

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



LA INCORPORACION DE LA JUNTA DE RESOLUCION DE DISPUTAS EN LA NUEVA LEY DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO (Ley 30225) Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON EL
ARBITRAJE

TESIS PARA OBTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR: **LUIS FERNANDO ARMAS SALAZAR**

ASESOR(A): Mg. CAROLINA CABRERA MONCADA

Trujillo – Perú
2017

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Escuela Profesional de Derecho



LA INCORPORACION DE LA JUNTA DE RESOLUCION DE DISPUTAS EN LA NUEVA LEY DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO (Ley 30225) Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON EL
ARBITRAJE

TESIS PARA OBTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR: **LUIS FERNANDO ARMAS SALAZAR**

ASESOR(A): Mg. CAROLINA CABRERA MONCADA

Trujillo – Perú
2017

Señores Miembros del Jurado

Presente.-

En virtud a lo establecido en el reglamento de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, presento ante ustedes la Tesis denominada: **LA INCORPORACION DE LA JUNTA DE RESOLUCION DE DISPUTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (Ley 30225) Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON EL ARBITRAJE**, con el propósito de obtener el Título de Abogado. La presente investigación ha sido elaborada cumpliendo con los parámetros exigidos por los reglamentos que la Universidad Privada Antenor Orrego plantea para los trabajos de investigación de post y Pregrado.

Es menester señalar que la presente investigación ha sido diseñada teniendo como base las clases recibidas en las aulas universitarias, la cercanía de laborar en temas del ámbito arbitral y la oportunidad de representar a mi alma mater en la competencia de Arbitraje de inversiones realizada en la ‘American University – Washington college of law’ en el mes de marzo del año 2014 en Estados Unidos, circunstancias que inspiraron y motivaron ahondar en este tema de investigación.

LUIS FERNANDO ARMAS SALAZAR

DNI: 47204984

Trujillo, noviembre de 2016

DEDICATORIA:

A Dios, por regalarme una vida llena de obstáculos, retos, caídas y la fuerza para levantarme una y otra vez.

A mis padres Fernando y Elizabeth, por su lucha diaria para sacar adelante a nuestra familia y enseñarme que todo lo que vale la pena cuesta mucho sacrificio.

A mi sangre, Manuel y Sofía, por creer en mis sueños, soportar mis locuras y malos ratos; por ser mi fortaleza.

AGRADECIMIENTO:

A mi familia, por contribuir en mi formación profesional.

A mis profesores, por su paciencia y motivación diaria.

A mi asesora, Dra. Carolina Cabrera, por su incondicional apoyo.

A mis amigos(as) y hermanos(as) de lucha universitaria que tuvieron el coraje de defender lo que creían.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad contribuir con el Sistema de administración de Justicia peruano, en virtud de la reciente incorporación de los Dispute Boards (DB) o también llamado Junta de Resolución de Disputas (JRD), en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley N°30225 y su respectivo reglamento (Decreto Supremo 350-2015-EF).

La JRD constituye un nuevo mecanismo de resolución de Conflictos que se desenvuelve en el ámbito de la construcción y que será nuestro objeto de estudio a fin de dilucidar de qué manera se complementa con el Arbitraje; para lo cual hemos destinado cuatro capítulos.

El Primer capítulo está enfocado en conceptualizar el problema en el marco de la realidad jurídica y su identificación dentro de la realidad problemática. El Segundo capítulo comprende el Marco Teórico del presente trabajo, abordado en seis títulos. *El Título I* denominado: *Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos*, establece la facultad que tiene las partes de sustraerse a la jurisdicción ordinaria para resolver sus disputas en el ámbito privado, desarrollando brevemente las figuras de Conciliación, Mediación y más profundamente el Arbitraje; *El Título II* desarrolla la figura de la *JRD*, estableciendo sus antecedentes, definiciones, ámbito de aplicación, características, naturaleza jurídica, las modalidades en que éstas se presentan, entre otros; *El Título III* abarca lo referente al *tratamiento jurídico Internacional* aplicado a la *JRD*, mientras que el *Título IV*, el *tratamiento jurídico Peruano*. Finalmente, *El Título V* recoge el *debate referente a la competencia o complementariedad entre la JRD y el Arbitraje*, defendiendo la posición de la 'complementariedad' de ambos mecanismos, en virtud a la característica pre arbitral de la *JRD* y su contribución conjunta en favor del perfeccionamiento de un sistema de administración de justicia más moderno y eficiente.

El tercer capítulo presenta el sistema metodológico empleado para realizar el trabajo, mientras que el cuarto y último está dividido en cuatro Sub Capítulos en donde se consignan todo lo referente a los Efectos, resultados, y conclusiones de la presente investigación.

ABSTRACT

This work was made to contribute with the Peruvian Justice Administration System, due to the recent incorporation of dispute boards (DB) in the new Employment Law of the Estate, Law N° 30225 and its respective regulations (Supreme Decree 350-2015-EF). DB are a new mechanism of conflict resolution in the construction field and it will be our study subject to elucidate in what ways it complements with arbitration, which is developed in four chapters. The first chapter is focused to conceptualize the problem in the jury reality regards and its consequent identification. The second chapter comprises the theoretical framework addressed in four titles. Title 1 called alternative mechanisms of conflict resolution, establishes the ability of the parts to withdraw to ordinal jurisdiction to solve their disputes in the private field, briefly developing the figures of conciliation, mediation and arbitration; title 2 develops the figure of DB, establishing its precedents, definitions, field of action, characteristics, legal nature, the methods represented on it amongst others; title 3 covers the international legal treatment applied to DB; while title 4 includes the Peruvian legal treatment; finally title 5 develops the debate regarding the relationship between DB, and arbitration, highlighting the complementarity between these mechanisms due to the pre-arbitral traits of DB and its contribution to the perfecting of a Justice Administration System more modern and efficient. The 3rd chapter presents the methodological approach used to perform the work. The 4th and last chapter is divided into 4 subchapters: effects, results, and conclusions.

TABLA DE CONTENIDOS

	Pág.
CAPITULO I: EL PROBLEMA	1
I. REALIDAD PROBLEMÁTICA	2
II. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	5
III. HIPÓTESIS	5
IV. OBJETIVOS	5
V. JUSTIFICACIÓN	6
CAPITULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	8
SUB CAPITULO I	9
II.A. Antecedentes o investigaciones previas	9
II.A.1 Nacionales	9
II.A.2 Internacionales	11
SUB CAPITULO: MARCO TEORICO	12
TÍTULO I: MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	12
II.B.1 El Conflicto	12
II.B.1.1. Los Conflictos en los contratos de Construcción	13
II.B.2 Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos	17
II.B.3 Clases de Mecanismos de solución de Conflictos	18
II.B.3.1 Conciliación	18
II.B.3.2 Mediación	20
II.B.3.3 Arbitraje	20
II.B.3.3.1 Definición	21
II.B.3.3.2. Naturaleza Jurídica	23
II.B.3.3.3. Tratamiento Jurídico Peruano	26
II.B.3.3.3.1. Arbitraje Institucional	26
II.B.3.2.3.2 Arbitraje Ad Hoc	27
II.B.3.2.3.3. Arbitraje de Derecho	27

II.B.3.3.3.4 Arbitraje de Conciencia	28
II.B.3.3.3.5. Arbitraje Nacional.....	28
II.B.3.3.3.6 Arbitraje Internacional	29
II.B.3.3.4 El Convenio Arbitral	29
II.B.3.3.5. El Laudo Arbitral.....	33

TÍTULO II: LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (DISPUTE

BOARDS).....	35
II.B.2.1 Antecedentes.....	35
II.B.2.2 Definiciones y Nociones Previas.....	37
II.B.2.3 Naturaleza Jurídica	40
II.B.2.4 Características.....	42
II.B.2.4.1 Permanente	42
II.B.2.4.2 Garantía de continuidad de la Obra.....	43
II.B.2.4.3 Celeridad	44
II.B.2.4.4 Especialidad	44
II.B.2.4.5 Efecto Social.....	45
II.B.2.4.6 Voluntario.....	45
II.B.2.4.7 Preventivo.....	45
II.B.2.4.8 Reducción de Costos	46
II.B.2.4.9 Inmediatez.....	47
II.B.2.4.10 Presupuesto de Arbitrabilidad.....	47
II.B.2.5 Modalidades de las Junta de Resolución de Disputas (JRD) o	
Dispute Boards (DB) respecto a las Resoluciones emitidas	48
II.B.2.5.1.1 Mesas Recomendatorias O Dispute Review Boards	
(DRB).....	48
II.B.2.5.1.2 Mesas Decisorias o Dispute Adjudication Boards	
(DAB).....	49
II.B.2.5.1.3 Mesas Combinadas o Combined Dispute Bords (CDB)	50
TÍTULO III: TRATAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL	52
II.B.3.1 Dispute Boards del Banco Mundial.....	53

II.B.3.2	Dispute Adjudication Boards de la FIDIC	54
II.B.3.3	Dispute Boards Review de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)	55
II.B.3.4	Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional de Paris	55
TÍTULO IV: TRATAMIENTO JURÍDICO PERUANO DE LA JRDs		57
II.B.4.1	Decreto Legislativo 1071: Ley de Contrataciones del Estado: No tratamiento	57
II.B.4.2	Ley del Presupuesto de Sector Público para el año fiscal 2014 (diciembre 2013 – undécima disposición complementaria).....	58
II.B.4.3	Nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225).....	60
II.B.4.3.1	El tratamiento de las JRDs y sus resoluciones en el Perú	61
II.B.4.3.1.1	Recomendaciones	61
II.B.4.3.1.2	Decisiones	62
II.B.4.4	Reglamento De La Nueva Ley De Contrataciones Del Estado (D.S. 350-2015-EF) y Directiva N°020-2016-OSCE	64
II.B.4.4.1	Ámbito De Aplicación y competencia.....	65
II.B.4.4.2	Finalidad De Las JRD.....	67
II.B.4.4.3	Inicio de Actividades	67
II.B.4.4.4	Miembros de la JRD (Expertos/Adjudicadores).....	68
II.B.4.4.4.1.	Número de Miembros que conforman la JRD	68
II.B.4.4.4.2.	Requisitos para ser Miembros de la JRD	69
II.B.4.4.4.3.	Composición de la JRD.....	71
II.B.4.4.4.4.	Lineamientos Éticos de los Miembros de la JRD	72
II.B.4.4.4.5	Impedimentos para actuar como miembro de la JRD	72
II.B.4.4.4.6.	Sustitución de los Miembros	74
II.B.4.4.4.7.	Recusación y Renuncia de los Miembros de la JRD	75
II.B.4.4.4.8.	Honorarios y Gastos de los Miembros de la JRD y Retribución del Centro	76
II.B.4.4.5.	Los Centros de Administración de las JRD	76
II.B.4.4.6.	Funciones, Facultades y Obligaciones de la JRD	79

II.B.4.4.6.1 Funciones	79
II.B.4.4.6.1.1. Función Preventiva	79
II.B.4.4.6.1.2. Función Resolutiva	80
II.B.4.4.6.2 Facultades	82
II.B.4.4.6.3 Obligaciones de la JRD y las partes	83
a) Ser y permanecer independientes e imparciales.....	83
b) Encontrarse disponibles para atender sus funciones	84
c) Informar oportunamente los impedimentos para ejercer el cargo con independencia, imparcialidad, transparencia, diligencia y con la debida conducta procedimental	84
d) Deber de confidencialidad.....	85
e) Deber de Información	85
f) Visita a la obra y Reuniones.....	86
g) Deber de comunicación	89
II.B.4.4.7. Procedimiento de una Controversia en JRD	90
1. Presentación de la Controversias	90
2. Contestación de la Petición	90
3. Audiencia	91
4. La Decisión.....	93
5. Notificación de la Decisión.....	94
6. Corrección y Aclaraciones de la Decisiones	94
II.B.4.4.8. Cuerpos Normativos que rigen el Procedimiento de la JRD.....	95
 TÍTULO V: LA JRD Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON EL ARBITRAJE	96
II.B.5.1. La JRD y el Arbitraje; ¿COMPITEN O SE COMPLEMENTAN?	96
II.B.5.2. EI PRESUPUESTO DE ARBITRABILIDAD como complemento entre la JRD y el Arbitraje	100
II.B.5.2.1.Tratamiento Jurídico Peruano relativo a los DBs o JRDs como Presupuesto De Arbitrabilidad.....	102

II.B.5.2.1.1. El Presupuesto de Arbitrabilidad analizado desde el Reglamento Del Centro De Arbitraje Y Resolución De Conflictos De La Pontificia Universidad Católica Del Perú (CARC - PUCP) CARC – PUCP	102
II.B.5.2.1.2. El Presupuesto de Arbitrabilidad en el DS.350-2015-EF: Reglamento de La NLCE.....	103
II.B.5.2.1.2.1. Requisitos para someter a Arbitraje una Decisión de la JRD. (Regla General).....	103
II.B.5.2.1.2.2. Supuestos para someter a Arbitraje a raíz de las Decisiones.....	105
II.B.5.2.1.2.2.1. PRIMER SUPUESTO: Manifestación por Escrito de Desacuerdo (212°)	105
II.B.5.2.1.2.2.2. SEGUNDO SUPUESTO: Emitidas y notificadas fuera de Plazo	105
II.B.5.2.1.2.2.3. TERCER SUPUESTO: Pendientes a la fecha de Recepción de la Obra	106
II.B.5.2.1.2.2.4. CUARTO SUPUESTO: Todas las Decisiones pueden ser Sometidas a Arbitraje	107
II.B.5.2.1.2.3. Plazos de Caducidad para someter la Controversia a Arbitraje	108
II.B.5.2.1.2.4. Decisión definitiva e inimpugnable	109
II.B.5.2.1.2.5. Las JRD como Cláusula Escalonada	109
II.B.5.2.2. Eficacia o No de las JRDs o DBs como mecanismo pre arbitral en El Perú: Posiciones encontradas.	110
CAPITULO III: METODOLOGÍA.....	117
III.1 Población y Muestra del Estado	118
III.1.1. Unidad de análisis.....	118
III.1.2. Determinación De La Muestra	118
III.1.3. Población y muestra	119
III.1.4. Características de la muestra	119
III.1.5. Tipo de investigación	119

CAPITULO IV: RESULTADOS	128
SUB CAPITULO I: La Incorporación de la JRD en el Ordenamiento Jurídico peruano.....	129
SUB CAPITULO II: Efectos Potenciales generado a partir de la incorporación de la JRD.....	134
SUB CAPITULO III: Experiencias	138
SUB CAPITULO IV	140
IV.4.1 Encuestas	140
Muestras estadísticas de las encuestas.....	142
IV.4.2 Contrastación de hipótesis	150
IV.4.3 Conclusiones.....	151
IV.4.4 Recomendaciones.....	152
IV.4.5 Bibliografía	155

CAPITULO I

EL PROBLEMA

I) **REALIDAD PROBLEMÁTICA:**

En el Perú, la administración de justicia ostenta un nivel preocupante de desacreditación en razón a la percepción generalizada de corrupción, lentitud, onerosidad, excesiva burocracia y carga procesal en el accionar del Poder Judicial.

En este contexto, la incorporación de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, en adelante 'MARC's', han servido para brindar seguridad, estabilidad jurídica y permitir la integración de nuestro país en el sistema económico global en el que se emplean herramientas como la apertura de mercados, tratados multilaterales y operaciones contractuales que requieren organismos eficaces y eficientes para la solución de las potenciales controversias que se generen.

La **JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS**, en adelante '**JRD**', es una institución jurídica de naturaleza privada, conformada de manera permanente por uno o hasta tres miembros denominados 'expertos' que normalmente se establecen desde el inicio hasta el final de la ejecución de un contrato de construcción, con la finalidad de resolver las controversias que puedan suscitarse y evitar que las disputas se ventilen en ámbitos jurisdiccionales o en arbitraje. Este nuevo MARC ha sido recientemente incorporado en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado (NLCE), Ley 30225, y su respectivo reglamento (Decreto Supremo 350-2015-EF), vigentes desde el 09 de enero de 2016.

El Arbitraje, representa aquel mecanismo privado por medio del cual se permite que dos o más partes que hayan celebrado una relación jurídica entre sí, puedan sustraerse de la Administración de justicia ordinaria para otorgarle facultades a un tercero ajeno imparcial, llamado árbitro o un tribunal arbitral compuesto por 2 o hasta 3 árbitros, de iniciar un proceso con la finalidad de resolver controversias patrimoniales de libre disposición y aquellas que se generan en el ámbito de la contratación pública. Este MARC se encuentra amparado por la Constitución Política

del Perú, su actual “Ley de Arbitraje” (Decreto Legislativo N°. 1071), la NLCE y su respectivo reglamento.

La presencia de estos dos mecanismos ha dado lugar a constantes debates y cuestionamientos referentes a su tratamiento jurídico y efectividad práctica; siendo que por un lado existe una corriente que sustenta la ‘*competencia*’ entre ambas, entendida como “*oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa*” llegando incluso a predecir la ineficacia y extinción temprana de la JRD en el país, menospreciando los resultados de su incorporación; mientras que por otro lado, se defiende la posición que ambos son ‘*complementarios*’, entendida como “*aquella circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta*”, implicando que su coexistencia jurídica coadyuvará positivamente en la administración de justicia estatal.

En este contexto, ambos mecanismos privados poseen importantes similitudes, tales como su naturaleza heterocompositiva, en relación a la facultad de decisión de un tercero ajeno al proceso; la preponderancia en la autonomía de la voluntad por encima de cualquier disposición normativa procesal; el número de integrantes de su conformación y los requisitos para poder llegar a ser ‘árbitro’ o ‘experto’, respectivamente; la necesidad de una cláusula contractual específica para acudir a alguna de éstos dos mecanismos; la no fuerza ejecutiva en sus resoluciones; y, el objetivo común de resolver los conflictos de manera más eficaz y eficiente en relación al Poder Judicial.

Por otro lado, dichos mecanismos también ostentan destacadas diferencias como cuando se verifica que el Arbitraje se encuentra amparado constitucionalmente y posee una naturaleza jurídica mixta, es decir, contractual y jurisdiccional en simultáneo; a diferencia de la JRD que exhibe una naturaleza meramente contractual y cuenta con el amparo de la NLCE y su reglamento. Así también, mientras el arbitraje es obligatorio en materia de contrataciones del Estado, la JRD tiene un carácter opcional. Finalmente, los procesos arbitrales, en los casos de

proyectos de construcción, normalmente requieren la paralización de la obra en ejecución a fin de resolver la controversia; a diferencia de lo que ocurre con la JRD que garantiza la continuidad de la ejecución contractual mientras el conflicto está siendo resuelto.

El aspecto relevante radica en que mediante el arbitraje se expiden resoluciones revestidas de fuerza de cosa juzgada denominados 'laudos', los mismos que son inimpugnables; mientras que las JRD emiten 'decisiones' y/o 'recomendaciones' revestidas de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de que las partes conserven la posibilidad de acudir a un proceso arbitral en los casos en que manifiesten su desacuerdo; es decir, las JRD ejercen una especie de filtro previo, actuando como un verdadero presupuesto de arbitrabilidad o etapa pre arbitral, resolviendo los conflictos tempranamente (*on site / on time*), sin la necesidad de paralizar los proyectos en ejecución.

En este escenario, la presente investigación defiende la teoría que ambos MARCs están destinados a ser complementarios en la medida que la JRD, teniendo en cuenta sus similitudes y diferencias, no aspira a ser una competencia del arbitraje, sino más bien, actuar como un aliado, funcionando como un verdadero presupuesto de arbitrabilidad de manera que ambos contribuyan conjuntamente al perfeccionamiento de un sistema de administración de justicia más moderno y eficiente.

Por lo expuesto, mediante esta investigación pretendo esclarecer las confusiones propiciadas entre la JRD y el Arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico, coadyuvando en todo en cuanto sea posible con el fortalecimiento de ambas y la administración de justicia peruana.

II) FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿LA INCORPORACION DE LA JUNTA DE RESOLUCION DE DISPUTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (LEY N°30225), SE COMPLEMENTA CON EL ARBITRAJE?

III) HIPÓTESIS

La Junta de Resolución de Disputas se complementa con el arbitraje en la medida que constituyen una etapa previa al arbitraje; resuelve los conflictos tempranamente (on site / on time) y contribuyen de manera conjunta al perfeccionamiento de un sistema de administración de justicia más moderno y eficiente.

IV) OBJETIVOS

4.1. Objetivos Generales

Determinar la complementariedad entre la JRD y el arbitraje, en virtud a su reciente incorporación en la nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225).

4.2 Específicos

- Analizar el tratamiento nacional de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos ' MARCs'.
- Describir el tratamiento jurídico internacional de las JRDs.
- Determinar el tratamiento jurídico peruano propuesto para las JRDs.
- Esclarecer la actuación de la JRD como presupuesto de arbitrabilidad.

V) JUSTIFICACIÓN

La reciente incorporación de la JRD en nuestro ordenamiento jurídico es, hasta cierto punto, desconocido por muchos estudiantes de derecho y abogados en nuestro país. Por este motivo, existe la necesidad de promover su estudio y difusión al mayor número de personas e instituciones posibles del país.

En la ciudad de Trujillo, hasta la fecha de presentación de esta tesis, no existe antecedente alguno en investigaciones referente a este tema, así como en el Perú, la investigación sobre esta figura jurídica es escasa, por lo que existe una gran preocupación por evitar confusiones y/o limitar sus grandes beneficios por causas de su desconocimiento.

En definitiva, resulta importante analizar el debate generado a partir de las similitudes y diferencias entre las características que revisten las figuras del arbitraje y la JRD, con la finalidad de determinar en qué medida se complementan entre sí, esclareciendo ideas y sentando una posición propia al respecto.

JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

Al momento de iniciar la presente investigación, la NLCE aún no se encontraba vigente debido a que estaba supeditada a la publicación de su respectivo reglamento. En este orden, al inicio de esta investigación, la justificación práctica se centraba en la necesidad urgente de elaborar el Reglamento correspondiente; sin embargo, el 09 de enero del año 2016, entraron en vigencia ambos cuerpos normativos y, por ende, la aplicación de las JRD en las contrataciones del Estado, en el sector de la construcción.

Ahora bien, la presente investigación encuentra su justificación práctica en la medida que se determine la complementariedad entre la JRD y el Arbitraje. En este contexto, la justificación se enriquece con el aporte que

se realizará al ámbito jurídico a fin de dilucidar y establecer su naturaleza, características, alcances, estableciendo los efectos jurídicos, económicos, sociales y políticos generados a partir de su incorporación en el país; contribuyendo en la modernización y eficiencia de la administración de justicia del país.

CAPITULO II

**FUNDAMENTACIÓN
TEÓRICA**

SUB CAPITULO I

Antecedentes o investigaciones previas

Respecto al tenor de la presente investigación, no ha sido posible encontrar investigaciones previas en gran proporción debido a que esta figura jurídica es nueva y poco conocida en el país.

La presente tesis se ha desarrollado en base a trabajos de investigación, libros, publicaciones, y esencialmente en las exposiciones organizadas por La Pontificia Universidad Católica del Perú, de abogados y expertos extranjeros y nacionales; así como en revistas, artículos, ensayos, entre otros, enfocados en el tratamiento de la JRD y su debate en relación al Arbitraje.

