminan. Quienes tenemos algo de experiencia o especialización en el sector, les podemos decir que siempre o casi siempre, las obras terminan con variaciones, es decir, terminan de una manera distinta a la cual fueron previstas. Por ello, el intento de alinear el proceso constructivo con el contrato, es una tarea no sólo muy ardua, sino también generadora de conflictos y, en una industria naturalmente conflictiva a nivel internacional, los *dispute boards* son expresión del proceso creativo e innovador del sector de gestionar eficientemente sus conflictos y, por ende, sus contratos.

Los *dispute boards* son el intento de la industria de hacer las cosas siempre de manera diferente, y eso significa —y esto es lo más importante— prevenir y, de ser el caso, resolver los reclamos rápidamente en y durante la ejecución de los proyectos.

Veamos, la constante preocupación de la industria de la construcción en este momento, es que el arbitraje no termina de responder completamente a las exigencias de eficiencia en la gestión de los proyectos e igualmente pasa aquí en el Perú. Arbitrajes largos y costosos a nivel internacional obligan, sin duda, al sector, a innovar y crear nuevos métodos de control de reclamos que sean eficientes para la gestión contractual y dejar finalmente al arbitraje, aquellas controversias que sean económica y técnicamente relevantes para ser discutidas.

Los *dispute boards* tuvieron su origen inicialmente en los Estados Unidos, bajo una modalidad recomendativa para la construcción de, específicamente, represas, diques y túneles. El reporte más temprano, por ejemplo, lo ubicamos en la década de los 60, con la creación de una figura embrionaria que se denominó el *Young Consulting Board*, para la construcción de la represa de Boundary en Washington. Para la década de los 70, el Comité Nacional de Tecnología en Tunelería de los Estados Unidos, mejoró sus prácticas constructivas y diseñó un DRD, un *Dispute Review Board*, que fue estrenado para la construcción del túnel Eisenhower en Colorado, expandiendo su éxito en todos los Estados Unidos.

Pero, más cercano aún a nuestra región, ya en la época de los 80, se presentó el primer caso de utilización de un *dispute board* para la construcción de un mega proyecto de infraestructura de obra pública, como fue la construcción de la Represa Hidroeléctrica «El Cajón» en Honduras, que fue un proyecto financiado parcialmente por el Banco Mundial y con éxito en la gestión de las disputas.

Y, a nivel internacional, entre la década de los 90 y el 2000, se realizaron esfuerzos importantes, introduciendo una variante adjudicativa a los *dispute boards*, denominada el *Dispute Adjudication Boards*, que, digamos, es el estándar internacional que hoy tenemos bajo la Ley de Contrataciones del Estado con la junta de resolución de disputas.

Y estos esfuerzos internacionales, básicamente promovidos por el Banco Mundial en su documento de licitación estándar para la adquisición de obras y para FIDIC en sus formatos contractuales, son herramientas muy utilizadas en la actualidad. A nivel internacional, entonces, la popularidad y la frecuencia del uso de los *dispute boards*, ha venido creciendo rápidamente con el apoyo de entidades financieras multilaterales para el desarrollo de obras de infraestructura de gran inversión en diferentes países del mundo y existe gran cantidad de reportes y, yo diría, con mucha casuística sobre la eficacia práctica en la gestión y en la

prevención de los conflictos de los *dispute boards* a nivel internacional; por ello, no quiero referirme más a ellos, sino entrar a la experiencia que hay en la región.

Centroamérica, sin duda, es la región emblema en la utilización de los *dispute boards* en el desarrollo de infraestructura vial, por ejemplo, financiada por agencias multilaterales como, por ejemplo, La Cuenta del Milenio en Honduras o los proyectos de Fomilenio para infraestructura en El Salvador; pero, sin duda, la obra referente en América, fue la ejecución del tercer juego de esclusas del Canal de Panamá en el año 2012, que utilizó un *dispute adjudication board* para la gestión de sus conflictos previa al arbitraje; y, en Brasil, a través de un largo proceso de capacitación, se utilizaron los *dispute boards* para el desarrollo de proyectos de infraestructura para los Juegos Olímpicos del año 2016.

Y este reconocimiento, entonces, internacional, ha sido producto de un gran esfuerzo de instituciones como el Banco Mundial, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores - FIDIC, la *International Chamber of Commerce*, el *Dispute Resolution Board Foundation*, entre otras; pero, además, el éxito mostrado por este método radica en evitar en algunos casos y en resolver de manera temprana las disputas de manera rápida y eficiente del sector de la construcción.

En el Perú, toda esta gran experiencia internacional fue aterrizada hace muchos años atrás, con convenios de préstamos internacionales, por ejemplo, con el Banco Japonés y el Banco Mundial; sin embargo, su aplicación fue distorsionada en lo que se denominó las famosas conciliaciones decisorias, sobre las que estoy completamente seguro que muchos de ustedes han podido escuchar, pero, la verdad, es que ninguna de ellas tuvo eficacia práctica y lo único que hizo fue agregar mayores costos a la gestión del conflicto.

Y, para corregir ello, y acá está mi amigo Eric que no me va dejar mentir, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Univer-

sidad Católica, convocó a un grupo de profesionales para corregir y reglamentar internamente esta desviación en el tema del conocimiento de los *dispute boards* o de la junta de resolución de disputas y, a través del producto de largas jornadas de capacitación para promover estas ventajas, es que este centro logró publicar su primer reglamento sobre junta de resolución de disputas.

Debo decir que hoy, y ya con esto voy terminando para dar paso un poco al análisis normativo, que el Perú es un actual referente en la región, al haber regulado el tema de la junta de solución de disputas o los *dispute boards*, tanto para las asociaciones público privadas para el desarrollo de infraestructura, como también para el tema de las obras públicas.

Debo decir aquí, para los efectos de concentrar bien el análisis de las juntas de resolución de disputas, que los *dispute boards* han nacido en la industria de la construcción y, por tanto, si los llevamos a la Ley de Contrataciones del Estado, nos vamos a encontrar con la regulación para los efectos de la ejecución de proyectos de obra pública; sin embargo, yo quiero simplemente dejar tres temas relevantes que deben ser tenidos en cuenta para entender adecuadamente la estructuración de una junta de resolución de disputas. Primero, que la junta de resolución de disputas o los *dispute boards* forman parte de un sistema de gestión conflictual convencional, en el cual éstos no actúan solos, sino, están integrados en una cadena de gestión de conflictos donde siempre el arbitraje será quien jurisdiccionalmente define finalmente la disputa. Para que los *dispute boards* finalmente funcionen, nunca deben perder su condición de arbitrabilidad, es decir, no puede iniciarse un arbitraje y, ahora menos en materia de contratación de obra pública, si antes no se ha logrado obtener una decisión de una junta de resolución de disputas que resuelve éstas de manera temprana durante la ejecución del proyecto. Tres, para que los *dispute boards* funcionen, sus decisiones tienen que ser ejecutables, no sirve, para nada sirve, una decisión que no puede ser cumplida.

Si lo entendemos así, entonces, estaremos siempre avanzando en el camino correcto en la búsqueda de la eficiencia en la contratación estatal, que contribuya a incentivar la contratación y a reducir la gran brecha de infraestructura que tiene nuestro país. Muchas gracias.

JORGE LÓPEZ FUNG: Sin duda, importante la intervención del doctor Paredes para poder contextualizar, sobre todo, cómo es la casuística en este tipo de negocio. No olvidemos que el sector construcción es un sector no estático, entonces, siempre necesita que se levanten determinadas controversias que pueden haber, en el menor tiempo posible.

Ahora, para centrar un poco más e ir directo a los tipos de *dispute boards* y cómo se activa, el doctor Rodrigo Freitas va a dar una ponencia al respecto.

RODRIGO FREITAS CABANILLAS: Buenas noches. Antes que nada, agradecer al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado por su cordial invitación.

Me gustaría empezar esta exposición tocando el último informe realizado por la Universidad del Pacífico respecto a la brecha de infraestructura que hay actualmente en el país, que asciende a 159 millones de Dólares, es decir, el Perú necesita construir obras de tamaño cuantía, justamente para tener una vida digna, obras útiles, obras necesarias, no interrumpidas ni atrasadas o incompletas.