II.A Antecedentes o investigaciones previas

II.A.1 Nacionales

Libro denominado “Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y Retos” (volumen 23 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre). El Dr. Mario Castillo Freyre, jurista peruano, especialista en el ámbito del Arbitraje, presentó este libro en el mes de junio de 2014, con un tiraje de 1000 ejemplares, elaborado en coordinación con el Dr. Roberto Hernández García, maestro en Derecho por la Universidad Panamericana y presidente del Comité de Solución de Controversias en Construcción de ICC México; introduciendo a las JRDs como un importante aporte para la comunidad jurídica peruana y latinoamericana. En este libro también participan especialistas como el Dr. César Guzmán Barrón Sobrevilla, actual director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica del Perú (CARC – PUCP); Jaime Gray Chichchón y Jonnathan Bravo Venegas; Jerry Brodsky, Carlos Peñate Guzmán; Gilberto José Vaz y Pedro Augusto Gravatá Nicoli; Juan Eduardo Figueroa Valdes; y Gustavo Paredes

Carbajal.

Libro denominado “Dispute Boards: Mecanismo de Prevención y solución de Disputas en los contratos de Construcción” (Volumen 33 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre), de un tiraje de 300 ejemplares, elaborado por Juan Diego Gushiken Doy y Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas, quienes sustentaron sus tesis para optar sus títulos de abogados en la Pontificia Universidad Católica del Perú logrando un calificativo sobresaliente y la recomendación de publicación de parte del jurado, sirviendo de base para este libro.

El Reglamento de la JRD del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica del Perú (CARC – PUCP), como primer cuerpo normativo privado del Perú, vigente desde mayo de 2013, constituyendo un valioso precedente a la consagración legislativa de la JRD en el país.

Conferencia internacional de solución de controversias en el sector de la construcción (Presentación del Primer Reglamento Dispute Boards en el Perú, antes mencionado) que fuere realizado los días 22 y 23 de mayo del año 2014 en la ciudad de Lima, por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP con el apoyo de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción en el que se congregaron importantes profesionales internacionales como Roger Peters (EE.UU), Jerry Brodsky (EE.UU), Marco Bográn (Honduras), Marc Sukkar (Qatar), Agenor Correa (Panamá), Juan Eduardo Figueroa (Chile), Roberto hernandez (México), entre otros.

Ensayo “Presupuestos de Arbitrabilidad en los Arbitrajes en Construcción: “Los Dispute Boards” desarrollado por Gustavo Paredes, socio de NPG Abogados, fundador de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y Profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Post Grado de la UPC; en el que se determina que los “Dispute Boards” vienen ganando reconocimiento internacional en el sector de la construcción y en el que es

inevitable la participación de abogados para solucionar los conflictos de manera temprana e inmediata.

Monografía denominada “Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción” por el Dr. Gustavo Paredes y Jaime Gray; mediante el cual se elabora una comparación entre los mecanismos alternativos de Resolución de controversias, con la finalidad de brindar un panorama más amplio para la presente investigación.

II.A.2 Internacionales

Libro denominado: “Arbitraje”, del jurista mexicano Francisco Gonzáles del Cossio, en el que desarrolla profundamente al tema del arbitraje y proporciona alcances importantes referentes a los MARCs, entre ellos a la JRD.

Tesis denominada “Sistema de Concesiones de obras Públicas, Solución de Conflictos e Introducción de los Dispute Boards o Paneles de Expertos” para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en el año 2012, Cesar Milton Alejandro Barrales Betancourt y Christian Andrés Vargas Gallegos, alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, cuya investigación se empleó para comparar el desarrollo de la figura jurídica en investigación en otra legislación.

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC Mexico - PAUTA): “Medios de Solución de Controversias: Panel de Adjudicación de Desavenencias. Una retrospectiva” México, junio 2006. Boletín Nro. 50. Dr. Lic. Herfried Woss W. En este trabajo, Los Dispute Boards son denominados como: Panel de Adjudicación de Desavenencias (PAD), mediante el cual se desarrollan detalles importante como definiciones, los tipos y antecedentes, consiguiendo una mayor percepción de su tratamiento jurídico a nivel internacional.

SUB CAPITULO II: MARCO TEORICO

TÍTULO I: MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

II.B.1 El Conflicto

El conflicto es parte inherente a la vida y a la naturaleza del hombre.

Etimológicamente, el término 'conflicto' proviene del latín 'confligere' que significa combate, lucha, pelea. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida; problema, cuestión materia de discusión.

Carlos Torres Angulo, señala que el conflicto ha coexistido con el hombre desde que éste empezó a vivir en sociedad como respuesta natural a la insatisfacción de necesidades, defensa de valores, entre otros que originaron que el conflicto sea parte inherente a la relación existente entre los hombres presentes en cada acto cotidiano, resaltando que las crisis humanas se basan en la colisión de intereses. (FRANCISKOVIC INGUNZA & TORRES ANGULO)

Al respecto, Remo F. Entelman indica que: "El conflicto es una especie o clase de relación social en los que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí" (ENTEELMAN, 2005)

Sobre este tema, Marianella Ledesma, con la finalidad de definir al "conflicto", cita a importantes autores como Folberg y Taylor, quienes definen al conflicto como "un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes". Así mismo, Boulding indica que el conflicto es "una situación de competencia en la que cada una de las partes, conscientemente desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de otra". Por otro lado, menciona que según Pruitt y Rubbin, el conflicto es "la divergencia percibida de interés o creencias que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente". Por último, cita a Boardman y Horowitz quienes definen al conflicto como "una incompatibilidad de conductas, cogniciones y/o afectos entre individuos y grupos que pueden o no

conducir en una expresión agresiva de su incompatibilidad social” (LEDESMA NARVAEZ, 2000)

En este contexto, el hecho de compartir un ámbito físico común, convivir entre semejantes, y ver la vida a través de diferentes perspectivas y con esquemas culturales propios, genera que los conflictos surjan de manera inexorable. Estas situaciones de Conflicto son inevitables en la sociedad en razón a la doble dimensión del ser humano que, por un lado, es un ser gregario; es decir, que no puede desarrollarse plenamente si no es en comunidad y, por otro lado, un ser individual, provisto de valores, creencias y sentimientos propios que lo convierten con un ser único e irrepetible. (CAIVANO, 2007)

Teniendo en cuenta esto, es preciso señalar que el Conflicto obliga a implementar nuevos mecanismos de solución para resolverlos. Por tal motivo, coincidimos con lo dicho por el Dr. Roque Caivano cuando indica que “una sociedad no debería aspirar a la inexistencia de conflictos, sino disponer de fórmulas eficaces para solucionarlos (...) (CAIVANO, 2007).

En efecto, la existencia de “Conflictos” no debe significar el quebrantamiento o ausencia de la paz, sino la necesidad de reforzar y actualizar los mecanismos para solucionarlos.

Por este conjunto de motivos, el conflicto es entendido como la divergencia de posiciones entre dos o más partes, producto de la propia naturaleza del hombre y su vida en sociedad que se presenta como un fenómeno inexorable y que debe ser tratado mediante mecanismos eficaces de solución con la finalidad de coexistir armónicamente en sociedad.

II.B.1.1. Los Conflictos en los contratos de Construcción

El sector de la Construcción es de naturaleza compleja y muy sensible en donde los conflictos de intereses no son ajenos a ella sino por el contrario, muy frecuentes.

En efecto, coincidimos con Thompson cuando señala que la industria de la construcción es un sector que registra un alto índice de conflictos que pueden

generarse por falta de comunicación, desconfianza, mala interpretación de contratos, incertidumbres existentes de los roles, responsabilidades, etc.; siendo que lo que inicialmente pudiera constituir una pequeña controversia, muchas veces se convierte en un litigio de grandes dimensiones. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

Freitas Cabanillas y Gushin Doy, exponen una perspectiva interesante referente a la existencia de las disputas en las construcciones, en el que articulan tres peculiares aspectos que generan potenciales conflictos en el marco del contrato de construcción, empezando porque i) la industria de la construcción esta revestida de operaciones complejas, en las que se involucran múltiples personas o empresas, generando múltiples litigios; ii) la presencia de dos categorías de disputas: por demoras, que pueden ser por la entrega de la obra o en el pago; y los defectos que pueden presentarse en cualquier obra de construcción; finalmente iii) la existencia de una tensión generada entre el propietario y el constructor en relación a la variación o modificaciones sobre lo preestablecido en los planos originales. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

Ahora bien, para mencionar algunos de los conflictos que se generan dentro del marco de un contrato de construcción, tenemos a la ejecución de adicionales, ampliaciones / suspensiones de plazo, costos y gastos generales, atrasos, nulidad de contrato, liquidación, pretensiones indemnizatorias, penalidades, mayores metrados, fórmulas de ajuste, ejecución de garantías, uso de adelantos, reducciones, Etc.

Por estos motivos, queda claro que el sector de la construcción, por su propia naturaleza, requiere de un tratamiento adecuado a efectos de facilitar la solución de las disputas que se generan, permitiendo que se garantice la seguridad jurídica en todos los campos.

A partir de las circunstancias antes mencionadas, los MARCs se convirtieron en una herramienta indispensable y necesaria en el marco de la Administración de Justicia, tal es así que “Hoy ninguna controversia comercial se resuelve fuera del

Arbitraje. Los convenios arbitrales en estos contratos son regla” (SOTO COAGUILA & BULLARD GONZALES, 2011).

La recientemente derogada “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, (Decreto Legislativo 1017) y la Ley vigente de Contrataciones del Estado (Ley 30225 establecieron como condición ‘obligatoria’ que *“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, SE RESOLVERÁN mediante conciliación o ARBITRAJE (...)”*.

La decisión de incorporar mayores mecanismos que garanticen la seguridad jurídica de las inversiones en el sector de la construcción en el país, ha permitido que el Perú mantenga una performance extraordinaria en cuanto a la tasa de crecimiento económico sostenido desde el año 2001. En este contexto, se han ejecutado mega obras como el gasoducto de Camisea, el túnel trasandino de Olmos, el tren eléctrico, la modernización del aeropuerto Jorge Chávez y la carretera Interoceánica del Sur, constituyendo proyectos de gran envergadura en favor del crecimiento económico del país (DIARIO GESTION, 2015), en los que necesariamente se añadieron cláusulas que incorporaban a mecanismos alternativos de solución para que solucionen los potenciales conflictos que se generen en virtud a los contratos de construcción celebrados.

Entre el año 2006 - 2011 el Perú registró un crecimiento promedio anual del PBI de 7,5%, registrando el pico más alto de 9,8% en el mes de Setiembre del año 2008 (EL BANCO MUNDIAL - BIRF - AIF, 2016), alcanzando el primer lugar de crecimiento económico de Sudamérica y uno de los primeros en el mundo. Durante el periodo 2001 – 2010 se registró un crecimiento promedio anual del PBI de 5,6%, impulsado por el dinamismo del mercado inmobiliario y la ejecución de obras de infraestructura pública y privada, en el que el sector de la Construcción lideró el crecimiento con una tasa promedio de 9% anual (INEI, s.f., pág. 37). Finalmente, para el año 2016 las proyecciones preveían un crecimiento de 4.4% en el sector de la Construcción (DIARIO GESTION, s.f.).

En el marco de lo antes expuesto, La posibilidad de resolver los conflictos generados en los contratos de construcción, mediante un proceso Arbitral, sin duda ha venido contribuyendo enormemente en aspectos económicos, jurídicos, políticos y sociales desde las perspectivas del Poder Judicial, el Estado, la sociedad y, en definitiva, con la Administración de Justicia en general.

Sin embargo, el arbitraje no termina de satisfacer las exigencias de tiempo y costo del sector de la construcción, debido a diferentes razones como su larga duración, su carácter cada vez más sofisticado, Etc. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016). A eso le añadimos que su actuación post conflicto genera la paralización de la obra mientras que el conflicto es ventilado en instancia arbitral.

En este sentido, coincidimos plenamente cuando se dice que “mientras más temprano se resuelva un conflicto, el costo para las partes será menor, pues todo conflicto genera un costo adicional, habitualmente no previsto”. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016).

Por motivos como estos, los propios ingenieros y quienes se desenvuelven en este sector tan proclive a los conflictos, elaboraron un mecanismo conocido internacionalmente como: Dispute Boards (DB), denominado en el Perú como: Junta de Resolución de Disputas (JRD), capaz de solucionar de inmediato la disputa que se genere entre las partes del contrato y a la vez capaz de prevenirlo, sin la necesidad de que la obra se paralice.

En conclusión, los conflictos en el contrato de construcción en el Perú, en el marco de las contrataciones con el Estado, son ventilados a través de los MARCs, como el Arbitraje, el mismo que es de previsión obligatoria y, mediante las JRDs, de carácter opcional, como lo desarrollaremos más adelante.

II.B.2 Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC's)

Una vez comprendidas las nociones básicas sobre conflicto, es necesario profundizar más acerca de existencia de los mecanismos para solucionarlos.

Por un lado encontramos la vía tradicional comprendida por la Justicia ordinaria o estatal, representada en el poder judicial; y por otro los Mecanismos alternativos de Resolución de Conflictos (MARC's), los cuales han ido evolucionado, modernizándose y adecuándose a determinado espacio y tiempo en el que se desenvuelven.

Los MARCs se presentan como fórmulas, medios u cualquier otro término que importe una opción alterna a la jurisdicción estatal, utilizada para solucionar controversias que se suscitan entre dos o más partes que opten por no recurrir al poder judicial.

De manera acertada, Rosario García, indica que se han empleado diversas expresiones para señalar un mismo concepto tales como: *“Tratamiento alternativo de resolución de conflictos, mecanismos alternativos de tratamiento de resolución de conflictos, medios alternativos, justicia informal, justicia comunitaria, entre otros”*; que no son sino fórmulas de hacer justicia distintas a la Jurisdicción ordinaria. (GARCIA, 2002)

La autora antes citada continúa señalando que estas fórmulas se encuentran consagradas en todas las legislaciones nacionales de los países de la región (América Latina) y son utilizadas en éste mundo de economía globalizada donde los conflictos derivados de acuerdos y contratos entre empresas ya no se resuelven por los tribunales ordinarios debido a la demora en las resoluciones judiciales y elevados costos de los procesos. (GARCIA, 2002)

En definitiva, la implementación los MARCs en los países de América latina ha sido paulatino pero de vital importancia en razón a los requerimientos internacionales que exige el mundo moderno, con la finalidad de promover las relaciones multilaterales y su desarrollo económico, social y político, contribuyendo a descongestionar la carga procesal y, de esta manera, contribuyendo con el

fortalecimiento de la confianza y seguridad jurídica en la administración de Justicia de los países.

II.B.3 Clases de Mecanismos de Resolución de Conflictos

Los mecanismos de resolución de conflictos se encuentran organizados en dos clases: Los autocompositivos y heterocompositivos, distinguiéndose según determinado comportamiento, tal y como lo veremos a continuación.

Los Mecanismos Autocompositivos, se caracterizan porque las controversias son resueltas mediante el propio impulso y voluntad de las partes; es decir, únicamente las partes involucradas dan solución a las disputas suscitadas entre ellas, sin la intervención decisoria de nadie más. En este tipo de clasificación se encuentra la conciliación, negociación y la transacción.

Los Mecanismos Heterocompositivos, tienen la particularidad de la terceridad; es decir, las partes confían en una persona ajena a su entorno para cederle la facultad de decidir sobre la situación de desavenencia suscitada. En esta clasificación se encuentra la administración de justicia ordinaria ejercida por el Poder Judicial y los mecanismos alternativos como el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas.

II.B.3.1 La Conciliación

La Conciliación es un MARC consagrado en el ordenamiento Jurídico Peruano mediante el Decreto Legislativo 1070 promulgada en el año 2008, la misma que modificó a la Ley Nro. 26872 del año 1997.

Según Carnelutti, la conciliación está constituida por la “intervención de un tercero entre los dos portadores de dos intereses en conflicto con el objeto de inducirles a una composición justa’ (CARNELUTTI, 1994) .

Al respecto, Marianella Ledesma, postula que “La conciliación, constituye uno de esos medios, por el cual un tercero imparcial interviene en el conflicto, con el consentimiento de las partes, para ayudarles y facilitarles la obtención de algún acuerdo que satisfaga los intereses de las partes enfrentadas. La

importancia de esta intervención reside en que sólo las partes y nadie más que ellas, son las que definen el resultado que quieran atribuir al conflicto que las separa. El poder de decisión está en las partes y no en tercero conciliador, quien interviene como un mero avenidor o facilitador de la comunicación. Es pues el binomio, conflicto y voluntad, los pilares sobre el que se construye la conciliación.” (LEDESMA NARVAEZ, 2000)

En el Perú, la figura de la Conciliación se consagra en dos momentos particulares: *Judicial y extrajudicial*. Mientras que la Conciliación Judicial implica la participación de un juez quien insta a las partes a llegar a un acuerdo entre ellas a fin de solucionar sus disputas antes de iniciar o continuar con el engorroso camino del proceso judicial, tal y como establece artículo 323° del Código Procesal Civil, indicando que *“las partes pueden conciliar en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia”*; por otro lado, la Conciliación extrajudicial representa un MAR, mediante el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación, antes o fuera de un proceso judicial, con la finalidad de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual ante determinado conflicto.

La conciliación no constituye un acto jurisdiccional por cuanto los acuerdos que se adoptan obedecen exclusivamente a la voluntad de las partes materializadas en el documento denominado: “Acta de conciliación”, la misma que contiene el acuerdo conciliatorio total o parcial, según la particularidad de los casos.

Así mismo, la conciliación propicia una cultura de paz, equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía en la que impera la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, la conciliación es un MARC de naturaleza autocompositiva en el que las partes son las únicas que pueden solucionar la disputa generada entre ellas, y la actuación del tercero (conciliador) solo se limita a intervenir como facilitador entre ambos. La vigencia de este mecanismo ha permitido

el acceso a una administración de justicia más moderna, contribuyendo con la productividad jurídica y competitividad económica del país.

II.B.3.2 La Mediación

La Mediación, constituye un mecanismo o procedimiento no adversarial de naturaleza autocompositiva en el que interviene un tercero llamado 'mediador' que se limita únicamente a actuar como facilitador entre las partes enfrentadas, sin la capacidad de ofrecer ni imponer solución a la controversia, con la finalidad de lograr una solución al conflicto en la que prime la voluntad de éstas.

La mediación tiene características particulares en el que destacan la complementariedad; toda vez que no es un medio excluyente de la jurisdicción; sino por el contrario, representa una opción extrajudicial, preprocesal y alternativa; destacando la voluntariedad de la partes para acudir, desistir e incluso tomar sus propias decisiones.

II.B.3.3 El Arbitraje

El Arbitraje como mecanismo alternativo a la resolución de conflictos fue consagrado, por primera vez, en el numeral 1 del artículo 233 de la Constitución Política del Perú de 1979 en la que se incorporaron, por vía de excepción, a la "Jurisdicción Arbitral y militar".

Así mismo, la figura arbitral fue incorporada mediante la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral en los artículos 1906° al 1908° y 1909° al 1922° del Código Civil de 1984, respectivamente. Posteriormente fueron derogados por la Ley 25935 publicada el 10 de diciembre de 1992, derogada por la Ley 26572 del año 1996 y finalmente por la actual Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071 del año 2008.

Actualmente, el Arbitraje se encuentra amparado por nuestro ordenamiento jurídico en La Constitución Política del Perú de 1993, específicamente en el numeral 1 del artículo 139°, *consagrando al arbitraje como excepción a la función jurisdiccional*; en el artículo 62° (título III: Régimen Económico) en la

que se establece que *“Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previsto en el contrato o contemplados en la Ley”* ; y en el artículo 63° en que señala que *“El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”*.

La Ley General de Arbitraje del Perú, Decreto Legislativo 1071, (en adelante LGA), es considerada como uno de los cuerpos normativos en materia arbitral más modernos y atractivos de la región latinoamericana y del mundo.

La consagración de ésta ha contribuido con el crecimiento económico de nuestro país, permitiendo y garantizando mayores inversiones nacionales y extranjeras en territorio nacional. La LGA y sus condiciones apropiadas para agilizar la solución de controversias en contratos o acuerdos celebrados por el Perú, contribuyen permanentemente con la modernización del Estado y de la administración de Justicia.

Finalmente, es preciso indicar que la Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225) y su respectivo reglamento (Decreto Supremo 35 – 2015 - EF), vigentes desde el 09 de enero de 2016, han previsto mantener la hegemonía ganada por el Arbitraje durante todos estos años de vigencia, consagrándola como una exigencia indispensable y obligatoria para resolver las disputas suscitadas en materia de contrataciones con el Estado.

II.B.3.3.1 Definición

El Arbitraje es un MARC de naturaleza heterocompositiva por medio del cual un tercero llamado árbitro o un tribunal arbitral compuesto por 2 o hasta 3 árbitros, intervienen en una controversia suscitada entre las partes a fin de resolverla, emitiendo un documento que contenga una solución al mismo, denominado “Laudo Arbitral”.

Al respecto, Cantuarias indica que el Arbitraje constituye aquel “Medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión”. (CANTUARIAS & ARAMBURÚ, 1994)

Así mismo, de acuerdo a lo expresado por el Dr. Lohmann, el Arbitraje es “La institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la solución de un cierto conflicto de Derecho Privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades” (LOHMANN TUCA DE TENA, 1987)

FELDSTEIN DE CARDENAS, citado por CASTILLO FREYRE postula que el Arbitraje es el “Método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite sustraerse de la intervención de los órganos estatales”: es decir, a opinión de HUMBERTO BRISEÑO, “Cuando dos o más personas acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero”. (CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, 2007, pág. 37)

Mario Castillo Freyre señala que “ninguna definición que no parta de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa porque sólo a partir de este hecho fundamental que es, a nuestro criterio, que a los miembros de una comunidad jurídica puedan sustraerse a los órganos judiciales del Estado para resolver por otra vía un conflicto de Derecho es que podemos inferir que el arbitraje tiene una función análoga a estos. En otras palabras: que a través del arbitraje se administra una justicia y que ésta no es igual a la que administra el Estado” (CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, El Arbitraje - El Juicio Privado: La Verdadera Reforma de Justicia, 2007).

El Arbitraje se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de Derechos deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecidos por ellas. Así, la decisión resolutoria de los árbitros o laudo será de cumplimiento obligatorio para las partes, en virtud de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos son ley para las partes. La ejecución de la decisión arbitral, en caso ésta sea necesario, queda siempre en manos del Estado”. (CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, El Arbitraje - El Juicio Privado: La Verdadera Reforma de Justicia, pág. 49)

En efecto, el arbitraje es una institución jurídica de carácter privado utilizada para la solución de controversias suscitada entre dos o más partes quienes deciden sustraerse a la jurisdicción estatal y otorgarle facultades a un tercero ajeno imparcial para que inicie un proceso a fin de resolver la desavenencia en cuestión.

En el Arbitraje, las soluciones se validan mediante sendas resoluciones denominadas Laudos Arbitrales, evitando iniciar una lid en tribunales ordinarios o por medio de la Justicia ordinaria.

II.B.3.3.2. Naturaleza Jurídica

La discusión respecto a la naturaleza del Arbitraje representa una batalla doctrinaria oportuna de analizar en este apartado a fin de evitar posteriores confusiones en relación al tratamiento que haremos más adelante cuando nos toque determinar la naturaleza jurídica de las JRDs.

A continuación encontramos tres diferentes posiciones que, por un lado, defienden la esencia privada del arbitraje; mientras que por otro señala que su naturaleza responde a un carácter netamente público; y finalmente, una tercera que le adjudica una Naturaleza mixta,

también conocidas como intermedia o sincrética. En este orden, nos corresponde analizar estas perspectivas y sustentar nuestra posición.