Es por eso que en el sector de la construcción, nace el *dispute board* como un mecanismo de prevención y solución de controversias, desde la suscripción del contrato hasta la entrega de la obra. Y, es en el momento de la suscripción del contrato, donde las partes designan a un panel de expertos que va a acompañar toda la obra de manera ininterrumpida para prevenir y resolver sus conflictos. Lo que se quiere más que todo, es que las partes puedan administrar el contrato de construcción, teniendo un acercamiento de lo que ocurre en la obra de manera técnica. Si bien

el *dispute board* es un mecanismo de solución de controversias, también es una herramienta de *management* del contrato, que va a dar una certeza en el plazo, precio y alcance de la obra.

Lo que voy a exponer hoy día, son los tipos de *dispute boards* y cómo se activan. Para explicar, primero me gustaría enseñarles cómo sería una obra sin disputas, sería de la siguiente manera, todos felices, genial, no hay ninguna controversia, todos son amigos y no hay enemigos. Sin embargo, quiero enfatizar que el sector de la construcción es una actividad altamente conflictual, donde justamente la mala distribución del riesgo causa una incertidumbre entre los roles y responsabilidades de las partes, generando controversias por defectos o por demora en la obra.

¿Cómo se controla una disputa?, pues, hay que hacer un tratamiento adecuado del riesgo y el riesgo lo debe asumir la parte que lo va a manejar a menor costo posible, y eso es conocido en Análisis Económico del Derecho como *cheapest cost avoider*.

Mi recomendación: Es necesario un mecanismo de solución de controversias, que genere las reglas claras durante toda la ejecución del proyecto, que vaya contra las variaciones externas e internas que se dan en la obra y, más que todo, que maximice la rentabilidad del contrato.

Es por ello que para ayudarnos a gestionar nuestras disputas, tenemos esta herramienta que se llama «la curva de influencia de costo», que nos va a ayudar justamente a gestionar nuestras disputas. Si nosotros tenemos una disputa en el concepto del proyecto, porque éstas son las etapas de un proyecto: concepto, diseño, adquisición, construcción y conclusión, y la curva de influencia de costo nos va a decir que si tengo un problema en la etapa del concepto, el costo va a ser muy bajo; pero, si tengo un problema entre el concepto del proyecto y la etapa de conclusión o construcción, la curva es alta y el costo es alto, ¿por qué?, porque todas las disputas generan un costo y el costo se va a manejar si se resuelve una disputa de manera inmediata, y ¿cuándo no va a haber

costo?, cuando no haya disputas y, justamente, ¿cómo no va a haber disputas?, cuando haya una etapa de prevención, y eso lo vamos a ver en los tipos de *dispute boards*.

Este es el primer tipo, *dispute boards* ad hoc, el cual se va a constituir al momento en que aparecen las disputas en la ejecución contractual. Es más que todo como está regulado el arbitraje aquí en el Perú, no tiene una función preventiva.

Por otro lado, tenemos un *dispute board* institucional, que es el que está regulado en la Ley de Contrataciones con el Estado y su funcionamiento es desde la constitución y la suscripción del contrato, hasta la entrega de la obra. Éste tiene una función preventiva porque, justamente, incluye funciones como las visitas *in situ*, reuniones con las partes, visitas programadas a la obra, opiniones informales, que justamente van a parar las futuras controversias que se den durante la ejecución de la obra.

Ahora, tocaremos los tipos en torno a las decisiones de los adjudicadores. Como bien dijo el doctor Gustavo Paredes, acá en el Perú están reguladas las decisiones adjudicativas, que son, más que todo, decisiones que emite el panel, que son vinculantes y de obligatorio cumplimiento. En caso las partes estén disconformes, pueden emitir un comunicado de disconformidad y, posteriormente, un tribunal arbitral lo puede revertir; pero, durante todo ese tiempo se tiene que cumplir esa decisión.

Por otro lado, tenemos el *dispute board review board*, que es como nace el *dispute board* y lo explicó el doctor Paredes, es más que todo un panel que emite recomendaciones. Si en un caso en un tiempo prolongado, las partes no emiten una disconformidad, esta recomendación se vuelve de obligatorio cumplimiento.

Por último, tenemos el *combined dispute board*, creado por la Cámara de Comercio Internacional, que justamente tiene una función híbri-

da de lo anteriormente señalado. Por regla general, el panel va a emitir recomendaciones y las partes se pueden poner de acuerdo para que en una disputa específica, se emita una decisión vinculante.

Ahora, ¿cómo se activa un *dispute board*?, el *dispute board* es netamente contractual, no es jurisdiccional, con lo cual, como el arbitraje necesita una cláusula arbitral para que inicie el arbitraje, el *dispute board* necesita dos acuerdos o dos contratos: Un acuerdo de *dispute boards* y un acuerdo tripartito.