En primer orden, LA TEORÍA CONTRACTUALISTA O PRIVATISTA DEL ARBITRAJE por un lado defiende su posición destacando que la autonomía de la voluntad constituye como una característica inherente al arbitraje y, por otro, negando cualquier injerencia jurisdiccional.¹

En este orden, la autonomía Privada es la figura por medio del cual se justifica la intervención del árbitro para resolver un conflicto, a partir de la pretensión de las partes de someterse a la decisión que éste pronuncie; siendo que existe un claro consentimiento que crea derechos y obligaciones entre ellos. (HERNANDEZ ARTEAGA, pág. 17).

Esta autonomía y creación de derechos se ve materializada en el contrato suscrito por las partes y la facultad que éstas tienen para crear sus propias normas de juego en virtud a sus requerimientos.

Por otro lado, se señala que el árbitro no posee poder jurisdiccional; básicamente porque existen bastas diferencias entre el poder del juez y el árbitro, la sentencia y el laudo; los procedimientos del ámbito público, ejercido por el poder judicial y el privado, ejercido por el Arbitraje y otros MARCs, entre otros.

En segundo lugar, LA TEORÍA PROCESALISTA O JURISDICCIÓN DEL ARBITRAJE, pretende demostrar que éste si posee carácter jurisdiccional o procesal, desterrando cualquier influencia contractual en el arbitraje.²

¹VARGAS GARCIA, Fernando, citado por el profesor Mario Castillo, ha señalado detalladamente a los máximos exponentes, defensores y divulgadores de esta teoría; así tenemos, en Francia: Merlin, Fuzier Hernan; Weiss, Garzonnet; Cesar – Bru y Brachet; en Italia: Mattiolo, Chiovenda, Satta, Alfredo Rocco, Andrioli, Lugo, Pece, Furno y Costa; en España: Joaquín Escriche; finalmente, en Argentina: David Lescano.

²VARGAS GARCIA, Fernando citado por el profesor Mario Castillo ha establecido nuevamente los nombres de quienes suscriben dicha teoría, entre ellos tenemos: En Italia a: Ludovico Mortara, Ugo Rocco, Capaccioli,

Al respecto, Ludovico Mortara señala que la existencia del arbitraje se debe a la institución que la ley le ha otorgado como tal, invistiéndola con “cierto grado de soberanía inherente al Estado, poder necesario para resolver un conflicto con absoluta autoridad (...). El poder de los árbitros no nace del simple nombramiento que hacen las partes de ellos, en la medida que las partes no poseen tal facultad, porque no podrían otorgar lo que no les es propio” (CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, El Arbitraje - El Juicio Privado: La Verdadera Reforma de Juiticia, pág. 45)

En este orden, la existencia y eficacia del arbitraje se sustenta en el amparo Estatal, tanto así que se encuentra consagrada en nuestra Constitución Política, brindándole la opción a las partes de resolver sus controversias mediante el ámbito privado, otorgándole fuerza obligatoria al laudo a fin que dicha decisión se respete, cual sentencia.

Finalmente, la **TEORIA MIXTA o INTERMEDIA o SINCRÉTICA**, afirma que el arbitraje tiene tanto de público como privado; es decir, su naturaleza jurídica puede ser considerada como mixta.

Se identifica una dualidad conjunta de naturalezas, estas son: “La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito ad hoc querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de Derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito (...). (CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, El Arbitraje - El Juicio Privado: La Verdadera Reforma de Juiticia, pág. 47)

En este sentido, a nuestra consideración, resulta evidente que ante la ausencia del contrato, no existe forma alguna de resolver la controversia a través del arbitraje y; por otro lado, es necesario que

Jaefér, Boscarelli, Vichione, Pietro Bonfante, Vincenzo Galante, Prospero Fedozzi, Ghirardini y Galano; en Francia: Laurent, Lainé, Boncene, Glason, Tissier y Morel; en España: Reus y Manresa, Antonio Malaver y Rafael de Pina; en Chile: Patricio Aylwin Azócar.

se encuentre revestido del carácter jurisdiccional para que lo actuado por las partes tengan reconocimiento y fuerza más allá del proceso.

Por lo tanto, nuestra conclusión ha sido siempre que para entender a la naturaleza del arbitraje no se puede excluir al contrato ni al Estado, siendo que la sinergia de ambas instituciones, tanto de la pública como de la privada, se complementan para proporcionarle una naturaleza mixta al arbitraje.

Sin embargo, todo este debate ha sido agotado cuando en el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia emitida en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, estableció que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional debido a que la Constitución, mediante su artículo 139°, le consagra una naturaleza excepcional de jurisdicción, otorgándole facultades a los árbitros para resolver controversias, obligándolos a respetar los derechos fundamentales y sujetos a control sin intromisión del poder judicial. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016).

II.B.3.3.3. Tratamiento Jurídico Peruano del Arbitraje

El Perú, como ya se ha dicho anteriormente, tiene consigo una de las leyes más modernas y atractivas de Arbitraje, la misma que se instituyó mediante la promulgación de Ley General de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) en el año 2008, (en adelante LGA).

Al respecto, a fin de tener un panorama más claro acerca del tratamiento jurídico del Arbitraje en el Perú, evitando confusiones posteriores respecto a las JRD y poder compararlas entre sí; presentaremos brevemente las siguientes clases de Arbitraje: i) El Arbitraje ad hoc o institucional; ii) Arbitraje de Derecho y de Conciencia; y finalmente iii) Nacional o Internacional.

II.B.3.3.3.1. El Arbitraje Institucional

Se lleva a cabo cuando las partes han optado por acudir a una de las instituciones arbitrales constituidas en el país. En este tipo de Arbitraje

es fundamental que la manifestación de voluntad exprese clara y específicamente el nombre exacto del centro de arbitraje a la que acudirán a fin de solucionar sus conflictos. Esta condición sine qua non debe estar contenida en el convenio arbitral celebrado a raíz del contrato entre las partes.

Es importante precisar que las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro; tal y como indica lo indica el artículo 7 de la LGA; así como también exige la inscripción ante el Ministerio de Justicia de aquellas instituciones públicas con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras.

II.B.3.3.3.2. Arbitraje Ad Hoc

Se lleva a cabo cuando las partes han optado por otorgar facultades a árbitros independientes, sin la necesidad de estar constituidos en algún centro de arbitraje para que organicen y administren un conflicto suscitado entre las partes que han celebrado el contrato.

Así mismo, es importante precisar que nuestro ordenamiento jurídico, en el numeral 3 del artículo 7 de la LGA, ha establecido que se entenderá que el arbitraje es ad hoc cuando no se ha designado institución arbitral alguna o cuando en el convenio arbitral exista una designación patológica, contradictoria, incompatible o simplemente la institución arbitral no exista o no acepte el cargo.

II.B.3.3.3.3. Arbitraje de Derecho

En esta clasificación, el árbitro o el Tribunal Arbitral decidirán el fondo de la controversia aplicando el ordenamiento jurídico; es decir, en el caso de nuestro país, la norma aplicable al fondo de la controversia será el de la Ley Peruana.

En efecto, la LGA, en el inciso 1 del artículo 57 establece como regla general que en el arbitraje nacional, el fondo de la controversia será resuelto de acuerdo a derecho.

II.B.3.3.3.4. Arbitraje de Conciencia

Este tipo de arbitraje se caracteriza en cuanto a que los árbitros no están sometidos a seguir reglas específicas en relación a la emisión de sus decisiones por cuanto están facultados de guiarse de acuerdo a su leal saber y entender; obedeciendo a lo que su prudencia y equidad les dicten.

La posibilidad de que los árbitros decidan en equidad o en conciencia solo se dará cuando las partes lo autoricen expresamente para ello, tal y como se indica en el inciso 3 del artículo 57 de la Ley General de Arbitraje.

En este tipo de arbitraje, coincidimos con la posición del profesor Mario Castillo en el que, citando a Fernando de Trazegnies, comparte la idea que hay muchas razones por las que las partes preferirían un arbitraje de conciencia; sin embargo, existe también el temor en que este tipo de arbitraje devenga en arbitraria, caprichoso o subjetivo, contraviniendo la ley. En este sentido, afirma que no se trataría de otorgar carta blanca para una eventual vulneración de su ordenamiento jurídico. (CASTILLO FREYRE & SABROSO MINAYA, 2011)

En efecto, debemos decir que, a pesar de que el Arbitraje sea de conciencia y el árbitro esté facultado a emitir un fallo de acuerdo a su “leal saber y entender”, no podrá emitir una solución que contravenga el propio ordenamiento jurídico.

II.B.3.3.3.5. Arbitraje Nacional

El arbitraje nacional se aplica de acuerdo a la normas estipuladas en La LGA, cuyos efectos tienen como referencia al Estado Peruano comprendiendo al gobierno Nacional, los gobiernos regionales, locales y

sus respectivas dependencias; tal y como lo tipifica el artículo 4 del mencionado cuerpo normativo. Así mismo, se establece el alcance a las personas jurídicas de derecho público, empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal.

En adición a lo expresado, se establece también que se puede someter a arbitraje nacional: i) Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre las entidades estatales; ii) controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.

II.B.3.3.3.6. Arbitraje Internacional

El arbitraje de carácter internacional se faculta cuando se incurre en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 5 de la LGA, tales como: i) Domicilio de las partes en estados diferentes al momento de la celebración del convenio arbitral; ii) El lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral estuviera situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios; y iii) Cuando se trate de partes domiciliadas en el Perú y el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha está situado fuera del territorio nacional.

II.B.3.3.4 El Convenio Arbitral

El Convenio Arbitral constituye aquel acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias, surgidas o que puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. (MARTINEZ COCO, 2015)

El código Civil Peruano de 1984, la ley distinguía dos tipos de contratos arbitrales: La 'cláusula compromisoria' y 'compromiso arbitral'.

La 'Clausula Compromisoria' consistía en un contrato suscrito antes de que surgieran las controversias en el que las partes se comprometían a contratar un arbitraje en un futuro; mientras el 'El Compromiso Arbitral' era el contrato definitivo firmado por la partes cuando la controversia ya existía y estaba determinada y que necesariamente tenía que celebrarse para acudir al arbitraje. (CASTILLO FREYRE & SABROSO MINAYA, 2015)

El citado autor añade que lo que ocurría en la práctica era que una de las partes se negaba a suscribir el 'compromiso arbitral', generando que ésta situación se someta a la jurisdicción estatal, siendo que después de un largo proceso, el juez era el único facultado para otorgar dicho compromiso. Al respecto, Trazegnies establecía, con razón, que "el Arbitraje resultaba siendo un sistema inoperante.". (CASTILLO FREYRE & SABROSO MINAYA, 2015, pág. 104)

De esta forma, una vez derogadas las normas sobre Arbitraje en el Código Civil, tanto el Decreto Ley N°25935 de 1992 como en Ley N°26572 de 1996, se incorpora el concepto de 'Convenio Arbitral', el mismo que sustituye todos los efectos de los tipos de contratos antes señalados a fin de regular modernamente el Arbitraje y sentar las bases de lo que hoy tenemos.

Mediante el artículo 13 del Decreto Legislativo N°1071 del 2008, se regula la figura del 'Convenio Arbitral' respecto de su contenido y forma, estableciendo lo siguiente: “

1. *El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.*
2. *El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.*
3. *Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el*

acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. *Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.*
5. *Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.*
6. *La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.*
7. *Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.”.*

De esta forma, la LGA ha consagrado la figura del ‘Convenio Arbitral’, destacando que dicho convenio representa un acuerdo de voluntades en el que se pacta el sometimiento de las controversias surgidas o que podrían generarse en el marco de un contrato celebrado entre dos o más partes.

En relación al 'Convenio Arbitral', es importante esclarecer qué se quiere decir con 'Cláusula incluida al contrato' y 'Acuerdo Independiente'. La primera consiste cuando el pacto se consigna dentro del mismo contrato; mientras que la segunda se realiza sobre controversia producida en el caso de un conflicto de interés ex ante el contrato de arbitraje o ante un hipotético contrato universal de arbitraje (CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, 2007, pág. 71). En otras palabras, el primero constituye una cláusula del contrato y el segundo es externo al mismo. (MARTINEZ COCO, 2015)

Por otro lado, otra situación importante de precisar es referente a la formalidad del Convenio Arbitral. Anteriormente se exigía que dicho convenio arbitral sea estrictamente por escrito; sin embargo, se ha dispuesto cambiar la exigencia formal escrita, con la finalidad de adaptar dicha herramienta a la modernidad y acorde a las prácticas y usos del comercio, ampliando el sentido tradicional de ese concepto y abriendo la posibilidad de utilizar 'cualquier otro medio o en cualquier forma que deje constancia su contenido'. De esta manera, el acuerdo de arbitraje podrá concertarse incluso verbalmente, a condición que se deje constancia de su contenido. (CASTILLO FREYRE & SABROSO MINAYA, pág. 109)

En conclusión, el convenio arbitral representa un contrato en sentido estricto en el que las partes pactan someter sus conflictos a instancias arbitrales y sustraerse de la jurisdicción ordinaria, debiendo cumplir con ciertos requisitos esenciales como: el consentimiento, la relación jurídica y la forma; es decir, deber ser manifestado por personas con plena capacidad para obligarse, teniendo un objeto lícito jurídica y físicamente posible. En cuanto a su formalidad, ya se ha precisado que puede materializarse por cualquier medio en el que se deje constancia de su contenido, dejando abierta la posibilidad a los medios electrónicos e incluso a los verbales.

Este breve análisis tiene como finalidad evitar las confusiones que se pudieran generar a raíz del tratamiento adoptado para las JRDs, toda

vez que este mecanismo también requiere de un convenio contractual que lo prevea, tal y como lo veremos más adelante.

II.B.3.3.5. El Laudo Arbitral

El Laudo arbitral constituye la resolución emitida por los árbitros respecto de la controversia para lo cual fueron acreditados de resolver. Es preciso tener una visión amplia respecto del Laudo a fin de no generar confusiones al momento de desarrollar el particular comportamiento de la JRD y las resoluciones que éstas emitan.

A modo de tener un enfoque preciso, resulta ilustrativo destacarlo lo señalado por CASTILLO FREYRE Y VASQUEZ KUNZE, cuando señalan que el Laudo, temporalmente, representa: 'La Hora definitiva de la verdad'; contractualmente constituye 'el punto culminante de la contraprestación que reciben las partes que contratan a los árbitros para que les hagan justicia'; procesalmente implica 'el fin del proceso'; y, materialmente es 'el instrumento jurídico mediante el cual se expresa definitivamente la manifestación de voluntad de los árbitros sobre los derechos que asisten a una de las partes y las obligaciones que pesan sobre la otra, en relación a la materia controvertida sometida a su juicio por esas mismas partes'. (CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, 2007, págs. 239-240)

El numeral 2 del artículo 59 de LGA peruana establece que el Laudo tiene calidad de cosa juzgada; es decir, es definitiva y no se admite posteriores cuestionamiento sobre el mismo, constituyendo una de sus características más destacadas. Así mismo, el numeral 1 del mismo artículo dispone que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde la notificación a la partes.

De esta manera y mediante el Laudo, el arbitraje garantiza la seguridad jurídica y brinda un clima atractivo para las inversiones nacionales y extranjeras dentro del territorio nacional.

En cuanto a la Ejecución del Laudo, dicha facultad recae en el juez sub especializado en lo comercial o en su defecto, en el juez civil del lugar del arbitraje o donde el laudo debe producir su eficacia. (numeral 3 del artículo 8 de la LGA)

Al respecto, CASTILLO FREYRE y VASQUEZ KUNZE bien hacen en precisar que los árbitros no pueden hacer valer su propio laudo, ni siquiera con quienes se lo han solicitado debido a que solo el Estado posee la fuerza para exigir la ejecución del mismo; es decir, es cierto que el laudo debe ser acatado por las partes del proceso pero su desacato solo puede ser conjurado por el Estado a través de sus tribunales de Justicia. En palabras propias de los autores mencionados, “solo el Estado tiene por el momento el imperio para hacer cumplir un laudo”. (CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, 2007, pág. 244)

En este sentido, si bien es cierto el laudo representa una decisión definitiva y absoluta, la ejecución del mismo debe ser perseguida por la jurisdicción ordinaria; en este caso, el poder judicial.

A modo de comparación, referente al laudo arbitral y la sentencia, podemos indicar lo siguiente: i) el laudo no posee pluralidad de instancias, mientras que este derecho si es posible en la sentencia; ii) en el laudo opera el dominio privado, en la sentencia opera un dominio estrictamente jurisdiccional; iii) el laudo está facultado para tomar decisiones de conciencia y de derecho, mientras que por medio de la sentencia siempre deberá ser de Derecho; iv) el laudo no tiene fuerza ejecutiva como sí lo tiene la sentencia y el ius imperium de la jurisdicción ordinaria.

Dicho esto, queda claro que el Laudo representa un instrumento jurídico totalmente distinto a la sentencia y a las resoluciones que emiten las JRDs y otros MARCs, tal y como lo veremos más adelante.

TÍTULO II: LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (DISPUTE BOARDS)

II.B.2.1 Antecedentes

Aunque suene irónico por un lado resaltar el carácter de 'novedoso', Los Dispute Boards (en adelante 'DB') o como es denominado en nuestro país: Junta de Resolución de Disputas (en adelante JRD); han sido implementados en grandes proyectos a nivel mundial durante los últimos 40 años, con experiencias de gran relevancia para el mundo jurídico y de la construcción.

Todo antecedente que se esboce respecto de la regulación de las DB debe partir de la mención de la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce) – CCI, que ha desarrollado en gran medida este sistema en razón a la aplicación un reglamento elaborado especialmente para éste mecanismo. El mencionado cuerpo normativo adoptó como base primigenia las reglas consignadas por la Federación Internacional de Ingenieros Consejeros, conocidas por su sigla en francés FIDIC, la cual incorporó a los DB en tres de sus libros de condiciones para contratos de proyectos de construcción, en 1996 al libro rojo, en 1997 al libro amarillo y en 1999 al nuevo libro rojo, al nuevo libro amarillo y al libro plateado. (FIGUEROA VALDÉS J.)

Según un informe realizado por la DRBF, se consigna que desde el año 1975 hasta el 2006, se han iniciado 1532 proyectos con un valor total de 98 billones de dólares. (CHARRETT, 2009)

Por otro lado, En Norteamérica, este mecanismo ha sido utilizado en más de 1200 proyectos en montos elevados a 90 billones de dólares permitiendo la construcción de grandes aeropuertos, carreteras y puertos; así como también, la experiencia Europea exhibe importantes proyectos como el Eurotúnel que une el Reino Unido y Francia, además de carreteras y obras de infraestructura en Italia, Dinamarca, entre otros. En esta línea, se encuentra el banco mundial que introdujo el funcionamiento de éste mecanismo alrededor del mundo, consignándolos en sus contratos que superaran los 50 millones de dólares. (FIGUEROA VALDÉS J.)

En latinoamerica, fue utilizado en Honduras en el proyecto de la Central Hidroeléctrica denominado “El Cajón” en la década de los 80. En consecuencia a eso, fueron implementados en la ampliación del Canal de Panamá con una inversión aproximada de 3.3 billones de dólares; Central Hidroeléctrica Coca Codo (Sinclair – Ecuador) con una inversión estimada de 1.5 billones de dólares; Proyecto Hidroeléctrico Chacayes (Chile) con inversiones de 275 millones de dólares, Etc. (FIGUEROA, 2015)

Adicionalmente, desde 1975, los DB fueron consignados experimentalmente para el Túnel de Eisenhower en Colorado – Estados Unidos. A partir de esta experiencia, se utilizó para el Proyecto Túnel bajo en el Canal de la Mancha; Aeropuerto de Hong Kong; Proyecto Hidroeléctrico de Ertan en China; Proyecto del Túnel para el tren bajo en el Canal de la Mancha en Gran Bretaña; Autopista de Mount Baker ridge en Washington; Túnel de Chambers Creek en Washington; entre muchos otros más. (FIGUEROA, 2015)

En el Perú, Los primeros atisbos de DB se presentaron en virtud a la confusión entre los DB y una suerte de ‘conciliación decisoria’ que en realidad constituía una suerte de DB unipersonal y ad hoc. . (Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos, 2015)

En el ámbito privado peruano, el primer reglamento de DB fue presentado por el Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC - PUCP), en el mes de mayo de 2013 convirtiéndose en la primera institución privada en ofrecer el servicio de administración de DB en el Perú, permitiendo su futura consagración a nivel legislativo, denominándola JRD.

En este orden, La Ley 30114 (Ley de Presupuesto público) logró la primera mención de las JRD para posteriormente ser introducida en la Ley 30225 Nueva Ley de Contrataciones con el Estado y finalmente en su respectivo reglamento (Decreto supremo 350-2015-EF) que entraron en vigencia desde el 09 de enero de 2016.

II.B.2.2 Definiciones y Nociones Previas

La Junta de Resolución de Disputas (JRD) o Dispute Boards (DB), constituyen un mecanismo de prevención y resolución de conflictos de naturaleza heterocompositiva conformada por uno o tres miembros denominados 'boards', 'adjudicadores' o 'expertos' que actúan desde el inicio hasta el final de la ejecución de un contrato de construcción a fin de prevenir y/o resolver las controversias que pueden suscitarse durante el mismo.

Las partes que celebran un contrato de construcción, tiene la posibilidad de prever la conformación de una JRD para que resuelvan los potenciales conflictos que se generen en la ejecución de dicho contrato, la misma que estará conformada por adjudicadores o expertos con la facultad delegada de pronunciarse sobre dichas controversias, de tal manera que sean resueltas de forma inmediata o, de lo contrario, actuará como una figura de prevención de estas disputas, precisando que el ámbito de aplicación de la JRD está diseñada para desenvolverse en obras de construcción de gran envergadura.

Al respecto, El Reglamento del ICC (International Chamber of Commerce) establece que "Los Dispute Boards son órganos permanentes, compuestos por uno o tres miembros, que normalmente se establecen al comienzo de un contrato para ayudar a las partes a resolver las desavenencias y controversias que pudieran surgir posteriormente o durante su ejecución. Por lo general, se utilizan en el ámbito de contratos a mediano o largo plazo." (REGLAMENTO DEL ICC)

Por su parte, el jurista Mexicano Roberto Hernández, define a los DBs como aquel "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 este proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta". (HERNÁNDEZ GARCÍA, pág. 27)

Ahora bien, una de sus más destacadas particularidades que distinguen a las JRD de los demás MARC's es que su actuación se aplicará durante todo el tiempo de la ejecución del proyecto celebrado entre las partes; es decir, desde el inicio del mismo hasta su entrega.

El panel de expertos tiene la obligación de conocer el proyecto de forma integral para tener la capacidad de solucionar las desavenencias que puedan generarse en tiempo real y evitar que la obra se paralice. De esta manera, su actuación evita que se ocasionen perjuicios que afecten al contratista, contratante y a la población beneficiada cuando se trata de obras contratadas por el Estado en favor de ellas.

Al respecto, CHAPARRO NAVARRETE expone que las JRDs o DBs, resultan especialmente útiles tratándose de contratos de construcción a mediano o largo plazo, ya que permiten resolver los conflictos en forma oportuna durante el desarrollo de las obras, sin necesidad de extinguir el vínculo contractual ni de paralizar los proyectos más allá del breve tiempo que el panel de expertos necesita para emitir un pronunciamiento. (FIGUEROA VALDÉS J.)