El acuerdo de *dispute boards*, en primer lugar, va a estar dentro de una cláusula escalonada de solución de controversias, donde el último peldaño va a ser el arbitraje, es decir, en esta función de cláusulas, cada mecanismo de solución de controversias, cada peldaño, va a tener sus propios principios y no se pueden mezclar, los principios del arbitraje no los pueden ver en un *dispute board* y viceversa. Lo importante de este acuerdo de *dispute board*, es que va a estar el consentimiento de las partes de incurrir en este mecanismo, posteriormente en este acuerdo de *dispute board*, como dije, va a estar el consentimiento de las partes; va a estar la designación, el número y la profesión de los adjudicadores, abogado, ingeniero, arquitecto; el tipo de *dispute board*, como lo he señalado anteriormente; y, más que todo, el plazo para mostrar el desacuerdo con la decisión de los adjudicadores e incurrir en arbitraje.

Por otro lado, tenemos el acuerdo trilateral o tripartito, el cual es un acuerdo entre las partes y los adjudicadores, en el que va a estar regulado más que todo, las funciones de los adjudicadores y de las partes, como son sus horarios, cuándo van a ser las visitas periódicas a la obra, cuál va a ser el procedimiento para resolver una controversia y, asimismo, va a estar regulada la cláusula de controversia de este contrato que netamente es el arbitraje.

Éstas son las obligaciones y las funciones principales de las partes, tanto del constructor, propietario, como de los adjudicadores. La

función principal del constructor y propietario, aparte de pagar los honorarios a los adjudicadores, que se van a conocer desde un principio y no como en el arbitraje en el que va a salir las controversias o el pago de las utilidades que tú vas a generar durante la obra, es que pueden emitir informes trimestrales, bimestrales, de acuerdo a la ejecución del contrato, para que los adjudicadores tengan conocimiento de cómo va marchando la obra y pueda funcionar. Eso va a servir mucho porque va a saber qué frente no se está ejecutando de manera adecuada, qué frente está yendo de manera diligente. Eso va servir mucho justamente para la etapa de prevención.

Por otro lado, los adjudicadores tienen sus funciones, como lo he señalado, emitir opiniones informales, visitar la obra de manera periódica, reunirse con las partes. No hay que estar encasillados ni tener una mentalidad cuadrículada, como puede funcionar un método jurisdiccional, esto es más que todo abierto, más que todo una asesoría, es un apoyo y una confianza de las partes a un panel de adjudicadores.

Bueno, mi recomendación es que se capacite y se deje entender a los funcionarios públicos que este mecanismo es eficiente y eficaz. Si ellos no lo ponen en los contratos de construcción, nadie los va a poner, está en la Ley de Contrataciones, sí, pero no es obligatorio, quien lo va a poner es el área usuaria, es el funcionario público y deben entender que este mecanismo es eficiente y eficaz. Por otro lado, también es necesario capacitar a los funcionarios que fiscalizan justamente la actividad de los funcionarios públicos, que no se sancione al funcionario público porque no lleva todo al arbitraje, porque quien está mejor preparado para resolver el conflicto en una ejecución, va a ser el panel de expertos. Si lo vemos en el arbitraje, como bien lo dijo el doctor López, el árbitro es a quien le vas a contar el cuento; entonces, más que todo va a decir lo mismo que ha señalado el panel y cómo va a resolver el mismo. Por último, es necesario capacitar a los adjudicadores, no en lo legal, más que todo en lo legal y lo técnico, es correcto; pero, también en la filosofía de un *dispute board* y cómo funciona. Muchas gracias.

JORGE LÓPEZ FUNG: Lo que menciona el doctor Freitas es muy importante, porque no solamente a veces es interesante conocer bien cómo funciona, cómo es la figura del *dispute board*, sino cómo puedes activarlo. Mencionaba algo bien interesante con respecto a la cláusula escalonada y ahí han surgido algunas cosas, por ejemplo, la importancia del mecanismo previo de solución de controversias antes del arbitraje, ha habido mucha doctrina al respecto, hay algunos autores que piensan que es importante y otros que no. Pero bueno, podría ser materia de discusión en otra mesa de debate.