El citado autor agrega que mediante las JRD o DB, se persigue, por una parte solucionar tempranamente las desavenencias que se produzcan durante la ejecución de un contrato, evitando que por su acumulación se conviertan en complejos y costosos conflictos que pongan en riesgo la terminación de la obra.

Chapman los califica como una “revolución en la resolución de conflictos en la construcción”, definiéndolo como un “proceso de toma de decisión, hecho a la medida e inevitable para la industria de la construcción”. (PAREDES CARBAJAL)

Por su parte, CHAPARRO NAVARRETE señala que los DB se constituyen en virtud de un acuerdo formal suscrito por las partes de un contrato, a fin de enfrentar y resolver disputas que se produzcan entre ellas, fundamentalmente todas aquellas que vayan emergiendo desde el inicio y durante el período de ejecución del mismo. (PAREDES CARBAJAL)

De manera acertada, Herfried Wöss señala que “La mejor manera de describir un PAD (Panel de Adjudicación de Desavenencias) es como un ‘mecanismo in situ e

institucionalizado de resolución de controversias para grandes proyectos industriales a largo plazo'. Está integrado, generalmente, por tres personas imparciales e independientes de la desavenencia, seleccionadas por los contratantes como adjudicadores. (Herfried Wöss , 2006)

La diferencia esencial entre un PAD y el resto de las técnicas empleadas como Medios Alternativos de Solución de Controversias (como son el arbitraje y la mediación, entre otros), consiste en que en éste se designa al comienzo de un proyecto y se involucra activamente a lo largo del mismo a través de realizar visitas regulares al establecimiento o lugar de trabajo." (Herfried Wöss , 2006)

La Cámara de Comercio Internacional (CCI o ICC) ha dispuesto un tratamiento particular al momento de enmarcar con precisión los alcances y métodos a utilizar, tal y como se lee a continuación:

"El Dispute Board (DB) es un comité encargado de resolver las desavenencias que generalmente se establece desde el inicio del contrato y se mantiene durante toda la duración del mismo. Compuesto por uno o tres miembros que conocen en profundidad el contrato y su ejecución. El DB ayuda de manera informal a las partes que lo deseen a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato y emite recomendaciones o decisiones con respecto a cualquier desavenencia que le planteen una u otra de las partes. Los DB constituyen un mecanismo común para la resolución de desavenencias contractuales en el ámbito de contratos a medio o largo plazo." ((ICC))

Los DB's consisten en una junta de adjudicación de disputas "on site" o "en el sitio de la obra", por lo general, conformado por tres (3) expertos independientes e imparciales designados por las partes al inicio del proyecto. Es función de esto, los expertos hacen visitas periódicas o regulares a obra para involucrarse activamente en su concepción, desarrollo y complejidad. (PAREDES CARBAJAL, pág. 05)

La traducción libre del término DB es junta, comité, consejo, panel o mesa de disputas, integrada por expertos que -sobre la base de un procedimiento

contractual, independiente e imparcial- resuelven reclamos en plena ejecución de una obra y cuya decisión se torna obligatoria y final para las partes, en tanto decidan no recurrir al arbitraje, en cuyo caso, se convierte en una “condición de arbitrabilidad”; es decir en una vía previa e imperativa a ser agotada antes del inicio del arbitraje.” (PAREDES CARBAJAL, pág. 07)

CHAPARRO NAVARRE menciona que las JRD Constituyen ***una etapa pre-arbitral***, que no presenta los inconvenientes propios de los arbitrajes al igual que de los litigios, en que usualmente es muy tarde para resolver las disputas que requieren atención inmediata (FIGUEROA VALDÉS J. E.) (El subrayado es nuestro). En efecto, una característica destacada de las JRDs es que operan como una herramienta pre arbitral, por medio del cual se abre la posibilidad de acudir al fuero arbitral ante la oposición de alguna de las partes respecto de alguna decisión emitida por la JRD.

Al respecto, existen diferentes posiciones favor y en contra que aprueban y cuestionan, respectivamente, el carácter pre arbitral de las JRD en el Perú. La presente investigación desarrollará este tema con mayor énfasis más adelante, a fin de esclarecer y aportar argumentos en relación al comportamiento jurídico en mención.

II.B.2.3 Naturaleza Jurídica

Después de haber analizado el conflicto de posiciones referente a la Naturaleza Jurídica del Arbitraje, es momento de determinar cuál es la naturaleza jurídica de la JRDs y señalar sus diferencias para los fines de nuestra investigación.

En primer orden, las JRDs se celebran en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, sin injerencia ni obligatoriedad que podría haber sido impuesto por el Estado, cómo lo dispuso con el Arbitraje.

La autonomía de la voluntad de las partes se materializa mediante el contrato por medio del cual se decide constituir un panel permanente para resolver las disputas

que puedan suscitarse, toda vez que este mecanismo no es obligatorio, ni en el ámbito privado ni estatal, sino por el contrario, es opcional y de libre acuerdo.

Así pues, una de las características que delimitan a los métodos alternativos de resolución de Conflictos, es que su naturaleza es puramente contractual en el que se destaca el protagonismo de la autonomía privada. (MACHO GOMEZ, 2013)

En segundo lugar, es claro que las JRDs no cumplen un rol jurisdiccional.

Para esto, Devis Echandía define a la jurisdicción como “la soberanía del estado, aplicada por el conducto del órgano especial a la función de administrar justicia (...)”. Por su parte, Monroy Galvez señala que la jurisdicción es la potestad del Estado de administrar justicia. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

Por lo expuesto, resulta evidente que las JRDs no ejercen jurisdicción, toda vez que basta con examinar el carácter de las resoluciones que emiten las JRDs para verificar que carecen de particularidades como la de ‘cosa juzgada’, que sí ostentan las sentencias y los laudos; y por otro lado, los adjudicadores no tienen las prerrogativas que sí poseen los jueces, como la fuerza ejecutiva, el *ius imperium*, entre otros. Estos ejemplos se establecen en virtud a que las sentencias y los jueces sí ejercen una función jurisdiccional en mérito a que son los llamados a administrar justicia por la potestad que el Estado les ha otorgado.

En relación a lo dicho, rescatamos lo señalado por Tito Carnacini, Garzonnet y Cezar – Bru indicando que solo los tribunales ordinarios tienen el poder de imperio y por ende la función jurisdiccional, haciendo hincapié que los operadores de estos mecanismos alternativos de solución no tienen el poder que sí tienen los jueces como magistrados en relación a la cosa juzgada y la fuerza ejecutiva de su sentencia. (CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, pág. 42)

En tercer lugar, las JRDs tienen la capacidad de proponer las reglas de juego para la solución de las disputas a través de las partes por medio del contrato o acuerdo tripartito que suscriban.

En virtud a la libertad contractual, las partes tienen la capacidad de coordinar y proponer plazos, fechas, diligencias, audiencias, horarios, formalidades, entre otros elementos que no podrían concebirse en el ámbito jurisdiccional ejercido por el poder judicial, cuyo proceso es inmodificable y las partes no pueden proponer ninguna regla.

Además, las JRDs permiten que las partes puedan elegir a los miembros de las Juntas y a la institución o centros que administren su disputa, ejerciendo su derecho a la autonomía de la voluntad. Esto evidentemente no ocurre con los jueces en el Poder Judicial.

En conclusión, las JRD's presentan características como i) la autonomía de la voluntad; ii) no ejercen función jurisdiccional; y iii) tienen la capacidad de controlar sus disputas elaborando sus propias reglas de juego; circunstancias que jamás podrían acaecer en el ejercicio de una función jurisdiccional. Por todo lo expuesto, proponemos que las JRDs tienen una naturaleza estrictamente contractual, independientemente que el contrato se celebre entre entidades privadas o con la participación del Estado.

II.B.2.4 Características

II.B.2.4.1 Permanente

Los expertos o adjudicadores designados para componer una JRD y resolver determinada disputa, deben conocer de manera integral el proyecto y contrato pactado entre las partes, desde el inicio del contrato y durante toda la ejecución del mismo.

De esta manera, la JRD se encuentra en la capacidad de diseñar un cronograma de visitas periódicas, elaborar y solicitar informes y reuniones permanentes, entre otras diligencias que se ameriten, con la finalidad de estar informado de primera fuente y en todo momento de cada suceso que pueda ocurrir durante el desarrollo de la obra.

En el caso del arbitraje, las partes necesariamente deben informar a los árbitros todo lo concerniente las causas, efectos, demostrando su relación jurídica, entre otros detalles relativos al conflicto, precisando que éste se conoce después de producido y muchas veces obligando que la obra se paralice para resolverla. Esto no ocurre con la JRD debido a que no existe la necesidad de que alguien les narre nada ya que los adjudicadores conocen todos los pormenores de la obra por estar permanentemente pendientes de su desarrollo.

II.B.2.4.2. Garantía de continuidad de la Obra

Como ya hemos visto, las JRDs son permanentes y deben realizar constantes diligencias para mantenerse informados y conocer la obra de forma integral. En virtud de esto, la ventaja que tiene este mecanismo es que las disputas se resuelven insitu (on time / on side); es decir, en el tiempo y lugar que éstas se han producido. Por este motivo, las JRDs garantizan que la obra no se paralice; es decir, continúe en ejecución mientras que las disputas se resuelven de manera inmediata, eficaz y eficiente.

En este sentido, coincidimos con lo dicho por PEÑATE GUZMAN cuando señala que podrán presentarse varios reclamos y divergencias a lo largo del desarrollo de la obra en cuyos casos difícilmente habrá espacio para la suspensión y abandono de la obra con una Mesa integrada desde el inicio. (PEÑATE GUZMAN, 2015)

Esta particularidad constituye una fortaleza de la JRD que no la tiene el Arbitraje por cuanto la práctica nos demuestra que muchos de los conflictos ventilados en vía arbitral ocasionan la paralización de los proyectos hasta que estos sean resueltos por un laudo, mientras que la JRD resuelve las disputas paralelamente a la ejecución de la obra.

II.B.2.4.3 Celeridad

La JRD resuelve los conflictos que se generan entre dos o más partes en menor tiempo de lo que lo haría el arbitraje o cualquier otro mecanismo de resolución de conflictos.

Esto resulta evidente ya que en el arbitraje, los árbitros conocen el conflicto una vez que éste ya ha sido generado; es decir, su intervención empieza después que la relación entre las partes ya no pueden ser solucionadas entre ellos mismos; mientras que en la JRDs, los adjudicadores conocen los pormenores de la obra de manera integral y están al tanto de todo lo bueno y malo que ocurre o pudiera suceder, generando la capacidad de poder resolver las disputas de manera inmediata y más rápida que cualquier otro mecanismo.

Por otro lado, debido a la complejidad del sector de la construcción, las partes intervinientes de una JRDs han decidido eliminar cualquier trámite burocrático, formal o procedimiento engorroso que desnaturalice su voluntad primigenia.

En este sentido, las partes exigen que las soluciones a sus disputas sean resueltas en tiempo real y en los términos que fueron propuestos; todo esto con la finalidad de obtener los resultados pactados en su contrato, evitando que los conflictos dilaten su tiempo ni les generen mayores perjuicios económicos o de cualquier índole.

II.B.2.4.4 Especialidad

La JRDs prevé que su conformación debe estar compuesta por ingenieros, arquitectos y abogados especialistas en el ámbito de la construcción, negociación y solución de conflictos. Los expertos o adjudicadores no pueden ser ajenos a la complejidad y contexto de temporalidad de las actividades en que se desenvuelven dichos mecanismos.

Por este motivo, La JRD garantiza que el conflicto generado entre las partes será resuelto de acuerdo a los requerimientos técnicos que realmente requiere el proyecto para poder continuar con su proceso o culminarla.

II.B.2.4.5 Efecto Social

Cuando se trata de proyectos en el que una de las partes contratantes es el Estado, el aporte de la JRD es esencialmente importante.

La JRD, a comparación de cualquier otro MARC, contribuye con el Estado y la sociedad en general, garantizado su entrega dentro del plazo y los términos preestablecidos, evitando la paralización o estancamiento de los proyectos celebrados.

En este sentido, el efecto social de dicho mecanismo permitirá que las comunidades gocen de las obras publicas proyectas por el Estado oportunamente; es decir, reciban centros educativos, hospitales, carreteras, centros de recreación y otros proyectos de gran envergadura, en el tiempo y términos prometidos.

II.B.2.4.6 Voluntario

La JRD no representa, bajo ningún concepto, un requerimiento obligatorio o actúa como condición previa para solucionar los conflictos que susciten entre las partes; por el contrario, las partes pueden optar por contratar dicho servicio de manera totalmente voluntaria.

A comparación de lo que ocurre en el Arbitraje, el mismo que es obligatorio cuando se trata de contrataciones con el Estado; la JRD es estrictamente voluntaria debido a que prevalece la autonomía de voluntad y la libertad de contratación.

II.B.2.4.7 Preventivo

Las JRDs fueron creadas con la idea de cumplir el rol trascendental de prevenir los conflictos que inevitablemente se generan en la ejecución de un contrato de construcción. Por ese motivo, no solo es un mecanismo de resolución sino también de prevención de disputas.

La función preventiva hace posible que las disputas se resuelvan tempranamente, evitando que éstas se conviertan en insuperables,

desquebrajen la armonía entre las partes o se requiera de otras instancias para resolverlas. Esto ocasiona que solo los conflictos que realmente lo ameritan sean ventilados en instancia arbitral.

Esta característica permita que las disputas puedan ser controladas manteniendo la relación cordial entre las partes. Esto exige que los expertos o adjudicadores conozcan el proyecto en toda su dimensión, realicen trabajos constantes y diseñen estrategias de cordialidad entre las partes, velando por el cumplimiento de los fines para lo cual han celebrado el contrato.

II.B.2.4.8 Reducción de Costos

A entender de PEÑATE GUZMAN, la reducción de costos es probablemente una de las características más valoradas de este mecanismo en virtud a la comparación cuantitativa de costos entre las JRDs y la vía judicial e incluso arbitral. (PEÑATE GUZMAN, 2015)

De acuerdo con lo que señala Freitas y Gushiken, los DB resultan una opción mucho más económica a corto plazo que el arbitraje, duplicando la garantía en la especialidad de los miembros del DB, la inmediatez con la materia de Litis y la rapidez de la solución. (...) su costo debe ser visto como un costo seguro; es decir, un costo fijo, el cual evita afrontar un perjuicio económico mayor, protegiendo de los acontecimientos indeterminados. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

En efecto, no cabe duda que por un lado la reducción de costos será mucho mayor cuando la JRD logre evitar que el conflicto sea ventilado en un proceso arbitral o judicial y sea resuelto en instancias prematuras; es decir, previniendo que el conflicto se genere; mientras que por otro, también garantiza la satisfacción de los intereses primigenios cuando las disputas son resueltas de manera inmediata, sin la necesidad de largos procesos engorrosos o que la obra se paralice, como ocurre en el arbitraje y que a largo plazo genera un costo mayor.

II.B.2.4.9 Inmediatez

Según el Diccionario de la Real Academia Española, Lo inmediato implica que algo suceda en seguida o sin tardanza ((RAE), 2015). En este sentido, como ya hemos mencionado, los adjudicadores conocen de manera integral el proyecto por lo que su capacidad de respuesta a una disputa generada entre las partes se convierte en inmediata e instantánea, evitando trámites, formalidades y procedimientos engorrosos que dilatarían la ejecución del proyecto pactado.

Por lo expuesto, la inmediatez permite identificar y emitir soluciones tempranamente (ON TIME) ante la aparición de una disputa, solucionándola durante la ejecución de la obra (ON SITE), en favor de los intereses comunes de las partes.

II.B.2.6.8 Presupuesto de Arbitrabilidad

La JRD opera como un verdadero presupuesto de arbitrabilidad debido a que existe la posibilidad que las partes puedan someter las decisiones que éstas emitan a la vía arbitral, siempre que se incurran en los supuestos establecidos por ley o por el reglamento del Centro.

Al respecto, las JRD constituyen un procedimiento pre arbitral toda vez que las partes pueden acudir al arbitraje discutiendo y exponiendo su disconformidad con la decisión que hayan tomado los adjudicadores, dentro de los parámetros pre establecidos; no obstante, si éstos parámetros no se cumplen, la decisión deviene en final y obligatoria, implicando la renuncia de las partes al arbitraje para cuestionarla. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

Esta característica ha generado distintos puntos de vista, por un lado a favor y otros en contra, por lo que hemos decidido otorgarle un espacio exclusivo más adelante en el presente trabajo a fin de dilucidar algunos conceptos, conocer su tratamiento jurídico y brindarle herramientas de crítica constructiva a aquellos que les interese profundizar más en este tema.

II.B.2.5 Modalidades de las Junta de Resolución de Disputas (JRD) o Dispute Boards (DB) respecto a las Resoluciones emitidas

En este apartado examinaremos una de las clasificaciones más importantes que sirven para distinguir a las JRDs de los demás, a partir de sus decisiones emitidas por los adjudicadores.

En virtud a esto, la JRD se presentan esencialmente de tres tipos: Las Mesas Recomendatorias o Dispute Review Boards (en adelante DRB); Las Mesas Decisorias o Dispute Adjudication Boards (en adelante DAB); y por último, Las Mesas Combinadas o Combined Dispute Boards (CDB).

II.B.2.5.1.1 Mesas Recomendatorias o Dispute Review Boards (DRB)

Esta clase de DB emiten '*Recomendaciones*' en virtud a los reclamos que las partes planteen durante la ejecución de la obra, siendo que dicha recomendación no es obligatoria e incluso puede ser cuestionada por vía arbitral.

En palabras de PEÑATE GUZMAN, los DRB son aquellas en las que los expertos conocen de un conflicto y emiten una recomendación a las partes, las mismas que tienen la posibilidad de tomarlas o no. (PEÑATE GUZMAN, 2015, pág. 89)

Al respecto, El reglamento Normativo de la (CCI) - Cámara de Comercio Internacional relativo a los Dispute Boards, indica que los DRB emiten RECOMENDACIONES relativas a las desavenencias, estableciendo que las partes pueden acatar voluntariamente las recomendaciones pero no están obligadas a realizarlas.

Sin embargo, las recomendaciones pueden llegar a ser obligatorias para las partes cuando ninguna de ellas haya notificado su desacuerdo por escrito a la otra parte ni a la Mesa Recomendatoria en el plazo establecido, implicando que de no existir oposición escrita del desacuerdo, las partes deben cumplir la recomendación sin demora y sin opción a impugnarla, siempre y cuando el acuerdo sea válido; siendo que si una de las partes no cumple una

recomendación obligatoria, la otra podría someter el incumplimiento a un proceso arbitral o cualquier tribunal competente.

Las ventajas más relevantes de este mecanismo es que i) puede influenciar a las partes a arreglar sus disputas de forma directa, evitando acudir al arbitraje o al poder judicial; ii) sirve con indicativo que refleja la opinión de expertos y podría utilizarse como medio probatorio en un posible litigio; iii) el procedimiento y el término no son amenazantes, en virtud a su carácter no vinculante; iv) no requiere mayor formalidad generando la reducción de sus costos; Por otro lado, su desventaja básicamente se traduce en la posibilidad que una de las partes ignore dicha recomendación y no exista formas para hacer cumplir las inobservancias. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

En definitiva, los DRB emiten recomendaciones que en principio no son de obligatorio cumplimiento ni vinculantes pero que pueden llegar a ser obligatorias siempre y cuando no se cumpla con comunicar la oposición en los términos y plazos preestablecidos.

II.B.2.5.1.2 Mesas Decisorias o Dispute Adjudication Boards (DAB)

Esta clase de DB emiten Decisiones revestidas de la particularidad que son vinculantes o en otros términos, de obligatorio e inmediato cumplimiento (a diferencia de los DRB que emiten Recomendaciones no vinculantes entre las partes).

Este tipo de paneles emiten Decisiones que son obligatorias y definitivas, aunque transitorias en virtud a la posibilidad de cuestionamiento vía arbitraje; sin embargo, las partes están obligadas a cumplir las decisiones hasta que el laudo le ordene lo contrario. (BENAVENTE LEIGH & SOTELO GAMARRA)

Por su parte PEÑANTE GUZMAN indica que las Mesas Adjudicativas o DAB emiten Decisiones de obligatorio e inmediato cumplimiento que “no pueden excusarse de ser cumplidas hasta que un tribunal arbitral disponga lo contrario.”. (PEÑANTE GUZMAN, 2015, pág. 89)

El Reglamento Normativo de la CCI, en su artículo 5 establece que las DAB o Mesas Adjudicativas, emiten Decisiones relacionadas con las Desavenencias con carácter de Obligatorias desde el momento de su

recepción, sin demora a pesar de la existencia de una manifestación de desacuerdo.

En efecto, la Decisión emitida debe ser cumplida por las partes hasta que la desavenencia no haya sido resuelta definitivamente por el tribunal arbitral o el juez, en virtud al pacto realizado entre las partes.

El numeral 6 del reglamento antes mencionado prevé que el conflicto suscitado también podrá ser resuelto por vía arbitral cuando: i) La JRD o DAB no emita su decisión en los plazos previstos; ii) si la JRD o DAB se disuelve conforme al reglamento;

Las ventajas de este mecanismo son i) se pueden ejecutar mediante procedimiento legales; ii) la decisión tiene naturaleza vinculante lo que ocasiona que no sea ignorada; iii) puede ser presentada como medio probatorio en un posible litigio; iv) refleja la opinión de expertos en la materia involucrados directamente con la obra. Por otro lado, una de sus desventajas puede ser que las controversias son recurridas más formalmente, requiriendo la presencia de abogados, documentación, pericias, audiencias o las diligencias que correspondan, aumentando los costos para su preparación, siendo que la decisión final no es elaborada por las partes. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

En este sentido, los DAB emiten decisiones vinculantes; es decir, de obligatorio cumplimiento; no obstante, dichas decisiones pueden ser cuestionadas en vía arbitral lo cual no implica ni aprueba su desacato o inobservancia; por el contrario, se exige su inmediato obediencia hasta que se disponga lo contrario en vía arbitral o judicial, de ser necesario.

II.B.2.5.1.3 Mesas Combinadas o Combined Dispute Bords (CDB)

Las CDB pueden emitir tanto decisiones como recomendaciones, dependiendo de lo que las partes requieran y en caso exista de oposición respecto de la una o la otra, la Junta tendrá la potestad de decidir por una de las dos, teniendo en cuenta parámetros que coadyuven a mantener la

armonía entre las partes, la continuidad de la ejecución del proyecto, entre otros.

Este tipo de JRD fue implementado en el mes de setiembre del año 2004 a través del reglamento de DB de la CCI, diferenciándose de los demás por su flexibilidad y por constituir una opción híbrida. Por otro lado, uno de sus defectos es la inexistente predictibilidad debido a que en caso las partes no lleguen a un acuerdo respecto de la emisión de una 'decisión' o 'recomendación', ésta queda discreción del DB.

En este orden, el artículo 6 del Reglamento Normativo del CCI establece que si una de las partes solicita una 'Decisión' y la otra no se opone, el CDB deberá emitir una 'Decisión'. En el caso que exista oposición, el CDB deberá definir sobre la emisión de una 'Recomendación' o 'Decisión' teniendo en cuenta lo siguiente: i) Emitir Decisiones por razones de urgencia u otras consideraciones a fin de facilitar la ejecución del contrato o impidan un daño o perjuicio; ii) Emitir Decisión si ésta permite prevenir la interrupción del Contrato;- y/o iii) Emitir Decisión si resulta necesaria para conservar los elementos de prueba.