Ahora ya habiendo analizado un poco cómo es su funcionamiento en la práctica, es interesante conocer la normativa de los *dispute boards* y, al respecto, el doctor Eric Franco nos va a ilustrar.

ERIC FRANCO REGJO: Con relación a lo que comentaba el doctor López, que es cláusulas escalonadas, hay una sentencia bien interesante contra el Gobierno Regional de Loreto, relativamente reciente, en la cual se pronuncia sobre estas cláusulas escalonadas y, la conclusión a la que llega la corte, es que es una obligación contractual sobre la cual no habría lugar a que se pronuncie la corte para efectos de una anulación de laudo. Es bien interesante para estudiarla y ver qué efectos tendría ahora en el contexto que, inclusive hay una regulación normativa, si es que la solución sería la misma en el caso de un *dispute board* público. Pero bueno, eso es una nota para después en el debate de la mesa.

Quiero agradecer en primer lugar, al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, por esta amable invitación; para mí es un placer estar acá compartiendo esta noche con ustedes.

Bien, entramos a la regulación normativa, como se ha dicho, en el Perú a veces somos bien avezados, entonces, como no iba bien la resolución de controversias de contrataciones del Estado en el Poder Judicial, se sacó toda la competencia y se fue a arbitraje, lo cual ha sido muy

positivo para ese rubro y lo mismo ha pasado, con los *dispute boards*, lo cual es sumamente positivo.

Ahora, en el camino ha habido una regulación muy específica que se ha incorporado en la ley, el reglamento y en la directiva de OSCE, que tiene también algunas deficiencias para poder ser aplicado de manera plena; sin embargo, es un gran punto de partida y, a nivel regional, nuestra experiencia es una experiencia pionera.

Todo lo que voy a decir en esta presentación así general, está escrito en un artículo que lo tienen en los materiales de la conferencia. Entonces, si alguna parte quiere volver a entrar sobre lo que estoy diciendo, está por escrito o lo podemos conversar después en el panel.

Bien, ¿cómo es la junta de resolución de disputas que está regulada en nuestra normativa de contrataciones públicas? Para empezar, no es obligatorio tener junta, es decir, que la entidad pública puede incorporar una junta como mecanismo alternativo en sus bases o las partes pueden acordarlo después de la adjudicación.

Hay dos tipos principales de juntas, una es la permanente y otra es la ad hoc ¿Cuál es la permanente?, es principalmente la que el doctor Paredes y el doctor Freitas han estado comentando, es una que se constituye al inicio de la obra y se mantiene hasta el final de la obra y tiene dos ventajas principales, una es que previene conflictos y la otra es que soluciona conflictos, en caso que surja lo va a prevenir, por el simple hecho de la presencia de la junta. Podemos discutir eso más adelante, pero hay un cordón muy importante de prevención de conflictos y, en caso que surja un conflicto, como es un panel que está muy familiarizado con la obra, puede resolver en un periodo más rápido. Ok, entonces, esa es la función preventiva y la función resolutive.

Las juntas que están previstas en nuestra normativa para la obra pública, son las permanentes, es decir, las que se constituyen de principio

a fin, que emiten decisiones, no recomendaciones. Como hemos visto, hay unas que emiten recomendaciones y otras que emiten decisiones, y unas mixtas. En nuestra normativa pública está contemplado solamente la que emite decisiones y, obviamente, es lo lógico, porque si emitiera recomendaciones en un contexto público, no tendría ninguna eficacia.

Pueden estar integradas por uno o por tres miembros, dependerá principalmente del monto; los contratos de ejecución de obra que pueden tener este tipo de juntas, son los superiores a 5 millones de Soles, con la normativa original del año pasado estaba en 20 millones de Soles y la normativa de marzo lo ha bajado a 5.

En nuestro país, siempre van a estar administradas por un centro, no hay aquellas juntas que son ad hoc en el sentido de arbitraje, si no siempre son institucionales, ¿por qué?, porque para hacer un sistema nuevo, se buscó que tengan un contexto de protección para que funcionen bien y haya también un control de la ética de los adjudicadores. Si bien se deja abierta la posibilidad de contar con juntas ad hoc, o sea, que van a ser designadas para cada controversia a nivel de la ley, el reglamento cerró esa posibilidad.

Acá quiero hacer un comentario que me parece muy importante. Lo que se ha venido discutiendo en el Perú ha sido principalmente la conveniencia de juntas de resolución de disputas permanente, o sea, las que tienen la función de prevención y de resolución; pero, a nivel internacional, en Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y muchos otros países, la real revolución en el sector construcción, viene por las juntas ad hoc, o sea, las que se constituyen por controversia y que emiten decisiones en un plazo muy corto. En Reino Unido, en 28 días, y en 28 días emiten una decisión en Derecho, que no busca ser totalmente precisa, sino que se conoce como «justicia gruesa», ¿de acuerdo? Ese tipo de adjudicación es obligatoria por ley para contratación pública y contratación privada, en la medida de que sea obra de construcción. Esa es la real revolución a nivel internacional en construcción de todo tipo.

En construcción para gran obra, tenemos la permanente, que es de lo que estamos principalmente hablando en este panel; pero, tenemos un mundo ahí por explorar, que es el de las ad hoc.

Controversias que puede decidir, podemos entrar más en detalle. Puede decidir sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, invalidez del contrato, ¿qué cosa es lo que nos hace ruido en esa lista?, obviamente, inexistencia, ineficacia, invalidez del contrato, ¿por qué?, porque es una instancia meramente técnica, principalmente técnica digamos, y se le está dando la facultad para decidir sobre controversias eminentemente jurídicas, que no son propias del contexto de la junta. No se puede pronunciar sobre indemnizaciones por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública, ¿qué quiere decir esto?, bueno, las controversias principales en construcción son adicionales, ampliación de plazo y interrupción, más defectos y controversias relacionadas con la liquidación, penalidades, etc. Sabemos que los adicionales no son arbitrables y tampoco pueden estar sujetos a una decisión de junta, ampliación de plazo sí puede ¿Cuáles son los temas que se estarían dejando de lado con esta redacción?, básicamente interrupción y algún otro concepto que no esté expresamente reconocido en la normativa. Podemos abundar sobre eso más adelante, pero se le está sacando un rubro de controversias que es bastante importante, se le está restando efectividad a este mecanismo.

Los deductivos, mayores metrados, aceleración/interpretación del alcance, sí se pueden ver y, acá vemos interesante como, si bien no se puede pronunciar sobre adicionales, sí se puede pronunciar sobre interpretación del expediente técnico, lo cual, ayudaría mucho como un previo a una controversia sobre adicionales. No se puede pronunciar sobre adicionales, la discrepancia sobre formulación, aprobación o evaluación de metrados de poca magnitud. Acá tenemos una redacción específica, que esto se ve en la liquidación del contrato, si es que es menor al 5% del monto del contrato, y tampoco controversias posteriores a la recepción, o sea, liquidación queda por fuera.

Como hemos dicho, se regula que esto sea básicamente institucional. El número de miembros, puede ser 1 o 3, dependiendo de la cuantía. Cuando se trata de un miembro, debe ser ingeniero o arquitecto, con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como de contrataciones del Estado y debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros; y, los otros miembros, en caso de 3, deben ser expertos en ejecución de obras y deben estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros. Sobre eso podemos discutir mucho, lo dejo para cuando estemos en la mesa.

En cuanto a las actividades y funciones, tenemos que la función principal es emitir decisiones vinculantes respecto a las controversias planteadas por las partes, o sea, son de obligatorio cumplimiento, pero pueden ser controvertidas en un arbitraje, es decir, si el contratista pidió una ampliación de plazo de 30 días, la junta le reconoce 28 días, la entidad tiene que pagarle por los 28 días y después se podrá ir a un arbitraje para cuestionar esa decisión. Lo mismo, si el contratista considera que le corresponden los 30 días y no los 28, podrá irse a arbitraje para controvertir esa parte de la decisión con la que no está de acuerdo. También tiene la posibilidad de absolver consultas, tiene la obligación de efectuar visitas periódicas en la obra y otras que establezca el contrato respectivo.

En materia de plazos, para someter la controversia a junta, esta es una materia sumamente delicada, porque tiene que ver con la posibilidad de plantear el arbitraje posterior o perder el derecho y, sobre esto, me remito al artículo, me remito a lo que está acá expuesto y a lo que podamos comentar en la mesa, porque es un tema un poco extenso; pero, les digo, el tema de plazos va a ser esencial si en algún momento tienen que tratar con una junta de resolución de disputas.