En el ámbito nacional, tanto en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225) y en su respectivo reglamento (DS 350-2015-EF), no se encuentran establecido un tratamiento específico de una CDB pero tampoco las prohíbe, por lo que en la práctica, podría fácilmente ser factible celebrar contratos con este tipo de DB.

Por lo expuesto, los DRB, DAB y las CDB son los tres tipos de JRDs legitimados por sendos cuerpos normativos internacionales y por la gran parte de países que han consagrado este mecanismo como parte de su normatividad.

En el caso peruano, el legislador ha optado por instaurar, como regla general, la opción de las DAB a fin de emitir 'decisiones' con carácter vinculante, como se precisará más adelante al momento de analizar el tratamiento de las JRDs en el Perú.

TÍTULO III: LOS DBs EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En la década de los 70, el mundo se encontraba en proceso de superación de las grandes guerras y conflictos entre países. Los gobernantes de ese entonces deseaban pasar las cruentes páginas generadas por el dolor y destrucción de los enfrentamiento bélicos, invirtiendo en la reconstrucción de su identidad y soberanía nacional. En este afán, concretaron grandes y pequeños proyectos de construcción para modernizar sus países, ocasionando que este sector se convierta en uno de los principales elementos de contribución para el desarrollo, atrayendo inversiones locales y extranjeras; creando puestos de trabajos, Etc.

Por otro lado, la crisis de los tribunales estatales se había generalizado en todo el mundo. Esto implicó que se promuevan la implementación nuevas herramientas capaces de brindar seguridad jurídica, soluciones más rápidas y armónicas a los conflictos generados en virtud del creciente índice de inversiones en los países.

En el ámbito de la construcción, se implementaron nuevos Mecanismos para Resolver los Conflictos, en virtud de los cuales, además de la participación de los abogados, se involucraron los ingenieros y arquitectos. Los mecanismos antes mencionados fueron consagrados en sendos cuerpos normativos, uno de ellos más longevo que otros pero complementarios entre sí.

El arbitraje, por ejemplo, como ya hemos visto, es parte fundamental en el largo recorrido emprendido para vivir en un ambiente de paz en relación a la solución de conflictos entre las partes que celebran un contrato. Por otro lado, los Dispute Boards, aún en la actualidad poco conocidos, ha constituido una herramienta importante para desplegar la gran ambición de mantener en armonía los grandes proyectos celebrados en el ámbito de la Construcción.

Los DB representan un mecanismo novedoso para nuestro país; no obstante, veremos a continuación que realmente su actuación en el ámbito internacional tiene aproximadamente 4 décadas de existencia.

Los DB han sido regulados de distintas formas, a través de diversos cuerpos normativos, contratos o reglamentos institucionales que han ocasionado el interés

de insertar esta figura en otros países para contribuir con la solución de las disputas generadas a partir de un acuerdo entre partes, en el sector de la Construcción.

Por lo expuesto, veremos a continuación la forma en como El Banco Mundial, La Federación Internacional de Ingenieros Consejeros - FIDIC, La Asociación Americana de Arbitraje – AAA y la Cámara de Comercio Internacional, han regularon desde sus inicios la figura jurídica de los DB hasta llegar a consolidarla a nivel mundial.

II.B.3.1 Dispute Boards del Banco Mundial

El Banco Mundial realiza importantes financiamientos alrededor del todo el planeta. En virtud a esto y a la necesidad de asegurar sus inversiones, introdujeron la figura de los DB como el mecanismo para prevenir y resolver las disputas que se generen a partir de la celebración de los contratos, como parte de sus condiciones para celebrar sus relaciones contractuales en el sector de la construcción.

Según lo referido por FIGUEROA VALDÉS, la primera oportunidad en que los DB fueron incorporados a proyectos de obras internacionales con la denominación de ‘Dispute Review Boards’, fue en el año 1995, en el que el Banco Mundial publicó una edición revisada de un contrato standard denominado ‘Estándar Bidding Documents – Procurements o Works’, conocidas por sus siglas como ‘SBDW’.

A partir de lo antes mencionado, años más tarde, se dispuso la obligatoriedad de los DRB conformados por 3 miembros para contratos a partir de 50 millones de dólares; mientras que cuando los contratos eran inferiores a los 50 millones, las partes podían elegir la opción de emplear una DRB de 1 o 3 miembros o de un solo miembro que actúe como Dispute Review Expert (DRE) o un ingeniero independiente.

En el año 2000 se elimina la figura del ingeniero independiente y se consagra la obligatoriedad de las ‘recomendaciones’ emitidas por los DRB o DRE, pudiendo ser revisadas en instancia arbitral.

En el año 2005 se remplazaron los términos DRB o DRE por “Dispute Boards” DB y se eliminaron las exigencias de 3 miembros cuando se incurría en la circunstancia por el monto antes mencionado.

A partir de las modificaciones antes mencionadas, las partes empiezan a tener completa libertad en cuanto a la constitución del número de miembros, estableciéndose que se entenderá que el panel debe constituirse por 3 miembros, únicamente cuando no se haya consignado el número de miembros en el contrato. (FIGUEROA VALDÉS J. E.)

En definitiva, el Banco Mundial puso en práctica, difundió y creó precedentes importantes respecto a la regulación de los Dispute Boards, generando la propagación de su desarrollo práctico en centenares de proyectos alrededor del mundo, contribuyendo con el posicionamiento de esta figura jurídica.

II.B.3.2 Dispute Adjudication Boards de la FIDIC

El gran avance de Los Dispute Boards como un MARC, se debe en gran parte a su introducción en los contratos FIDIC.

En los primeros años, la Federación Internacional de Ingenieros Consejeros, conocido por sus siglas en francés FIDIC empleaba la figura de un ingeniero para resolver las disputas entre el mandante y constructor, el mismo que era remunerado por el mandante por lo que era difícil concebir la idea de independencia e imparcialidad.

En virtud a estos cuestionamientos, FIDIC adoptó el uso de los “Dispute Adjudication Boards” destacando el carácter obligatorio de sus decisiones, las mismas que podrían ser revisadas por acuerdo común de las partes o sometidas a arbitraje. (FIGUEROA VALDÉS J. E.)

En 1995 se introdujo la figura de los DB para los proyectos de diseños y obras de infraestructura en su libro naranja o también conocido como “Orange Book”.

En el año de 1996, ésta figura se extendió para contratos de Construcción Civil en el libro rojo o en inglés “Red Book” y en 1997 se le consignó en el libro amarillo o

“yellow book” para los contratos de Construcción de Obras Públicas. (FIGUEROA VALDÉS J. E.)

Hoy en día, los DBs vienen ganando terreno importante en el ámbito Jurídico internacional y de la Construcción en virtud a que cada vez que un contrato FIDIC es empleado, los DABs son parte de las cláusulas que prevén la resolución de Disputas.

II.B.3.3 Dispute Boards Review de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

La Asociación Americana de Arbitraje ofrece el servicio de los Dispute Review Boards desde finales del año 2000.

Según FIGUEROA VALDÉS, indica que el éxito de los DRBs se debe a los siguientes factores: i) La neutralidad de los miembros y su nombramiento sujeto a la aprobación de las partes; ii) El compromiso, mediante la firma de todos los miembros del panel de un acuerdo con las partes de un trato igualitario y justo; iii) El pago de los honorarios y gastos son compartidos entre las partes; iv) Los DRBs se constituyen y comienzan su valor al inicio de su proyecto (antes de la aparición de cualquier disputa); v) El conocimiento e información permanente del desarrollo del contrato; vi) La revisión periódica de todos los documentos y visitas organizadas a la obra; vii) El apoyo informal de las partes por los miembros del panel; entre otras características más. (FIGUEROA VALDÉS J. E.)

En efecto, a nuestro entender, la Asociación Americana de Arbitraje ha sido participe del gran desarrollo que han tenido los DBs a nivel mundial, incrementado su implementación en mayor número de contratos y por consiguiente, promoviendo su conocimiento y coadyuvando en su experiencia de éxito en más lugares el planeta.

II.B.3.4 Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional de París

Las reglas de funcionamiento de los DB fueron publicadas por vez primera el 1 de Setiembre del año 2004 por la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI)

constituyéndose, sin duda, como una de las instituciones que ha colaborado con más énfasis en el desarrollo y fortalecimiento de esta figura jurídica de resolución de conflictos en el mundo. (CAIRNS & MADALENA)

El reglamento consolida el modelo de los DB y demuestra que este modelo resulta eficaz no solo para contratos de duración larga sino también mediana. Así mismo, consigna características particulares como la facultad otorgada a la partes de convenir a la revisión de las decisiones emitidas por parte de la misma CCI, tal y como lo establece el artículo 21 del reglamento, entre otros. (FIGUEROA VALDÉS J. E.). Por otro lado, la CCI desempeña un papel fundamental tanto en la resolución de recusaciones de los miembros del DB como en la revisión de las decisiones emitidas, en los casos que las partes lo soliciten con anterioridad. (CAIRNS & MADALENA)

A partir de la revisión del reglamento de la CCI, es importante señalar que éste reglamento ofrece los tres tipos de Dispute Boards desarrollados en el presente trabajo como son: Los DRB, DAB y CDB, por lo que están habilitadas de emitir recomendaciones, decisiones y ambas, respectivamente; según convengan las partes.

Por lo expuesto, desde nuestro punto de vista y de acuerdo a todo lo mencionado, la CCI representa uno de los ejes más importantes en el crecimiento de la figura jurídica de resolución de Disputas en estudio.

TÍTULO IV: TRATAMIENTO JURÍDICO PERUANO DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Los mecanismos de resolución de los conflictos en el Perú, han jugado un rol fundamental, en el que el Arbitraje ha mantenido una notoria hegemonía, contribuyendo con el crecimiento económico del país, garantizando la seguridad jurídica de los inversionistas, relaciones internacionales, inversiones nacionales y extranjeras, fortaleciendo los tratados de libre comercio, Etc.

La experiencia peruana en relación al 'boom' en el sector de la Construcción, ha sido posible en gran medida a la confianza y seguridad jurídica que despliega el hecho de tener que someter a Arbitraje las desavenencias generadas en este espacio tan conflictivo, evitando iniciar un proceso judicial que dura mucho tiempo y comprende grandes gastos.

En esta línea, en mérito a continuar con el fortalecimiento de un mejor sistema de resolución de conflictos estimulado en los MARCs, el Perú decidió adoptar la figura de los DB con el nombre de "Junta de Resolución de Disputas" (JRDs).

El Primer Reglamento Privado referente a los DB en el Perú fue elaborado por el Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC - PUCP), presidida por el Dr. Cesar Guzmán Barrón. Esto constituyó una suerte de exigencia para los intereses de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, materializándose en la nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley Nro. 30225) y su respectivo reglamento (DS 350 – 2015 - EF).

A continuación, veremos más detenidamente el proceso en cómo es que se ha incorporado la figura de la JRD en el Perú.

II.B.4.1 Decreto Legislativo 1071: Ley de Contrataciones del Estado (derogada)

La derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado (DL. 1071) ni su respectivo reglamento habían previsto la regulación de la JRD como Mecanismo alternativo de Resolución de Conflictos.

II.B.4.2 Ley 30114 - Ley del Presupuesto de Sector Público para el año fiscal 2014 (diciembre 2013 – undécima disposición complementaria

El primer paso que se dio en favor de la institucionalicen de la JRD en el Perú se produjo en el mes de diciembre del año 2013 a través del poder legislativo, mediante la Ley de Presupuesto del Sector Público (Ley 30114), abriendo la posibilidad de someter las controversias derivadas de aquellos contratos de Asociación Pública Privada, a través de una JRD; precisando su desempeño como una ‘etapa previa al arbitraje’.

Antes de ello, el Decreto Legislativo 1012: Ley marco de asociaciones Público – Privadas, en el numeral 9.6 de su artículo 9, indicaba lo siguiente:

*“Los contratos de Asociación Público – Privada **deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de diferencias** y deberán contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de los contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual”* (El subrayado es nuestro)

Como podemos apreciar, hasta antes de la publicación de la Ley 30114, el legislador preveía únicamente al Arbitraje como el único mecanismo de solución de controversias suscitadas en el marco de un contrato de Asociación Público – Privada.

Ahora bien, ésta regla general fue modificada por la undécima disposición complementaria modificatoria de la Ley 30114; la misma que estableció lo siguiente:

*“(…) De igual modo en los nuevos 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.**(...) Los procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución del Amigable componedor y de las **JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS** serán establecidos en el reglamento de la presente ley. (...) los miembros de la **JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS** podrán ser terceros neutrales de nacionalidad distinta a la de las partes.”*

*“No se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, (...) los miembros de la **JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS**, los centros ni las instituciones que administren los citados mecanismos alternativos de resolución de conflictos (...)”.* (El subrayado es nuestro)

Al respecto, debemos destacar que la citada disposición modificatoria continuaba respetando la regla general de someter a arbitraje como una obligación al momento de contratar con el Estado pero también introdujo, por primera vez, a la JRD como un MARC que podía ser utilizando en el Perú, de carácter opcional, por las partes que decidan someter sus contrversias relativas a contratos de asociaciones público – privadas (APPs)

Esta primera introducción a las JRDs, las definió muy escuetamente; sin embargo instituyó elementos interesantes como: proponer su funcionamiento constituyéndolo como una *etapa previa al inicio del arbitraje nacional*, indicando el número de ‘*expertos*’ que conformarían estas juntas; la necesidad de constituir ‘*centros*’ que administren estos mecanismos; así como también dispone que sus *resoluciones serán vinculantes*, sin perjuicio de *poder recurrir a la vía arbitral*.

El diseño legislativo anterior (*Decreto Legislativo 1012: Ley marco de asociaciones Público – Privadas*) no incluía la posibilidad que las partes puedan decidirse por métodos previos al arbitraje que les permitiera

mantener el control de la disputa y consecuentemente tener la opción de obtener una solución más eficiente; sin embargo, este nuevo diseño de manejo del conflicto (*Ley 30114*) permitirá a las partes mantener el control de su disputa de forma previa a la estación de definición arbitral, de ser necesario, proporcionando mayor libertad en el diseño de la resolución de sus disputas. (PAREDES CARBAJAL) .

Por otro lado, se instituyó que los DB constituyan un método facultativo y *no obligatorio* como sí lo hace el arbitraje, quedando en la libertad de pactar una JRD en forma previa al inicio del Arbitraje, incluso pudiendo pactar que el agotamiento de este método sea una condición de arbitrabilidad.

A pesar de la modificatoria analizada, su reglamento (Decreto Supremo N°127-2014-EF), publicado el 31 de mayo de 2014, no reglamentó a las JRD para contratos de APP, generando que en el práctica no sean factibles ni se hayan empleado en tales contratos. (FRANCO REGJO, 2016)

En conclusión, esta incorporación legislativa sirvió esencialmente para abrir paso a su posterior incorporación en la NLCE y su reglamento.

II.B.4.3 Nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225)

La NLCE ha introducido la figura de las JRDs como un mecanismo que interviene para prevenir y resolver los conflictos generados en un contrato de construcción.

Los DB son instituidos en el Perú con el nombre de JRD, estableciéndose con características particulares que la distinguen del arbitraje y la conciliación, esencialmente porque incorpora nuevos elementos como su participación solo para contrataciones de obras en el marco de un valor referencial, su carácter opcional y que sus decisiones sean vinculantes.

El tratamiento de la mencionada ley, en el apartado denominado “Medios de Solución de Controversias de la Ejecución Contractual” ha establecido lo siguiente:

*“Las partes pueden recurrir a la **JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (JRD)** en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.”* (el subrayado es nuestro)

Como ya hemos visto anteriormente, el Arbitraje debe ser previsto obligatoriamente para la resolución de los conflictos en las contrataciones del Estado. No obstante, las JRD son opcionales y solo podrán introducirse en las contrataciones de obras; es decir, en el sector de la construcción, en el marco de un valor referencial, el mismo no estaba expresado en esta ley pero que posteriormente fue reglamentado como lo veremos más adelante.

Desde el punto de vista de las resoluciones que la JRD emita, ya hemos visto que a nivel internacional, los DBs pueden ser de tres modalidades (DAB, DRB, CDB), pudiendo emitir ‘recomendaciones’ y ‘decisiones’ o ambas a la vez, respectivamente.

En este sentido, el artículo citado precisa que las decisiones que emitan las JRDs serán de carácter “vinculante”, lo cual constituye un aporte de gran importancia, en sentido que direcciona su actuación a la figura de una Junta decisoria (DAB).

II.B.4.3.1. El tratamiento de las JRDs y sus resoluciones en el Perú

II.B.4.3.1.1 Recomendaciones

La NLCE ni su respectivo Reglamento (DS 350-2015-EF) hacen mención al tipo de JRD que emiten Recomendaciones (DRB). Esta modalidad puede ser utilizada por las partes siempre que no intervenga el Estado puesto que no emiten decisiones ‘vinculantes’.

A nuestra consideración, si dos entes privados deciden resolver sus contratos mediante una JRD, podrían válidamente acordar la emisión de ‘recomendaciones’, debiendo establecerlo así en el acuerdo entre

las partes. Distinto ocurre cuando el Estado peruano es parte del proceso en el que necesariamente tendrá que acordarse la emisión de 'decisiones' para que estas sean vinculantes.

Por ejemplo, en el reglamento (privado) del CARC- PUCP, se ha previsto en su artículo 18.2 que *las Recomendaciones emitidas por una JRD no serán vinculantes, salvo que las partes acuerden lo contrario.*

Al respecto, dichas 'recomendaciones' también son pasibles de someterlas a la vía arbitral, debiendo manifestar su desacuerdo total o parcial, en plazos que necesariamente deben estar determinados en el respectivo reglamento del centro.

La Recomendación puede adquirir carácter final y vinculante, generando derecho de la parte interesada de solicitar la ejecución por vía arbitral cuando: i) Ninguna de las partes cumple con comunicar su desacuerdo total o parcial en el plazo antes señalado; y/o ii) Si habiéndose comunicado no se inicia el proceso arbitral en el plazo establecido.

II.B.4.3.1.2. Decisiones

Las partes que hayan celebrado un contrato de construcción en el Perú, en las situaciones en que los entes sean netamente privados o en las que intervenga en Estado, pueden acordar que las JRDs emitan 'decisiones', dotándolas de carácter 'vinculante'. La diferencia es que en la primera situación es opcional, mientras que en la segunda su observación es de carácter obligatorio.

Sin embargo, se puede apreciar que la ley ni el reglamento han prohibido que se prevea la emisión de 'recomendaciones' o se instauren 'mesas combinadas', independientemente del ámbito privado o público desde que se celebre. No obstante, es claro que en

la práctica nacional, deberá prevalecer la emisión de ‘decisiones vinculantes’ cuando se trate de la participación del Estado.

Al respecto, es preciso indicar que el carácter ‘vinculante’ implica su inmediata y obligatorio cumplimiento, sin perjuicio que las partes hagan valer su Derecho acudiendo a la vía arbitral a efectos de una solución definitiva.

En este orden, la regla para someter esta ‘decisión’ a la vía arbitral, también debe respetar las mismas condiciones establecidas para las ‘recomendaciones’, toda vez que el Centro debe establecer explícitamente los plazos para comunicación de desacuerdo y posteriormente para la habilitación del inicio de dicho Arbitraje; siendo que en el caso que ninguna de las partes cumpla con dichos plazos, la Decisión tendrá el carácter de final y vinculante para las partes, generando el Derecho de solicitar la ejecución de la Decisión en la vía arbitral.

Por otro lado, se han puesto en marcha interesantes prácticas que complementan la emisión de ‘decisiones’ de una JRD, en la medida que, además de la exigencia de cumplimiento imperativo e inmediato, se provee de características coercitivas que fortalecen la efectividad, naturaleza y razón de ser de dicha institución jurídica, lo que genera que este mecanismo sea muy atractivo.

Por ejemplo, el reglamento del CARC PUCP, señala que “*Si cualquiera de las partes no cumple con la Decisión desde el día siguiente de su notificación o aquel que ésta determine, dicho incumplimiento será considerado **incumplimiento grave del contrato que facultará a la parte afectada a recurrir a los remedios contractuales pertinentes** (...)*”. –(El subrayado es nuestro).

Cuando se trata de disputas en las que intervenga el Estado, el reglamento de la NLCE ha establecido que *El cumplimiento de la Decisión de la JRD es una **obligación esencial. Su incumplimiento***

otorga a la parte afectada la potestad de resolver el contrato.” (El Subrayado es nuestro)

Al respecto, coincidimos con lo dicho por el Profesor Gustavo Paredes cuando esboza una posición interesante al señalar que no serviría de nada contar con decisiones que no sean cumplidas o no puedan ser ejecutadas compulsivamente; inclusive menciona como una suerte de propuesta, la idea de imponer una sanción a la parte renuente de un posible incumplimiento de decisiones. (PAREDES CARBAJAL)

En conclusión, es claro señalar que la dirección tomada por el legislador peruano para regular la JRD es la de institucionalizarlas con la facultad de emitir ‘Decisiones’. De esta manera, cuando el Estado intervenga como parte en una disputa conocida por una JRD, se usará la figura internacionalmente conocida como los Dispute Adjudication Boards (DAB) o Mesas Decisorias. Así mismo, saludamos la iniciativa de imponer medidas de coerción para el obligatorio cumplimiento de las ‘decisiones’ emitidas.

II.B.4.4 REGLAMENTO DE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (D.S. 350 – 2015 – EF) y DIRECTIVA 020-2016-OSCE

El Reglamento de la NLCE (en adelante ‘Reglamento’), a la fecha en el que se inició la elaboración del presente trabajo, no había sido promulgado ni publicado por el órgano legislativo; por lo que fue necesario agenciarnos del “Proyecto de Reglamento” a fin de no paralizar la presente investigación.

El 09 de Diciembre de 2015, mediante el D.S. 350 – 2015 – EF se aprobó el Reglamento de la NLCE, el mismo que recién entró en vigencia el pasado 09 de enero de 2016. Dicho reglamento ha dedicado el capítulo IV del Título VII de su cuerpo normativo para reglamentar todo lo referente a las Controversias surgidas durante la Ejecución contractual y para desarrollar de manera integral la figura de la JRD.

Así mismo, con fecha 26 de febrero de 2016, se aprobó la Directiva de la JRD 020-2016 (en adelante 'La Directiva') emitida por el Órgano supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, desarrollando normas complementarias, reglas del procedimiento y requisitos que deben seguir las JRDs en la prevención y solución de controversias, la misma que complementará el análisis esbozado a continuación.

II.B.4.4. 1 Ámbito de Aplicación y Competencia

La JRD es un MARC creado por iniciativa y necesidad de los ingenieros para resolver sus conflictos en el ámbito de la construcción.

La norma ha sido estructurada, en primer lugar, disponiendo que las JRD puede intervenir ante controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de contrato, de acuerdo a lo establecido en el artículo 182° del reglamento.

En esta línea, el segundo párrafo del artículo 205° señala *que “En caso de resolución de Contrato, la JRD es competente para conocer y decidir controversias que surjan hasta que la Entidad reciba la obra”*; es decir, las JRDs pueden conocer las disputas hasta antes de la liquidación de la obra.

En segundo lugar, se ha comprendido una exclusión, precisando que *“No pueden someterse a JRD pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de Contratación pública”*, tal y como prevé tercer párrafo del artículo 205°

En tercer lugar, se excluye la posibilidad que la JRD decida sobre controversias relativas a prestaciones adicionales, las mismas que deberán ser sometidas en el fuero judicial, tal y como lo establece el

artículo 45° de la NLE: “(...) *las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de **prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas** (...), no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la LCE o el RCE, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el poder judicial (...)*”.