Si se sigue el procedimiento de decisión de la junta, más o menos llegamos a 56 días hábiles. En FIDIC es un proceso de más o menos 80 días calendario, acá estamos en 56 días hábiles y, en Reino Unido, para

juntas ad hoc, estamos hablando de 28 días calendario. Si es que en este contexto hay una aclaración o corrección, ya sea de oficio o a pedido de parte, se le suman 5 días, si es de oficio y 18 días, si es de parte.

En cuanto a las decisiones, pueden ser asimiladas con un mini laudo, aunque la mayoría de gente que ve el tema de *dispute* podría horrorizarse con lo que he dicho; pero, en realidad, tiene que tener una estructura y ¿esto con qué tiene que ver?, es muy importante decirlo, con que la junta decide en derecho, por más que estas juntas van a estar conformadas principalmente por ingenieros, deciden en derecho y no en equidad.

Se ha puesto mucho énfasis en que las decisiones no pueden ser paradas por medidas cautelares y que son un requisito para la arbitrabilidad.

Quiero hacer énfasis en este *slide*, que es sobre es el plazo para iniciar el arbitraje. Lo podemos ver con calma cuando estemos en la mesa. Los plazos de la norma tienen algunas inconsistencias y hay que tener mucho cuidado con estos plazos, porque pueden dar lugar a improcedencias.

Finalmente, nuestra normativa no se pronuncia sobre el tema de horarios, lo deja simplemente a los centros y no se fijan lineamientos.

Eso ha sido un resumen muy breve de algunos de los temas sobre los cuales, espero, tengamos oportunidad de conversar cuando estemos en la mesa. Muchas gracias.

JORGE LÓPEZ FUNG: Para culminar esta mesa de debate, quisiera hacer una pregunta a la que brevemente podríamos intentar darle una respuesta, ¿qué se requiere para que la implementación de las juntas de resolución de disputas sea exitosa en obras públicas? Quizá el doctor Eric Franco nos pueda ayudar un poco.

ERIC FRANCO REGJO: Muchas gracias. Considero que debería haber la convicción de que la juntas son un mecanismo muy eficiente, digamos, la mejor práctica disponible el día de hoy para resolver controversias de construcción. Tiene la gran ventaja de que generaría que haya un solo gran arbitraje al final de la obra y tendría la gran ventaja de mejorar el flujo de caja de los contratistas porque, como dijimos, si el contratista pide 30 días y le reconocen 28, o 25, o 20, por lo menos va a tener esos días de gasto general en su bolsillo mientras arbitra.

¿Esto por qué es importante?, porque fortalece la mediana empresa constructora y, en el Perú, necesitamos competencia en nuestro mercado para dinamizar. Si sabemos que el Estado recibe en promedio 1.8 ofertas por cada licitación de obra, entonces, sabemos que el Estado no está recibiendo suficientes ofertas y el mercado no está siendo competitivo, ¿por qué?, una de las razones es porque en las grandes obras, se requiere espalda financiera para poder participar y eso le cierra la puerta a muchas constructoras medianas.

Se requiere la convicción de que éste es el mecanismo al que acudir; se requeriría, creo yo, una modificación normativa de algunas precisiones que están planteadas en el artículo que está repartido, algunas precisiones en la directiva, a lo mejor; centros que empiecen a establecer reglamentos, que entren en mayor detalle en todos los temas que la normativa remite a los centros, a que los centros desarrollen; y, obviamente, capacitación a todas las personas que estén dispuestas a actuar como adjudicadores.

JORGE LÓPEZ FUNG: Muchas gracias. Una última pregunta dirigida al doctor Paredes y al doctor Freitas. El artículo 213.1 señala que la junta de resolución de disputas no forma parte del arbitraje, pero ahí surgió un tema bastante práctico, ¿podrían actuar como testigos o sus decisiones podrían ser presentadas o remitidas como pruebas documentales en el arbitraje?

GUSTAVO PAREDES CARBAJAL: Gracias. De hecho esta pregunta tiene una connotación muy práctica y lo que normalmente podría llevarnos a pensar que los adjudicadores podrían participar en un arbitraje, yo creo que la ley ya lo zanjó y de manera muy clara y, ciertamente, la junta de resolución de disputas no es un centro de interés opuesto a ningún otro.

Ahora, hay una gran discusión, porque hay proyectos o hay obras, cuyo gran problema es el registro contemporáneo del desarrollo del proyecto, entonces, la carencia de pruebas hace que se tenga que recurrir a algún elemento que registre cómo se ejecutó la obra y, ciertamente, las decisiones que emite una junta de resolución de disputas, contienen un registro contemporáneo de lo que sucedió e, incluso, la participación de estos aplicadores y sus visitas regulares a la obra, los hacen un testigo natural de cómo se ejecutó un proyecto.

Ahora, con relación al tema práctico, si puede o no puede participar, eso depende de la regulación y del estándar internacional. Por ejemplo, en la Ley de Contrataciones no se dice nada al respecto, ni en el reglamento. Donde se dice algo al respecto es en la Directiva n.º 020 y, especialmente, en el modelo de contrato, hay una cláusula por ahí, la cual establece claramente que los miembros de la junta de resolución de disputas no pueden ser testigos, ya está, cerrado. Sin embargo, por ejemplo, en el reglamento del centro de la Católica, salvo acuerdo de las partes, por *default*, no pueden participar ni como árbitros ni como testigos.

Eso es en el contexto nacional; a nivel internacional hay una gran discusión porque, por ejemplo, el reglamento de la ICC, establece una restricción, es decir, no pueden participar ni como testigos ni como expertos, pero no dice si una decisión puede actuar o no como prueba documental. FIDIC, por ejemplo, en la tercera edición del formato de libro rojo, admitía la posibilidad de que el ingeniero pueda actuar como testigo; en el actual formato de libro rojo, no se dice nada al respecto, pero tampoco se prohíbe, con lo cual, en mi opinión, dependiendo de la regulación en la que estemos, creo que una decisión puede ser utili-

zada como una prueba documental, porque contiene la descripción de hechos contemporáneos confirmados por una entidad neutral. Es más, incluso, los adjudicadores podrían actuar en determinado momento como testigos de determinada situación.

Pero, es un tema discutible y depende de la regulación en la cual se desarrolla el tema de los *dispute boards*.

RODRIGO FREITAS CABANILLAS: Solamente ya para terminar, yo soy de la tesis de que nos encontramos bajo una cláusula escalonada, cada peldaño se tiene que ver de manera independiente y, si vemos un poco más allá, la experiencia internacional de donde se ha inspirado la Ley de Contrataciones, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, dispone este parámetro para la disposición de los adjudicadores; pero, si vamos un poco más allá de la práctica, si sólo tenemos a un testigo como adjudicador, evidentemente va a defender su posición y su decisión, porque justamente se va a cuestionar o se va a plantear el problema de la decisión que ha tomado. No se va a cuestionar, obvio, la decisión en sí, sino el problema de origen, pero él ya emitió una decisión, ya tiene un parámetro y puede ser muy parcializado al momento de estar como testigo. Obviamente no puede ser árbitro, el artículo 28 de la Ley de Arbitraje lo dice, no dice que sea un adjudicador, pero dice que el árbitro tiene que ser imparcial. Entonces, si nos encontramos con un árbitro imparcial, creo que el adjudicador es el menos imparcial para, justamente, velar por la decisión que ya ha emitido. Gracias.

GUSTAVO PAREDES CARBAJAL: Yo creo que el tema es interesante, pero un poco hay que ponernos en el contexto del estándar internacional de cómo se regula los *dispute boards*, para luego entender un poco la regulación de la ley. Lo que se somete a arbitraje no es la decisión de una junta, la decisión desaparece desde el momento mismo que la controversia ha llegado a arbitraje. Entonces, ahí hay un gran tema, porque los árbitros no van a tomar en cuenta la decisión como tal y, es por eso, que el arbitraje sigue siendo una jurisdicción de instancia única, y lo que tienen que hacer

los árbitros es volver a analizar toda la controversia y todas las pruebas que existan y tengan a la mano, y las partes pueden utilizar los elementos de prueba que mejor consideren, para probar la existencia de un hecho y el sentido técnico de uno. Entonces, depende de la situación, en realidad.

Yo particularmente, difiero de lo que dice Rodrigo, no porque no sea correcto sino, por el contrario, en circunstancias en las que es necesario utilizar elementos de prueba como éstos, ante la ausencia de registros contemporáneos, creo que no queda otra opción que utilizar la participación como testigos, en tanto sea permisible por el reglamento.