Al respecto Franco Regjo considera que la racionalidad detrás de dicha exclusión resulta cuestionable toda vez que limita seriamente la eficacia de las JRD, así como la del Arbitraje en materia de obras públicas. (FRANCO REGJO, 2016)

En este sentido, se concluye que las JRD no son competentes en los siguientes casos: aprobación de la ejecución de adicionales, indemnizaciones u otras pretensiones afines; en los casos de nulidad de contrato, liquidación, vicios ocultos ex post recepción total de la obra, pretensiones indemnizatorias no contempladas en la NLCE y en su reglamento, entre otros.

Por otro lado, las JRDs si son competentes para resolver situaciones referentes a: valorizaciones, aplicación y/o suspensión de plazos, costos y gastos generales derivados de la ampliación de plazo, recepción de obra, cumplimiento de especificaciones técnicas, atrasos y aceleraciones, penalidades, mayores metrados que no constituyan adiciones, fórmulas de ajuste, ejecución de garantías, uso de adelantos, reducciones, entre otros.

Finalmente, se reitera la precisión que solo se puede someter controversias a las JRD hasta la recepción total de la obra, siendo que las que surjan con posterioridad solo podrán ser sometidas a arbitraje.

II.B.4.4.2. Finalidad de la JRD

La finalidad de las JRDs es la prevención y/o resolución de las controversias durante la ejecución de un contrato de construcción, tal y como lo establece el artículo 205º del Reglamento.

A través de esto, se destaca que las JRDs intervienen inmediatamente después de haber firmado el contrato de construcción de tal manera que actúa paralelamente a su ejecución, permitiéndole cumplir con su función preventiva; a diferencia del Arbitraje que solo puede intervenir para resolver el conflicto, después de que éste ya se ha generado.

En efecto, la ventaja inherente a la JRD es que ésta conoce plenamente el proyecto y el desarrollo de la ejecución de la obra, de inicio a fin. Por consiguiente, esto permitirá que los miembros del panel, conjuntamente con las partes, diseñen estrategias de cordialidad a fin de evitar que se generen conflictos que puedan perjudicar los fines para los que han celebrado el contrato. Por otro lado, la identificación con la obra y sus problemas generan soluciones inmediatas y efectivas que evitan dilaciones innecesarias que incluso paralizan la obra.

II.B.4.4. 3 Inicio de Actividades

El apartado 7.4 de la Directiva ha establecido que el inicio de actividades de la JRD empieza una vez suscrita *el Acta de Inicio de Funciones*, la misma que contiene un calendario de reuniones y visitas periódicas a la obra y debe ser firmada por todos los miembros, las partes y un representante del Centro, previa aceptación del último miembro de la JRD o del miembro único.

Así mismo, las partes deben suscribir un *contrato tripartito*, conjuntamente con los miembros de la JRD designados, debiendo ponerlo en conocimiento al Centro.

Respecto al contrato tripartito o acuerdo trilateral, éste es suscrito por las partes del contrato y el(los) adjudicador(es), por medio del cual manifiestan su acuerdo para crear una relación jurídico – patrimonial que recoja sus derechos y obligaciones, con la finalidad de poder cumplir con sus funciones preventivas y resolutivas. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

Ahora bien, las partes se encuentran en la capacidad de resolver dicho contrato en cualquier momento, actuando conjuntamente y previa notificación con siete (7) días de anticipación, respecto de uno o más miembros de la JRD sin expresión de causa y sin incurrir en mayor responsabilidad que el pago de los honorarios calculados hasta la fecha de dicha resolución.

II.B.4.4.4 MIEMBROS DE LA JRD (EXPERTOS / ADJUDICADORES)

II.B.4.4.4.1 NUMERO DE MIEMBROS QUE CONFORMAN LA JRD

El último párrafo del artículo 205° del Reglamento establece que el número de miembros que integran la JRD puede estar integrada por (1) uno o (3) tres miembros, *al igual que el tratamiento arbitral*, según el acuerdo de las partes.

Lo más relevante para tener en cuenta es la delimitación en razón a montos de dinero para la conformación de los miembros o adjudicadores de la JRD. El Reglamento propone que a falta de acuerdo o duda entre las partes, la JRD estará compuesta por un (1) miembro cuando el monto respectivo de la obra se encuentre en un intervalo de valor igual o superior a veinte millones de soles (S/.20 000 000) y menor a cuarenta millones (S/.40 000 000); y, estará compuesto por (3) miembros cuando el contrato de la obra tenga un monto igual o mayor a los cuarenta millones de soles (S/.40 000 000)

Esta novísima forma de establecer el número de panelistas no ocurre con el Arbitraje. Esta disposición se debe a necesidad de contar los servicios de los mejores expertos, de acuerdo a su especialidad y a la envergadura de la obra. El mensaje de esta situación expone que ‘a mayor complejidad, existe la necesidad de mayor número de experto o cabezas que piensen como solucionar o prevenir la disputas en el sector tan complejo de la Construcción.

II.B.4.4.4.2. Requisitos para ser miembros de La JRD

- En casos de un (1) solo miembro; debe ser ingeniero o arquitecto con conocimiento del a normativa nacional aplicable al contrato, así con en Contrataciones del Estado. (artículo 207°)
- En casos de tres (3) miembros; *el presidente* debe contar con las mismas calificaciones exigidas para ser ‘miembro único’; mientras que el requerimiento para los otros dos (2) miembros es que sean expertos en la ejecución de obras.

En este orden, es claro que las JRDs brindarán un servicio altamente especializado y focalizado en las áreas técnicas – profesionales que correspondan, según la naturaleza del contrato. Esta, a su vez, constituye una ventaja debido a que permitirá escoger expertos idóneos para prevenir y solucionar sus disputas de manera eficaz y eficiente.

No obstante, coincidimos con lo señalado por el Dr. Franco Regjo cuando menciona dos imprecisiones evidentes en la redacción de la norma, como: i) *¿Qué implica tener conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como a las contrataciones del ESTADO?*; y ii) no queda claro si un abogado podría ser considerado como un *experto en la ejecución de obras*; resultando indispensable una aclaración mediante una opinión de la OSCE, a fin de esclarecer esta situación. (FRANCO REGJO, 2016)

Por otro lado, para ser miembro de una JRD, se aplicarán los mismos requisitos contemplados para los árbitros, según lo establecido en el artículo 207° del reglamento - segundo párrafo); es decir, se debe cumplir con lo siguiente:

- Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Árbitros (RNA), además de cumplir con los requisitos establecidos por la legislación vigente (Ley de Contrataciones del Estado, ley General de Arbitraje y los demás pertinentes)
- El profesional que no cuente con inscripción vigente en el RNA y se le curse una designación para ser miembro de una JRD, debe registrarse automáticamente en el

RNA, conforme al procedimiento previsto en la directiva correspondiente.

II.B.4.4.4.3 Composición de la JRD

Resulta importante prestar atención la forma en como la normatividad peruana prevé que se designen a los adjudicadores de la JRD, teniendo en cuenta el número que la conformarán, plazos para designar, aceptar, reemplazar, elegir al presidente, entre otros.

- Cuando la JRD esté integrada por (1) miembro, éste será designado por las partes en el plazo de (2) días siguientes de la suscripción del acuerdo por el que someten las controversias a la JRD, en virtud a la lista de adjudicadores del Centro. En caso que las partes no cumplan con la designación, el Centro nombra al miembro único en el mismo plazo a partir de la solicitud de cualquiera de las partes.
- Cuando la JRD esté integrada por (3) miembros, ésta se conformará después de que cada parte designe a un miembro dentro del plazo de los 2 días siguientes del acuerdo por el que se somete las controversias a la JRD, siendo que los miembros tienen igual días de plazo para aceptar o no dicha designación. Respecto al tercer miembro, debe ser elegido por los otros dos adjudicadores en virtud a la lista del Centro y será quien presida dicha JRD.

- En caso que uno de los miembros no acepte o no se pronuncie en el plazo establecido, los miembros que lo propusieron o el mismo Centro, nombra al reemplazante bajo el mismo procedimiento descrito anteriormente. Finalmente, sí en el plazo de 20 días calendarios no se logra obtener la aceptación de los adjudicadores, el Centro tiene la potestad de designarlo(s).

Al respecto, hay que tener en cuenta que el presidente de la JRD ha de cumplir una función de vital importancia debido a que se encargará de administrar y gestionar una JRD, elaborar decisiones y garantizar que se tengan en cuenta los puntos de vista de los demás miembros. En este sentido, coincidimos en enfatizar que el presidente de un tribunal debe ser abogado. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

II.B.4.4.4. Lineamientos éticos de los miembros de la JRD

El organismo supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE) y cada Centro de JRD, aprueban y establecen lineamientos éticos que los miembros de estas JRD se encuentran obligados a cumplir a fin de desarrollar sus funciones revestidas de buena fe y de manera proba, tal y como propone el artículo 208° del Reglamento.

II.B.4.4.4.5 Impedimentos para actuar como miembro de la JRD

Los impedimentos para actuar como miembros de una JRD son los mismos que se consignan para actuar como árbitros; estos son:

- El Presidente y Vicepresidente de la República, congresistas, Ministros de Estado, Titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos
- Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz
- Fiscales y Ejecutores Coactivos
- Procuradores Públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.
- El Contralor General de la República
- Los Titulares de instituciones o de organismos públicos del poder ejecutivo.
- Los presidentes regionales y los alcaldes
- Los directores de las empresas del Estado (restringido al ámbito sectorial al que pertenezca)
- El Personal Militar y Policial en situación de actividad
- Los Funcionarios y servidores públicos (restringidos al ámbito sectorial al que pertenezcan) en los casos que tengan relación directa con la Entidad o Sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes
- Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (6) meses después de haber dejado la institución.
- Los sometidos a proceso concursal
- Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones, sin perjuicio de la culminación de los casos en los que haya sido designado previamente a la fecha de la imposición de la sanción

- Los sancionados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones
- Los sancionados con condena que lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción
- Los sancionados por delito doloso, en tanto esté vigente dicha sanción

II.B.4.4.4.6. Sustitución de los miembros

La Directiva, en su apartado 7.23 ha establecido las causales por las que procede la sustitución de los miembros; estas son:

- a) Incapacidad Física o mental permanente
- b) Incapacidad física o mental temporal que impida o dificulte el desarrollo de las actividades de la JRD.
- c) Fallecimiento
- d) Recusación declarada fundada
- e) Resolución del contrato respecto al miembro único o uno de los miembros
- f) Renuncia

En el caso que se incurra en la causal del literal 'd', el Centro designará al miembro sustituto directamente. En los demás casos, la parte, los adjudicadores o el centro que propuso al miembro sustituido, según corresponda, tienen un plazo máximo de dos (2) días para que cumplan con designar a un nuevo adjudicador, contados desde el momento en que éste cesa sus funciones. Si pasado el plazo de quince (15) días calendarios, contados desde que el miembro sustituido cesó

sus funciones, no se logra la aceptación del nuevo adjudicador, el Centro efectuará la designación respectiva.

En los casos en que la JRD esté conformada por tres (3) adjudicadores y uno de ellos incurre en una de las causales previstas, los otros dos (2) miembros deben abstenerse de realizar audiencias y de emitir decisiones hasta que se sustituya a dicho adjudicador, salvo que las partes dispongan lo contrario, de manera escrita. Distinto será si ocurre que deba ser sustituido el único miembro, dos (2) o los tres (3) miembros de la JRD, por cuanto en esas situaciones no se podrá llevar a cabo ninguna actividad.

II.B.4.4.4.7 Recusación y renuncia de los miembros de la JRD

Las partes tienen el derecho y la facultad de cuestionar la independencia o imparcialidad de los miembros de la JRD; para lo cual se debe presentar una solicitud de recusación ante el Centro en un plazo de cinco (5) días contados a partir del conocimiento de los hechos. La solicitud que se presente deberá comprender una exposición escrita de los hechos o la circunstancia que se cuestiona. Consecuentemente, el o los miembros cuestionados tendrán la oportunidad de expresarse respecto a la situación en cuestión para que finalmente el Centro cumpla con contestar la solicitud declarándola fundada o infundada, según corresponda, obteniendo una decisión de carácter inimpugnable.

Finalmente, la Directiva ha dispuesto que el miembro respecto del cual se haya solicitado la recusación, se encuentra en la posibilidad de renunciar al cargo.

II.B.4.4.8 Honorarios y gastos de los miembros de la JRD

El Reglamento, en su artículo 209° establece que las partes asumen en partes iguales todos los honorarios y gastos de los miembros de la JRD, conforme a los establecidos en las respectivas Tablas de los Centros de Administración de Junta de Resolución de Disputas. En caso de falta de pago por una de las partes, la otra parte puede subrogarse y efectuar el pago. En caso que se mantenga la falta de pago, la JRD se encuentra facultada para disolverse.

Por otro lado, el apartado 7.21 de la Directiva precisa que los miembros de las JRD reciben en partes iguales los mismos honorarios por su labor y que a falta de acuerdo entre las partes y los miembros respecto del monto de los honorarios y gastos, éstos son fijados según lo establecido por el reglamento del Centro.

II.B.4.4.5. Los centros de administración de las JRD

La figura de los Centros de Administración de la JRD (en adelante 'Centro'), ha sido incorporada como una regla esencial para la regulación de este mecanismo, estableciendo que las JRD deben ser administradas por una institución debidamente acreditada que preste los servicios de organización y administración de las mismas, debiendo cumplir con las siguientes funciones:

- Tener un Registro de Miembros de Junta de Resolución de Disputas
- Designar a los miembros de la JRD en reemplazo de las partes en los casos que indique la Directiva correspondiente
- Resolver las eventuales recusaciones

- Supervisar el cumplimiento de principios éticos por parte de los miembros
- Informar al OSCE las sanciones éticas impuestas a los miembros
- Proporcionar apoyo logístico a los miembros de las JRD y las partes.

De esta forma, es necesario precisar que la designación del Centro debe ser *indubitable y de común acuerdo entre las partes*. A falta de acuerdo, no se podrá someter sus controversias a la JRD.

Es claro que el legislador propone que la designación del Centro que tendrá a cargo la JRD de determinado proyecto de construcción, debe consignarse explícita y claramente en el convenio o en el contrato mismo (*de forma similar como en los casos del arbitraje institucional*). Esta disposición tiene como fin revestirlo de cierta formalidad, garantizando el control y la seguridad en la administración de las disputas.

Así mismo, la Directiva ha previsto que los Centros deben cumplir con las siguientes funciones:

- Custodiar el expediente que contenga las actuaciones realizadas por la JRD por el plazo de 10 años, contados desde la culminación de las funciones de dicha JRD, siendo que luego de transcurrido el plazo mínimo de 1 año, el Centro puede encargar la custodia de dicho expediente al OSCE u otra institución autorizada.
- Micrograbar el expediente, según lo dispuesto en el artículo 199° del Reglamento
- Remitir toda Información que requiera la OSCE

- Remitir información trimestral conforme a lo establecido en los incisos 1,2 y 3 del artículo 198° del Reglamento³.
- Remitir reporte de casos iniciados y concluidos por las JRD, indicando la materia, nombre de las partes, representantes legales, asesores o abogados, miembros de la JRD y profesionales del Centro a cargo del caso, motivo de conclusión de la JRD.

Por otro lado, respecto a la constitución de los centros, el apartado 7.1 de la Directiva exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Contar con cuatro (4) años de experiencia actuando como institución arbitral.
- Contar con un código de ética propio aplicable para miembros de la JRD, el mismo que debe contener los mismos supuestos de infracción considerados en el artículo 216° del reglamento⁴.
- Llevar un registro de adjudicadores nacionales y/o internacionales, conjuntamente con las especialidades y experiencias de los expertos, siendo que debe ser difundido públicamente al menos de su página web.
- Estar constituida como persona jurídica (con o sin fines de lucro).

³Artículo 198.- Información que debe remitirse al OSCE.- Las instituciones arbitrales y los centros que administren Juntas de Resolución de Disputas deben remitir al OSCE, en las condiciones, forma y oportunidad establecidas en la Directiva correspondiente, la siguiente información: 1) Copia de las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos mediante las cuales se resuelven recusaciones planteadas contra los árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas. 2) Laudos, rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones de laudos, decisiones que ponen fin a los arbitrajes y decisiones emitidas por las Juntas de Resolución de Disputas. 3) Copia de los documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a árbitros, secretarios arbitrales y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas por infracción al Código de Ética de la institución arbitral respectiva.

⁴Artículo 216° Supuestos de Infracción Ética sancionable por el consejo de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

- Poseer un tarifario de honorarios de los miembros de la JRD y de gastos administrativos del Centro, debiendo ser difundido públicamente, al menos en su página web.
- Contar con un plantel de profesionales que brinde soporte y asistencia a la JRD.
- Poseer una infraestructura mínima que consista en (1) sala de audiencias, (1) oficina para el plantel de profesionales, (1) ambiente para la atención al público y usuarios, (1) ambiente para el archivo de documentos y expedientes.
- Contar con una página web y correo electrónico institucional.

II.B.4.4.6. Funciones, facultades y obligaciones de la JRD

La JRD, compuesta por el(los) adjudicador(es), tienen como obligación fundamental conocer el proyecto, sus avances, estar informados de todo lo que ocurra en la obra y resolver una eventual disputa generada entre las partes dentro del marco de un contrato de construcción. En virtud de esto, se encuentra en la facultad de organizar reuniones, visitas, solicitar informes, entre otros, con la finalidad de prevenir y/o resolver las disputas.

II.B.4.4.6.1 Funciones

II.B.4.4.6.1.1. Función Preventiva

Las JRDs tienen la capacidad de prevenir que las disputas generadas entre las partes en relación a un conflicto de interés derivado de un contrato de construcción, se conviertan en verdaderos conflictos, difíciles de resolver de manera rápida, costosos, engorrosos y que obliguen la paralización de la ejecución de la obra hasta que éstos se resuelvan.

Ocurre que las JRDs generalmente se constituyen desde inicio de la obra hasta su entrega; es decir, inicia sus actividades paralelamente a la suscripción del contrato original. Este escenario permite que los adjudicadores se familiaricen íntegramente con la obra y el contrato, de tal manera que se encuentran en la capacidad y obligación de monitorear la obra, convocar a reuniones, organizar visitas, requerir informes, mantenerse informado permanentemente de los avances, dialogar con ambas partes por igual, emitir consejos u opiniones informales, entre otros.

En consecuencia, todas estas peculiaridades mencionadas le permiten a la JRD evitar que los conflictos se generen y se conviertan en engorrosos y muchas veces irreparables.

Dicho esto, la función preventiva evita que la obra se paralice, como ocurre en la vía arbitral, precisando que en este último caso, el constructor o la empresa constructora generalmente deciden poner un alto a la ejecución de dicha obra hasta que se componga la controversia suscitada, la misma que debe ser sometida a todo el procedimiento arbitral (designación y aceptación de los árbitros, conocer de qué trata la relación jurídica entre las partes y la controversia, ponerse al día de todos los antecedentes a ella, entre otros).

Al respecto, coincidimos cuando se indica que “resulta siempre más eficiente evitar el conflicto o, por lo menos resolverlo en etapas tempranas, que resolverlo a la conclusión o funcionamiento de la obra(...)”. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

II.B.4.4.6.1.2. Función Resolutiva

Las JRDs, además de haber sido diseñadas para prevenir los conflictos a través de planes de trabajo permanentes; es

completamente eficaz resolviendo las disputas en menor tiempo, costo y lejos de procedimientos engorrosos que podrían desnaturalizar los fines del contrato primigenio.

La función resolutoria de las JRD constituye una de sus fortalezas más importantes en razón del conocimiento exhaustivo y permanente de la obra y del contrato, en mérito a las diversas diligencias realizadas entre los adjudicadores y las partes. Esto las habilita para resolver de manera inmediata (*in situ*) las disputas que eventualmente se generan, permitiendo que la obra continúe en ejecución y no se paralice, evitando que el conflicto se agrave y tenga que ser ventilado mediante otros mecanismos o el poder judicial.

Esta dicotomía promueve que la figura de la JRD sea un mecanismo atractivo para las obras de construcción, logrando mantener la armonía entre las partes durante la ejecución del contrato, sin perjudicar a ninguna de ambas.

Por otro lado el artículo 208° del reglamento establece que las JRDs deben cumplir con las siguientes funciones:

- Emitir Decisiones Vinculantes respecto a controversias planteadas por las partes.
- Absolver las consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual y/o técnico, las cuales previamente deben ser consultadas al supervisor de la obra y al proyectista, según corresponda.
- Efectuar visitas periódicas a la obra en ejecución. (*ver apartado 7.9 y 7.10 de la directiva*)
Permite que las partes involucradas y los adjudicadores mantengan contacto directo, conocimiento total de la obra,

desde el inicio del contrato y durante toda la ejecución del mismo.

- Otras que establezca el contrato respectivo, así como la directiva correspondiente.

Al respecto, el apartado 7.6 de la Directiva señala que *“la JRD debe desarrollar sus actividades considerando las necesidades de la obra y con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las situaciones que pueden presentarse, debiendo adoptar normas y criterios que faciliten el funcionamiento interno de la JRD.”*

En este sentido, la JRD y las partes, podrán acordar la realización de las diligencias que correspondan con la finalidad de cumplir con los objetivos planteados, con la finalidad de prevenir y/o resolver las divergencias que pueden presentarse durante la ejecución de la obra.

II.B.4.4.6.2 Facultades

La JRD está facultada para tomar las medidas que resulten necesarias en mérito al cumplimiento de sus funciones, conociendo el fondo de la Controversia y para decidir sobre cuestiones conexas a ella; así tenemos:

- a) Requerir a las partes que aporten documentación necesaria para emitir Decisiones, convocar a reuniones, visitar la obra, realizar audiencias, requerir medios probatorios,
- b) Decidir sobre cuestiones relativas al procedimiento que surjan durante las visitas, reuniones y audiencias.
- c) Citar e interrogar a las partes, representantes, testigos, expertos y peritos.
- d) Grabar las visitas, audiencias y reuniones.

- e) Cumplir una Función consultiva, siempre y cuando haya común acuerdo entre las partes, consistente en emitir una opinión no vinculante que puede generarse durante cualquier reunión, audiencia o visita a la obra. Tiene como finalidad prevenir el surgimiento de futuras controversias y/o cierto aspecto que las partes quieran dilucidar.
- f) Continuar con el procedimiento de la JRD, sin perjuicio que alguna de las partes se rehúse, se abstenga o renuncie de participar

II.B.4.4.6.3. Obligaciones de la JRD y las partes

Los adjudicadores, *durante el desarrollo de sus actividades*, según el artículo 208 (parte infine), deben cumplir con las siguientes obligaciones:

a) Ser y permanecer independientes e imparciales.

Los miembros de la JRD no pueden favorecer a ninguna de las partes intervinientes, incluso la de la parte que lo designó como miembro del panel, debido a que se le exige que su accionar se imparcial e independiente de los intereses particulares de una de ellas, priorizando el interés común por el que celebraron el contrato.

Al respecto, el adjudicador debe ser transparente, procurando reunirse siempre con ambas partes y que ambas estén informadas; su evaluación del conflicto debe estar basada puramente en los hechos y el derecho, sin ideas preconcebidas ni prejuicios; y, ningún miembro puede tener conexión con cualquiera de la partes, siendo que en el caso que exista, los adjudicadores deben declararlos. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

b) Encontrarse disponibles para atender sus funciones.

Los adjudicadores deben estar disponibles para efectuar las diligencias inexcusables dentro del marco del cumplimiento de sus funciones, como las audiencias, reuniones, visitas, entre otros.

Esto merece señalar que a diferencia de los árbitros que no tienen la necesidad de avocarse a tiempo completo en un caso en particular y que podría reprogramar sus diligencias por razones de tiempo, los adjudicadores sí se ven obligados a dedicarle más tiempo a conocer profundamente la constitución de todo lo concerniente a la obra y el contrato.

En este contexto, no se admite la situación en la que el adjudicador no asista a una diligencia programada con anterioridad; es decir, no cumpla con realizar las inspecciones, visitas, reuniones, audiencias establecidas aduciendo que no cuenta con tiempo para ello, en razón que el pacto exige su completa disponibilidad.

c) Informar oportunamente los impedimentos para ejercer el cargo con independencia, imparcialidad, transparencia, diligencia y con la debida conducta procedimental.

Esta obligación resulta fundamental para evitar potenciales recusaciones y, en el caso de esta figura, despidos o resoluciones de contrato por motivos de no declarar o informar detalles importantes concernientes a la posible relación existente entre el(los) adjudicar(es) y alguna de las partes que pudiera poner en duda su independencia.

Los miembros de la JRD tienen la obligación de informar al momento de aceptar el encargo sobre cualquier circunstancia que pudiera afectar su independencia o imparcialidad o alguna

situación que le impida ejercer sus funciones con transparencia y diligencia que pudiera haber ocurrido dentro de los cinco (5) años anteriores a su designación o sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de la JRD.

En este orden, este deber surge desde el momento de aceptar el cargo y perdura durante todo el proceso de la ejecución de la obra, protegiendo el derecho de las partes a mantenerse informadas de cualquier situación que merezcan conocer en relación a su independencia e imparcialidad que pueda poner en juego la objetividad de sus posiciones al momento de resolver las disputas.

d) Deber de Confidencialidad

Los miembros de la JRD deben mantener con carácter de 'reservada' toda la información que se obtenga en el ámbito de sus actividades, por lo que dicha información no puede revelarse salvo autorización de las partes, el requerimiento de un órgano jurisdiccional o de la OSCE. No obstante, se deja abierta la posibilidad de poder tomar las medidas pertinentes para proteger los secretos comerciales y la información confidencial. (Apartado 7.7 de la Directiva).

e) Deber de información

Los adjudicadores tienen la obligación de mantenerse informados de todos los pormenores que ocurran en la ejecución de la obra. Así mismo, las partes deben informar a las JRDs de los avances y cualquier situación de desacuerdo que pudiera sobrevenir a su conformación.

En este contexto, los adjudicadores pueden solicitar, en cualquier momento, a cualquiera de las partes, información relativa a la obra para cumplir con sus funciones.

De igual forma, los adjudicadores y las partes deben acordar la naturaleza, forma y frecuencia de los informes de seguimiento que deben manejarse entorno a los avances de la obra.

f) Visita a la obra y reuniones

Esta particularidad es propia de la JRD y constituye una facultad y obligación en sí misma, destacando como característica distintiva entre los otros mecanismos de resolución de conflictos que existen.

El apartado 7.9 de la Directiva establece que la JRD fijará un *CALENDARIO DE VISITAS PERIÓDICAS A LA OBRA Y DE REUNIONES ADICIONALES*, de ser el caso, cuyo cumplimiento será de carácter obligatorio. Dicho calendario será fijado al inicio de las actividades en coordinación con las partes, siendo que éstas deben participar en todas las visitas y reuniones a la obra, sin perjuicio de que una de la partes solicite su reconsideración por considerar que no resultan eficientes. No obstante esto, la JRD podrá realizar la reunión o visita a la obra a pesar de la inasistencia de una de las partes; siendo que, en caso de la inasistencia de uno de los miembros de la JRD, los otros miembros deciden respecto a la procedencia de realizar la diligencia acordada.

En esta línea, se ha previsto que la coordinación de las reuniones y visitas estarán a cargo del Centro por lo que éste deberá prever que se realicen con la frecuencia suficiente y necesaria a fin que la JRD se encuentre permanentemente informada de la ejecución de la obra, desacuerdo o controversia desde el momento inicial de la misma.

Respecto a cuestiones formales, se ha previsto que las visitas se realizaran en el lugar o lugares de la ejecución de la obra; mientras que las reuniones podrán celebrarse en cualquier lugar pactado por las partes y la JRD.

En este orden, se precisa que la partes se encuentran facultadas de solicitar una o más visitas o reuniones a la obra, de manera adicional; siendo que en ambos casos, la JRD deberá: i) analizar la ejecución del contrato de obra; ii) identificar los puntos de cualquier potencial desacuerdo a fin de prevenir la controversia; y iii) elaborar un informe, el mismo que deberá incluir la lista de personas asistentes y notificarse a las partes en el plazo de siete (7) días siguientes a la reunión o visita a la obra.

Las visitas pueden estar clasificadas en; i) visitas programadas, las mismas que se fijan de acuerdo a un calendario, normalmente expuestas en el acuerdo trilateral, definidas por el reglamento ICC y las reglas del libro rojo Fidic; y ii) visitas urgentes (no programadas), solicitadas por cualquiera de las partes o de oficio en cualquier momento durante la ejecución del contrato, definidas por el reglamento ICC. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

En el contexto peruano, coincidimos con Franco Regjo cuando propone que hubiera sido deseable que OSCE fije algunos criterios generales con relación a la periodicidad de las visitas a las obras, formulando ideas como *“una vez al mes durante los seis primeros meses siguientes al inicio de los trabajos en el sitio. Posteriormente, las visitas serían cada dos meses (...)”* (FRANCO REGJO, 2016)

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el Arbitraje, por medio del cual se pueden realizar inspecciones a iniciativa de parte o de

oficio de manera facultativa y discrecional; las visitas y reuniones que se realizan en las JRDs son de carácter obligatorio establecidos en razón a la propia naturaleza de dicho mecanismo.

De esta forma, la exigencia de las visitas *insitu* o visita de campo y reuniones que se llevarán a cabo en el marco de las funciones y obligaciones de las JRDs, constituyen elementos exclusivos y de vital importancia que enriquecen a este mecanismo, haciéndolo más atractivo y protagónico para prevenir y solucionar los conflictos en el sector de la construcción.

Por otro lado, el apartado 7.10 de la Directiva ha establecido que en cada visita periódica (programada) a la obra, habrá una *REUNIÓN Y UNA INSPECCIÓN*. En dichas visitas, deberá contarse con la participación de i) representante de la entidad, ii) contratistas, iii) supervisor de la obra; y iv) un representante del Centro. Así también se prevé que la Agenda de dichas visitas deberá contener por lo menos lo siguiente:

- Apertura de reunión
- Presentación por parte del contratista del trabajo en el que se indique el estado actual de la obra y su avance con relación al cronograma pre establecido en el contrato; así como también las posibles dificultades que se puede anticipar y la propuestas de posibles soluciones.
- Exposición del supervisor respecto a los puntos expuestos por el contratista y cualquier otra situación relevante.
- Comentarios de la entidad en relación a lo señalado por el contratista y el supervisor. Así mismo, se encuentra facultado de señalar las posibles dificultades que anticipa y las soluciones que propone.

- Explicación por parte del contratista y/o de la entidad respecto las áreas de la obra que propone que sean inspeccionadas
- Comentarios del supervisor, la entidad y los miembros de la JRD.
- Inspección de la obra.
- Conclusiones
- Fijación de la fecha de la próxima visita.

Después de cada visita periódica o programada, el centro debe elaborar un Acta, la misma que deberá ser trasladada a las partes y la JRD dentro de los tres (3) días siguientes de efectuada la visita para los respectivos comentarios y/o aprobación. Se precisa que dicha Acta no reemplaza el informe que la JRD debe elaborar.

Al respecto del informe, el adjudicador no puede formular opiniones o decisiones a partir de la visita de campo realizada, la misma que será netamente explotaría, con finalidad explicativa y vigilando que la obra se esté avanzando de manera apropiada. En este sentido, el informe debe exponer los avances de la obra y consignar la verificación y monitoreo realizado por la JRD, concluyendo que éste puede ser utilizado como medio probatorio posteriormente, cuando se requiera. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

g) Deber de comunicación

Las JRD y las partes deben entablar una permanente comunicación y ésta deberá realizarse a través del Centro, de manera física y/o electrónica, proporcionando copias para cada miembro de la JRD y la otra parte.

Es importante precisar que las partes no deben buscar de manera independiente a la JRD o alguno de sus miembros para formularle

consultas, pedir opinión o consejo respecto de alguna situación que involucre su trabajo; así como la JRD se encuentra prohibida de emitir opiniones o sugerencias sólo a una de las partes.

II.B.4.4.7. Procedimiento de una controversia en JRD

1. Presentación de la controversia (Apartado 7.12)

Dentro del marco de una controversia, la parte interesada deberá presentar una petición dirigida al Centro, la misma que deberá contener lo siguiente:

- a) Descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la controversia
- b) Lista de peticiones que serán sometidas a decisión de la JRD.
- c) Presentación de la posición de la parte peticionante.
- d) Sustentos o medios probatorios que fundamenten la posición, así como: documentos, planos, cronogramas, correspondencia, correos, Etc.
- e) Respuesta de la parte contraria, de ser el caso.

Es importante precisar que la fecha de inicio de la controversia a la JRD se computa desde la misma fecha de recepción de la petición.

Finalmente, las partes se encuentran facultadas de llegar a un acuerdo en cualquier momento.

2. Contestación de la petición (apartado 7.13)

- a) El centro notifica la petición a la otra parte en el plazo máximo de tres días de reciba dicha petición.

- b) El plazo para contestar es de quince (15) días siguientes de notificada por el Centro.
- c) Los requisitos que debe contener esta contestación son los mismos que se encuentran previstos para la presentación de la controversia.

Es importante precisar que la JRD puede solicitar que se presenten otros escritos o documentos adicionales, en cualquier momento, a fin de que contribuyan a la emisión de la decisión.

3. **Audiencia (apartado 7.14)**

La audiencia se realiza, después de la contestación de la petición de una de las partes, cuando una ellas lo solicitarán o cuando la JRD determine si es necesario en virtud a la complejidad u otros aspectos pertinentes, con la finalidad de que cada parte pueda exponer su posición y sustento en igualdad de condiciones.

Mientras que en el arbitraje, las partes deben presentar su caso y las evidencias que lo respalda debido a que los árbitros no están familiarizados con la controversia; en la JRD eso no es necesario por cuanto los adjudicadores si están familiarizados con la controversia, las partes y la obra, siendo que únicamente están dirigidas para presentar más información o alguna explicación adicional que se requiera. (FREITAS & GUSHIKEN, 2016)

El lugar donde se realiza la audiencia es definido de común acuerdo entre las partes y la JRD. En caso no se llegue a un acuerdo, se realizará en el lugar y fecha que la JRD indique.

La dirección de la Audiencia la tiene la JRD, la misma que debe garantizar que cada una de las partes tenga la oportunidad de

exponer su caso, de manera personal o mediante la designación de sus representantes. La directiva ha establecido un orden de desarrollo de Audiencia que puede ser adoptado por la JRD, salvo que se decida lo contrario; así tenemos:

- Presentación del caso por la parte solicitante.
- Presentación de la parte que responde.
- Indicación de la JRD a las partes respecto de cuestiones que requieren mayor aclaración.
- Aclaración de las partes sobre las cuestiones indicadas por la JRD.
- Contestación de cada parte respecto de las aclaraciones realizadas por la otra.

Es importante señalar que la JRD puede solicitar la presentación de los argumentos y el sustento documentario por escrito antes o después de la audiencia; no obstante la posibilidad que tienen las partes para presentarlos por iniciativa propia.

Respecto de los plazos para llevar a cabo la audiencia, se precisa que ésta debe programarse en un plazo no mayor a diez (10) días entre la contestación y la fecha para audiencia. Así mismo, la Audiencia puede llevarse a cabo en varias sesiones, las cuales se programarán en un plazo no mayor de diez (10) días contados desde la última sesión.

La audiencia debe realizarse en presencia de todos los miembros de la JRD y un representante del Centro, salvo que la JRD, previa consulta a las partes, decidan que dicha audiencia pueda llevarse a cabo con la ausencia de uno de los miembros.

4. LA Decisión (apartado 7.15)

La decisión es adoptada con el voto favorable de dos (2) miembros de la JRD, salvo que ésta esté conformada por uno solo. Por otro lado, a falta de mayoría, el voto del presidente de la JRD es dirimente.

Los miembros de la JRD tienen la obligación de votar en todas las decisiones; si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión de la mayoría o a la del presidente, según corresponda.

En caso que uno de los miembros de la JRD no esté de acuerdo con la decisión, éste deberá presentar un informe escrito por separado exponiendo las razones que motivan su desacuerdo.

El informe deberá ser trasladado a las partes conjuntamente con la decisión adoptada, siendo que dicho informe en desacuerdo no constituye obstáculo para la emisión de dicha decisión ni mucho menos para su eficacia.

El apartado 7.16 de la Directiva establece los parámetros que la decisión debe incluir, estos son:

- El resumen de la controversia
- El resumen de las disposiciones pertinentes del contrato de obra y de la legislación aplicable
- Una Cronología de los hechos relevantes
- Un resumen del procedimiento seguido por la JRD
- Una lista de los escritos y de los documentos entregados por las partes durante el procedimiento
- La decisión en sí misma y su motivación

5. Notificación de la decisión

La JRD debe notificar al Centro dentro del plazo de quince (15) días siguientes desde la última sesión de audiencia, a fin de que el centro notifique dicha decisión a la partes en un plazo de tres (3) días contados desde la recepción de la misma.

Las notificaciones en general se consideran efectuadas el día en que haya sido entregadas en físico en el domicilio pre señalado por las partes o, en su defecto, en el domicilio señalado en el contrato de obra, residencia habitual o lugar de actividades principales.

Las decisiones que son emitidas y notificadas a las partes fuera del plazo establecido devienen en ineficaces y éstas, a su vez, pueden ser sometidas a arbitraje, como lo veremos más adelante. No obstante, el legislador ha previsto la posibilidad de otorgarle, mediante un acuerdo expreso de las partes, un plazo adicional a la JRD a fin de emitir su decisión, el mismo que no podrá exceder del plazo de quince (15) días.

6. Corrección y aclaraciones de la decisión (apartado 7.18)

En caso que la Decisión contenga errores tipográficos o informáticos, de cálculo, de transcripción o de naturaleza similar a éstas, cualquiera de las partes podrá solicitar la corrección del error o la aclaración de la decisión o, en todo caso, la JRD podrá corregirlo de oficio; en ambas situaciones se tiene un plazo de cinco (5) días a partir de la notificación realizada a las partes.

El trámite a seguir por cualquier de las partes para solicitar una corrección o aclaración prevé la posibilidad de que las otra parte formulé sus comentarios dentro de los cinco (5) días contados a partir

de la recepción de la solicitud. Pasado este plazo, la JRD tiene otros cinco (5) para emitir dicha corrección o aclaración, según corresponda, debiendo ser notificada por el Centro, en el plazo de tres (3) días.

II.B.4.4.8 Cuerpos normativos que rigen el procedimiento de las JRD

Según lo establecido en el artículo 208° del Reglamento, Los Procedimientos de la Junta de Resolución de Disputas deberán ser regidos en el siguiente orden de prelación: i) La Ley; ii) El presente Reglamento; iii) Las Directivas emitidas por OSCE; iv) El contrato Tripartito celebrado entre los miembros de la Junta y las partes; v) La Disposiciones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas y; vi) supletoriamente por las Directivas y Reglamentos del Centro.

Mientras que en el procedimiento de las JRD se establece el procedimiento antes señalado, el orden de prelación en el arbitraje es distinto, por cuanto la estructura jerárquica de normas de éste último es: i) El convenio Arbitral; ii) La Ley General de Arbitraje; iii) Los Principios de usos y costumbres del Arbitraje; y, iv) la Facultad Discrecional del Tribunal Arbitral.

TITULO V: LA JRD Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON EL ARBITRAJE

II.B.5.1. La JRD y el Arbitraje; ¿COMPITEN O SE COMPLEMENTAN?

A lo largo del presente trabajo hemos desarrollado gran parte del tratamiento de dos Mecanismos alternativos de Resolución de Disputas (MARC)s; el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas o Dispute Boards,

Iniciaremos este último aparato, descifrando si las JRDs '*compiten*' con el Arbitraje o si '*se complementan*' entre sí; precisando que la '*Competencia*' se entiende como aquella "*oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa*" ((RAE), 2015); mientras que la '*complementariedad*' es definida como aquella "*cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta (...) (implica) integridad, perfección, plenitud a que lega algo*". ((RAE), 2015)

En primer orden, en el supuesto afirmado de la existencia de una naturaleza '*competitiva*' entre el Arbitraje y la JRD, tendríamos que aceptar que una de ellas pretendería sustituir a la otra; en este caso, que la JRD aspiraría a convertirse en el nuevo mecanismo utilizado en todas o la mayoría de los casos para resolver un conflicto a raíz de la celebración de un contrato de construcción, suplantando al Arbitraje. En consecuencia, deberíamos entender que al culminar dicha '*competencia*', una de estas dos figuras terminaría subsistiendo respecto de la otra, poniendo fin a los intereses de la perdedora y por ende, excluyéndola como opción para resolver las controversias.

La postura de *competencia*, implicaría afirmar que la JRD se desenvuelve bajo las mismas circunstancias y reglas que las del Arbitraje; enfrentándose entre sí por un mismo espacio, intentando cautivar a las partes a través de sus más atractivas ventajas, al momento que éstas elijan al mecanismo para resolver sus potenciales controversias.

Por otro lado, el supuesto de la *complementariedad* advierte que ambos mecanismos pueden coexistir en un mismo espacio, sin la necesidad que uno de ellos ambicione suplir al otro; sino que por el contrario, ambos podrían acoplarse mutuamente para lograr un mismo un mismo fin.

Dicha *complementariedad* generaría que ambos mecanismos tengan sus propios espacios, operen en diferentes circunstancias, bajo reglas distintas y que ninguna interceda de manera negativa en contra de la otra; implicando una coexistencia armónica para contribuir con el mejoramiento de la administración de justicia.

Ahora bien, es claro que este cuestionamiento radica en su aparente similitud y, en todo caso, al desconocimiento que existe en relación a sus características, tratamiento y ámbitos de aplicación en el que se desenvuelven estos dos mecanismos. Por ese motivo, considero que es necesario destacar algunas peculiaridades importantes que nos ayuden a aclarar más el panorama.

En cuanto a su similitud, las JRDs y el Arbitraje son Mecanismos que operan de manera alterna a la jurisdicción estatal que se constituyen con la finalidad de resolver los conflictos que se generan a raíz de la celebración de un contrato; tienen carácter heterocompositivo y se encuentran revestidos de celeridad y reducción de costos, a comparación de proceso ordinario; así mismo, la legislación a dispuesto la posibilidad de acudir a un Centro legalmente constituido para la administración de sus procesos; finalmente, su similitud también responde al número de árbitros y adjudicadores que las conforman, respectivamente.

En ese orden, si únicamente nos quedaríamos con estas premisas, a simple vista sería admitido creer que ambos mecanismos son iguales y tienen una misma finalidad; incluso se podría conjeturar que ambos estarían jugando un partido aparte con el objetivo de persuadir a las partes y convencer que son la mejor opción para resolver sus controversias.

No obstante, la respuesta a este cuestionamiento nos exige verificar si realmente son mecanismos que no tienen diferencias entre sí y por ende, estarían compitiendo por un mismo espacio en el que puedan desenvolverse.

Respecto a esto, resulta necesario indicar que sí existen elementos que las diferencian, como: i) *su Naturaleza Jurídica* – la del arbitraje es mixta y la JRD es puramente contractual; ii) *su Finalidad* – la JRD previene, filtra y resuelve, mientras que el Arbitraje solo resuelve los conflictos; iii) *El momento en que intervienen* – la JRD interviene durante toda la ejecución del contrato (permanente); y el Arbitraje ex post conflicto; iv) *el tipo de resoluciones que emiten* – La JRD emiten

recomendaciones y decisiones, mientras que el Arbitraje emite Laudos; v) *el ámbito de aplicación* (competencia)– para las JRDs se ha establecido un monto a partir de 20 millones de soles (solo para proyectos de construcción de gran envergadura), mientras que dentro del arbitraje se puede ventilar conflictos sin importar el monto ni la materia; finalmente vi) mientras que la *JRD es voluntario*, el *arbitraje es obligatorio*.

En este contexto, es obvio y pertinente concluir que ambos mecanismos no son iguales; por un lado tienen características similares y por otras distintas que las enriquecen individualmente. Ahora bien, ante esta situación particular, cabe preguntarnos si la idea de sustitución y/o competencia entre ambos mecanismos subsiste; la respuesta es no.

A nuestra consideración, la idea de la competencia entre sí está alejada de la realidad, toda vez que si bien es cierto, ambas tienen el mismo fin, se desenvuelven en espacios y momentos distintos; con tratamientos y alcances diferentes.

Al respecto, GUSTAVO PAREDES afirma que “Los Dispute Boards no fueron creados propiamente para competir con el arbitraje, los DB nacieron para sustituir la tradicional y muy antigua forma de manejar los conflictos en obra, es decir, sustituir la decisión del ingeniero en obra.” (PAREDES CARBAJAL, pág. 153)

Está claro que ambos mecanismos poseen similitudes y diferencias a la vez, no obstante, resulta interesante revisar el trabajo de Gustavo Paredes, cuando esboza una atractiva analogía entre el elemento mundialmente conocido como “el YIN y el YANG” comparándolas con el Arbitraje y la JRD, respectivamente; en el que explica que estas dos fuerzas se oponen y complementan simultáneamente entre sí; son interdependientes de manera absoluta y funcionan cohesionadamente como una unidad que finalmente las contiene, denominada: tao. (PAREDES CARBAJAL, pág. 141)

Por lo expuesto, defendemos la tesis de la complementariedad entre ambos mecanismos, en la medida que existe la posibilidad que las decisiones emitidas por la JRDs puedan ventilarse vía proceso arbitral, siempre y cuando las partes lo crean necesario; de manera tal que se convierte en un verdadero trabajo interdependiente y cohesionado que finalmente contribuye con la mejora en la

administración de justicia estatal y privada, permitiendo que los casos puedan ser resueltos en etapas previas como la que ofrece las JRDs, cada uno actuando en su propio espacio y con sus propias reglas.

En este sentido, coincidimos plenamente con GUSTAVO PAREDES cuando indica que “Los Dispute Boards no debilitan el arbitraje sino por el contrario lo fortalece; (...) se complementan como parte de un único sistema de gestión. (...) El arbitraje ayuda a fortalecer a los Dispute Boards cautelando la ejecutabilidad de las decisiones finales y vinculantes, pero también fortalece su presencia preventiva, exigiendo su condición de presupuesto de arbitrabilidad; por tanto estas dos fuerzas, en apariencia opuestas, son en la práctica complementarias, como el YIN y el YANG aplicadas al manejo de conflictos en el sector de la construcción”. (PAREDES CARBAJAL, pág. 156)

En adición a lo dicho hasta aquí, debemos indicar que la JRDs no solo fortalecen al Arbitraje, si no que genera una complementariedad tripartita, entre ambas y el sistema judicial, conformando un sistema de administración de justicia integral, capaz de resolver controversias de manera más eficaz y eficiente, sirviendo como modelo en la medida que logre descongestionar y evitar que los procesos se tornen engorrosos o, en otras palabras, que se '*judicialicen*'; con la finalidad de contribuir con el fortalecimiento de nuestra cuestionada administración de justicia.

Bien hace en señalar el Dr. Guzmán Barrón que las JRDs no buscan ser una competencia al arbitraje sino más bien un aliado. Las JRDs actuarán como filtro previo que desincentive arbitrar lo que no sea necesario o dicho en otros términos, que se arbitre lo que realmente es necesario. En este contexto, la JRD y el Arbitraje están destinados a ser complementarios. (GUZMAN - BARRÓN SOBREVILLA, 2013)

En efecto, las JRDs y su actuación como presupuesto de arbitrabilidad, ha de convertir a estos dos mecanismos en aliados, en la medida que la RD intentará prevenir o resolver los conflictos tempranamente pero si se presenta el caso en que las partes no estén de acuerdo con las decisiones emitidas, éstas tendrán la posibilidad de ventilar sus controversias en la vía arbitral.

Finalmente, se enfatiza que las JRDs no pondrán “Fin al Arbitraje”; si no que ambas se desarrollaran en espacios y momentos diferentes; es decir, bajo parámetros y reglas independientes, coexistiendo jurídicamente. Esta cohesión se materializa con la característica pre arbitral de la JRD, con la finalidad de contribuir con el mejoramiento del sistema de administración de justicia peruano.

II.B.5.2. El presupuesto de arbitrabilidad como complemento entre la JRD y el Arbitraje

Durante el desarrollo del presente trabajo, hemos mencionado y destacado en reiteradas oportunidades que un aspecto esencial de la JRD es que este mecanismo se ha diseñado con la posibilidad de someter sus decisiones a la vía arbitral; constituyéndose como un mecanismo pre – arbitral.

La regulación peruana ha establecido que así como la JRD es un mecanismo que puede optarse de manera voluntaria; el hecho de decidir ventilar la decisión en la vía arbitral, también es opcional, siempre que las partes así lo decidan.

Sobre el particular, FIGUEROA VALDES nos indica que es usual que en los proyectos de construcción internacionales contengan en los contratos estipulaciones que consagran el mecanismo de los DB como instancia Pre – arbitral. (FIGUEROA, 2015)

En este contexto, debemos dejar en claro que el Arbitraje no forma parte del accionar de una JRD; sino que ambos intervienen en momentos distintos. La posibilidad de acudir a arbitraje está basada en diversos supuestos establecidos por la ley; sin embargo, las partes también se encuentran en la posibilidad de establecer una clausula escalonada; es decir, disponer a la JRD como una etapa previa e imperativa a ser agotada antes del inicio del arbitraje; no obstante, la normatividad peruana vigente no la ha consignado como obligatoria.

Resulta necesario hacer este deslinde debido a que el comportamiento y la forma en cómo se encuentran regulados pueden prestarse para confusiones; tal y como señala el Dr. Lic. Herfried Woss, cuando indica que “(Los DB) parecerían ser algo semejante al arbitraje (*pero*) en verdad son un procedimiento pre-arbitral o pre-

judicial que sirve para filtrar las disputas para que no lleguen a mayores ligas” (Herfried Woss, 2006).

Ahora bien, el hecho de adoptar esta medida ha despertado cuestionamientos y dudas en cuanto a su eficiencia; toda vez que sin importar el carácter opcional para someter las decisiones emitidas por la JRD a la vía arbitral, cierto sector de juristas indican que esto podría convertirse en una práctica habitual, más aún cuando se trata de contrataciones con el Estado, debido a la tendencia conflictiva de los operadores del derecho y a la necesidad de agotar todos los medios posibles por temor al rol represivo de los órganos de control estatal que exigen acudir “*hasta las últimas instancias*” en sus procesos. Un claro ejemplo de esto es lo que ocurre con los procuradores peruanos con la controlaría General de la República.

Por su parte, GUSTAVO PAREDES expone una posición interesante cuando señala que la JRD ayuda a evitar que el conflicto aparezca lo cual es connatural a su condición como presupuesto de Arbitrabilidad; siendo que en otro momento expresa también que este nuevo diseño facultará a las partes mantener el control de su conflicto en forma previa a la estación de definición arbitral, de ser necesario (PAREDES CARBAJAL, pág. 141)

Al respecto, CASTILLO FREYRE señala oportunamente que resultaría trascendental ponerle atención a la fase previa al arbitraje, teniendo en los DB a una opción interesante e inteligente. Añade que en una relación contractual, las partes más que buscar una reparación a posibles daños y perjuicios que puedan sufrir, lo que quieren es evitar o disminuir su aparición. (2015, pág. 10)

En efecto, las JRD han sido diseñadas para actuar dentro del marco de las exigencias de quienes se desenvuelven en el ámbito vertiginoso y conflictivo de la construcción. La JRD posee una naturaleza esencialmente distinta a los demás MARCs existentes, desempeñándose como mecanismos pre arbitrales, a efectos de prevenir los conflictos o resolverlos tempranamente.

Por lo expuesto, se pretende determinar la complementariedad entre ambos mecanismos mediante el análisis de la JRD y su comportamiento pre arbitral.

II.B.5.2.1. Tratamiento jurídico peruano de las JRDs referente al presupuesto de arbitrabilidad

Como hemos precisado anteriormente, el presupuesto de Arbitrabilidad es una característica inherente a las JRDs que ha causado discusiones y cuestionamientos. En este apartado, analizaremos cuál es el tratamiento que ha propuesto la legislación peruana.

II.B.5.2.1.1. El Presupuesto de Arbitrabilidad analizado desde el Reglamento del Centro De Arbitraje Y Resolución De Conflictos De La Pontificia Universidad Católica Del Perú (CARC - PUCP) CARC - PUCP

Es necesario establecer aquí, a modo de experiencia, la forma en cómo el primer reglamento privado del Perú ha previsto la regulación del Presupuesto de Arbitrabilidad en las JRDs.

El artículo 21° del citado cuerpo normativo que reglamenta el servicio de JRD, establece las circunstancias que habilitan el Arbitraje, señalando lo siguiente:

“El agotamiento del procedimiento ante la JD es un presupuesto de arbitrabilidad. Por lo tanto, los árbitros no podrán dar inicio a un proceso arbitral en tanto las partes no hayan agotado dicho requerimiento previo”.

A nuestro entender, la actuación de la JRD cumple un rol fundamental por cuanto se le exige a sus miembros y a las partes en conflicto, la necesidad de agotar todas las vías y posibilidades de solución antes de que el conflicto sea sometido al ámbito arbitral; es decir, ha establecido la figura de la ‘Cláusula Escalonada’. Esto genera que la JRD se establezca como una suerte de filtro en relación a las controversias que se deriven a arbitraje y la solución temprana de otras.

La posibilidad de iniciar el arbitraje se dará cuando se presenten las siguientes circunstancias: i) La JRD no haya podido ser conformada; o ii) Si la JRD no emite su decisión o Recomendación en el plazo previsto; o iii) Si la JRD se disuelve.

Al respecto, si uno de los tres supuestos señalados ocurriera dentro de un proceso de JRDs, evidentemente debe preverse una opción inmediata para continuar con la pretensión de solucionar el conflicto suscitado de manera rápida y armónica. Ante esta situación, el reglamento analizado ha previsto la posibilidad de acudir a la vía arbitral, lo cual garantiza su solución.

Por lo expuesto, estamos de acuerdo con esta regulación y consideramos que es importante a fin de garantizar el derecho de acción de las partes, sin menoscabar sus intereses.

II.B.5.2.1.2. El Presupuesto de Arbitrabilidad en el D.S. 350-2015-EF: Reglamento de la Ley De Contrataciones con el Estado

El Reglamento ha desarrollado más profundamente las circunstancias en que las JRDs pueden ser sometidas a arbitraje. En este sentido, hemos ordenado y clasificado cada una de las formas, según ciertas calificaciones de interés predominante, como se verá a continuación:

II.B.5.2.1.2.1. Requisitos para someter a arbitraje una decisión de la JRD (Regla General)

El Artículo 212° (párrafo cinco) del Reglamento indica que el requisito fundamental para someter la controversia a arbitraje es la comunicación de forma escrita de las razones de su desacuerdo (total o parcial).

“Cualquiera de las partes que se encuentre en desacuerdo total o parcial con la decisión emitida por la JRD debe (...) enviar a la otra parte y a la JRD una *comunicación escrita manifestando las razones de su desacuerdo y su intención de someter la controversia a Arbitraje*”. (El subrayado es nuestro)

Para poder acudir a la vía arbitral, esta comunicación deberá realizarse dentro del plazo de los siete (7) días de notificada la decisión emitida por la JRD, toda vez las partes no estén de acuerdo con la decisión emitida por la JRD en virtud a la afectación de sus intereses.

Así mismo, después de notificada la comunicación a la otra parte y a la JRD dentro de los días antes previstos, se ha dispuesto un plazo de 30 días para iniciar el Arbitraje.

Por otro lado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 215° del Reglamento, se puede prescindir de la exigencia de la comunicación escrita del desacuerdo, entendida como requisito de procedibilidad, cuando se incurra en las siguientes circunstancias:

- i)** La JRD no ha podido ser conformada
- ii)** La JRD no emite y notifica a las partes su decisión dentro del plazo previsto en las reglas de procedimiento previstas.
- iii)** La JRD se disuelve antes de la emisión de una decisión.
- iv)** Se ha producido la recepción total de la obra, salvo el supuesto de excepción previsto en el artículo 211°; es decir, se tendrá 30 días hábiles para cuestionar mediante Arbitraje cuando aún esté pendiente la emisión y notificación de una decisión, al momento de la recepción total de la obra.

Las circunstancias descritas evidentemente corresponden a situaciones en las que las JRDs tendrían cierta responsabilidad en relación a la no emisión de sus decisiones.

En este sentido, el legislador ha previsto garantizar los intereses de las partes otorgándole la facultad de acudir a la vía arbitral sin la necesidad de cumplir con la regla general de la comunicación, a fin de no causar limitación en su derecho de acción y continuar garantizando la solución de su conflicto.

II.B.5.2.1.2.2. Supuestos para someter a arbitraje a raíz de la emisión de las decisiones

II.B.5.2.1.2.1.1 PRIMER SUPUESTO: Manifestación por Escrito de Desacuerdo (212°)

Al respecto, como ya hemos visto anteriormente, este supuesto constituye la regla general para el sometimiento a Arbitraje. En consecuencia, siempre será necesaria la comunicación escrita y explícita de desacuerdo remitida a las partes y a la misma JRD a efectos de hacer efectiva la petición de arbitrabilidad de las decisiones emitidas; es decir, basta con la manifestación de las razones de su desacuerdo total o parcial y su intención de someter la controversia a arbitraje para que ésta última pueda proceder.

Es necesario recordar que la naturaleza vinculante de las Decisiones emitidas por la JRD genera su inmediato y obligatorio cumplimiento a partir de su notificación, es decir, sin perjuicio de esta manifestación de desacuerdo, la decisión seguirá revestida de obligatoriedad y su exigencia continuará vigente, debiendo cumplirse sin demora.

Vencido el plazo para su corrección o aclaración y/o una vez corregida o aclarada la decisión, de ser pertinente, ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial podría impedir el cumplimiento las mismas.

II.B.5.2.1.2.1.2. SEGUNDO SUPUESTO: Emitidas y notificadas fuera de Plazo

El artículo 210° del Reglamento consagra el segundo supuesto para someter la controversia a arbitraje.

Las JRDs emiten su resolución (Decisión) y estas deben ser notificadas a las partes dentro del plazo pactado; de lo contrario, si son emitidas y notificadas fuera del plazo establecido en la

Directiva correspondiente, devienen en ineficaces, generando la posibilidad de someterlas a arbitraje

El plazo para poder someter a arbitraje la controversia cuya decisión y notificación fueron emitidas fuera de plazo por la JRD es de 30 (treinta) días hábiles, desde que venció el término para su notificación.

No obstante, se ha propuesto que las partes puedan conceder a la JRD un plazo adicional para la emisión y notificación de la decisión, siempre y cuando sea mediante acuerdo expreso y antes de la recepción de la obra.

En definitiva, este supuesto prevé que la JRD debe cumplir con su deber de notificar las decisiones dentro del plazo previsto por las partes. Ante el incumplimiento de este supuesto, las partes tendrán la opción de acudir a la vía arbitral.

A nuestra consideración, esta fórmula constituye una garantía en favor de las partes a fin de no quedarse desprovistas de solucionar sus conflictos por irresponsabilidad o negligencia de la Junta.

II.B.5.2.1.2.1.3. TERCER SUPUESTO: Pendientes a la fecha de Recepción de la Obra

El tercer supuesto para someter la controversia a arbitraje se encuentra regulado en el artículo 211° del Reglamento y opera cuando al momento de la recepción total de la obra, aún quedara pendiente que la JRD emita y notifique su decisión.

Bajo el supuesto en mención, el plazo para cuestionar arbitralmente es de 30 (treinta) días hábiles computados desde el día siguiente de notificada la decisión a las partes.

Este supuesto evidentemente también tiene como finalidad salvaguardar los intereses de las partes que pueden verse

perjudicadas a raíz de una circunstancia que la JRD debió prever, abriendo la posibilidad para que su controversia sea resuelta en la vía arbitral.

II.B.5.2.1.2.1.4. CUARTO SUPUESTO: Todas las Decisiones pueden ser Sometidas a Arbitraje

El cuarto párrafo del artículo 213° del Reglamento establece explícitamente que *“Todas decisiones de la JRD pueden ser sometidas a arbitraje”* siempre que la parte que se encuentre en desacuerdo cumpla con el requisito fundamental ya manifestado; es decir, el de expresar por escrito su desacuerdo oportunamente dentro de los 7 días de notificada la decisión, debiendo interponer el arbitraje respectivo dentro del plazo 30 días hábiles siguientes a la recepción de la obra.

El mismo artículo precitado señala que en caso exista pluralidad de decisiones emitidas por la JRD que se sometan a controversia, deberá plantearse un único Arbitraje con independencia del número de decisiones.

Así mismo, establece que el sometimiento a arbitraje de las decisiones de la JRD, no suspende el trámite de liquidación de contrato, siendo que en caso de plantearse controversia respecto de la liquidación final, ésta deberá acumularse necesariamente con el proceso arbitral a cargo de resolver las decisiones de la JRD.

Ahora bien, la decisión de someter a arbitraje las disposiciones de las JRD es meramente facultativo. En este sentido, el titular de la entidad evalúa, bajo responsabilidad, la conveniencia o no de someterlas a arbitraje, sobre los criterios de costo – beneficio, equidad e interés social, así como los costos y riesgos de no adoptar la decisión.

Por todo lo señalado, resulta evidente que estos cuatro supuestos han sido consagrados por el legislador a fin de salvaguardar los intereses de las partes y no dejarlas desprovistas de solución a sus conflictos, en los casos que sea necesario.

Por otro lado, es importante tener en cuenta los plazos previstos para la comunicación de desacuerdo y el inicio el proceso arbitral; así como también prever que el requerimiento exigido para manifestar el desacuerdo de la decisión emitida por la JRD es de estricto cumplimiento, sin perjuicio de aquellas circunstancias en las que las JRDs incurrir en una suerte de responsabilidad y no cumplen con los términos previstos para la emisión de estas resoluciones.

El artículo 213º (primer párrafo) del Reglamento aclara que cuando una Decisión es sometida a Arbitraje, sin importar el supuesto en el que se incurra, *“La JRD no será parte del proceso”*.

Finalmente, el sometimiento de las decisiones a la vía arbitral es facultativo y voluntario.

Resulta claro que las partes deciden someter sus desavenencias a una JRD y consecuentemente decidirán si las decisiones de éstas deben ser sometidas a la vía arbitral. Las partes deben tener presente que, a pesar de su manifestación de desacuerdo, dichas decisiones tienen carácter vinculante, de cumplimiento inmediato y obligatorio.

El hecho que las decisiones emitidas por la JRD puedan someterse a la vía arbitral ha generado diferentes comentarios y posiciones encontradas que serán esbozados más adelante.

II.B.5.2.1.2.3. Plazos de caducidad para someter la controversia a arbitraje

El artículo 213º del Reglamento señala que los plazos de caducidad previstos en la ley para someter la controversia a arbitraje se computan desde:

- i) El Vencimiento del plazo de la emisión y notificación de la decisión de la JRD a las partes.
- ii) La Comunicación a las partes de la Disolución de la JRD; computados desde que se comunique a las partes la disolución.
- iii) Cuando se ha producido la Recepción total de la obra.
- iv) La notificación de la comunicación de la Imposibilidad de conformar la JRD, siendo el CENTRO el responsable de comunicar a las partes dicha circunstancia (de parte o de oficio).

II.B.5.2.1.2.4. Decisión definitiva e inimpugnable

La regla general, como ya hemos precisado anteriormente, es que todas las decisiones emitidas por la JRD son vinculantes y por lo tanto su cumplimiento es obligatorio, definitivo e inmediato.

En efecto, es preciso señalar que las partes deben necesariamente cumplir la decisión sin demora a pesar que una de las partes pretenda someter la controversia a la vía Arbitral.

El artículo 212° del Reglamento expresa que la decisión emitida por la JRD adquiere el carácter de definitiva e inimpugnable cuando, a pesar que la parte que no esté de acuerdo con la decisión, i) no comunica a la otra ni a la JRD su desacuerdo total o parcial en el plazo de los siete (7) días o ii) si habiéndolo comunicado no se inicia el respectivo arbitraje dentro del plazo indicado en el artículo 45° de la Ley 30225; es decir, dentro de los (30) días. Si esto ocurre, la decisión será final y vinculante para las partes.

II.B.5.2.1.2.5. Las JRD como clausula escalonada

El artículo 213° del Reglamento establece que las JRD, cuando ha sido pactado previamente por las partes, se convierten en "*Presupuesto De Arbitrabilidad, para los temas sometidos a su competencia*".

En efecto, Las JRD pueden ser previstas por las partes como presupuesto de arbitrabilidad, en virtud del ejercicio de su voluntad al momento de celebrar el contrato, toda vez que podría operar como parte de una cláusula escalonada, convirtiendo a la JRD en imperativa antes de iniciar el proceso arbitral.

Al respecto, Cairns y Magdalena quien a su vez citan a Dyala Jimenez señala que pueden existir contratos en los que se establezcan un procedimiento escalonado “(...) – por el que las partes deban someter la controversia a un DAB, como requisito previo al arbitraje- y dependiendo en la propia redacción de la cláusula y la ley aplicable, el cumplimiento del pronunciamiento pre arbitral se constituirá como un auténtico presupuesto para la jurisdicción de un tribunal arbitral”. (PAREDES CARBAJAL, pág. 151)

El citado autor añade que el requisito de procedibilidad del arbitraje actúa siempre que de la redacción de la cláusula quede claro y que la ley no lo proscriba.

En este sentido, es importante precisar que la cláusula escalonada no es exigible ni mucho menos constituye una condición imperativa; sino que por el contrario, constituye una clara manifestación de voluntad de las partes y del derecho de libre contratación que permite a las partes celebrar sus acuerdos revestidos de cláusulas que podrían beneficiar sus actividades y la solución de los potenciales conflictos.

II.B.5.2.2. Eficacia o no de las JRDs como mecanismo pre arbitral en el Perú: posiciones encontradas.

Si bien es cierto las JRDs son mecanismos innovadores y atractivos para resolver conflictos que se susciten en proyectos en el ámbito de la construcción; hay quienes critican la característica pre - arbitral y otros que la defienden. Lo cierto es que las posiciones encontradas poseen argumentos dignos de ser analizados y que se pondrán a disposición a continuación a fin de llegar a conclusiones que contribuyan al fortalecimiento o no de este mecanismo.

POSICIONES EN CONTRA

Por su parte, BENAVENTE LEIGH postula que si bien es cierto, en la gran mayoría de los países donde se desarrollan las JRD, sus decisiones se cumplen sin acudir al arbitraje, no se ha previsto la “dicotomía entre el ámbito de lo público y privado que se da en el llamado ‘arbitraje administrativo’ de nuestra legislación sobre Contratación Pública”. (BENAVENTE LEIGH & SOTELO GAMARRA, págs. 06 - 07)

Añade que la dicotomía a la que hace referencia, obliga a que muchas veces quienes representan los intereses de la Administración Pública deban agotar todos los medios impugnativos, inclusive cuando carecen de argumentos suficientes, con la única intención de evitar incurrir en responsabilidad administrativa o funcional, aplicándose también en el ámbito privado en razón a la proclive predisposición hacia la impugnación.

De igual forma, CANTUARIAS SALAVERRY considera que las resoluciones emitidas por las JRDs o DBs servirán únicamente como medio previo para acceder a la inminente instancia arbitral. En un país como el Perú, el compartimiento de los funcionarios públicos está supeditados a las actuaciones represivas de instituciones como la Contraloría General de la República en virtud a que en la práctica solo cumplen su trabajo para evitar ser cuestionados posteriormente.

El citado profesor añade que la JRDs resultarían completamente eficaces entre privados y de acuerdo al ámbito de aplicación que se determine en nuestro ordenamiento jurídico pero difícilmente en contrataciones en el que participe el Estado por cuanto resulta fácilmente previsible que un gran número de casos, por no decir todos, se derivarían en Arbitraje. (CANTUARIAS SALAVERRY, 2015)

Por su parte, la Dra. Martinez Coco, califica de ‘muy negativa’ la posibilidad de someter a Arbitraje las decisiones emitidas por las JRDs toda vez que dichas decisiones no tienen carácter vinculante para las partes, de tal forma que existe la posibilidad de que las partes discutan arbitralmente las decisiones adoptadas, incluso después de que la obra quede concluida; de tal manera que la obra puede concluirse pero el conflicto persistirá hasta dicho momento.

Al respecto, no compartimos dicha apreciación por cuanto ha quedado claro que la normatividad peruana ha dispuesto que las decisiones emitidas por la JRD tengan

carácter 'vinculante', por ende, sean cumplidas de manera obligatoria e inmediata, sin perjuicio de ser pasibles a ser sometidas a Arbitraje. En este orden, se añade que el carácter preventivo y la capacidad de solución inmediata de las JRDs, reducirán enormemente la idea de someter a Arbitraje las controversias que pueden resolverse sin generar paralización en la obra, de manera que la obra podrá concluirse paralelamente a la solución de las disputas que se pueden generar durante su ejecución.

A FAVOR

Por otro lado, PRADO MEZA expresa su confianza en que la JRD ayudará a resolver con prontitud y especialización el gran número de controversias que ahora llegan a instancias arbitrales por no tener un filtro previo que permita prevenirlas o resolverlas durante la ejecución del contrato, lo cual sin duda, beneficiará tanto al Estado como a los contratistas. (PRADO MEZA)

El mencionado autor destaca que la JRD previene el conflicto y/o resuelve con inmediatez logrando que únicamente las controversias complejas y económicamente relevantes puedan ser definidas en vía arbitral, dejando el resto de ellas a cargo de la JRD.

Ahora bien, resulta comprensible mantener ciertas dudas en cuanto al comportamiento jurídico, contractual y social de este mecanismo, en virtud a su reciente incorporación, poca investigación difusión y conocimiento del mismo.

Ante esta situación incierta, resulta importante dar un vistazo a la experiencia internacional. Así tenemos que, según FIGUEROA VALDÉS, el Informe de la Fundación Americana de DB emitido por la Fundación Internacional de DB⁵ indica "Conforme a las estadísticas de la Fundación de DB cerca de un 98% de los asuntos sometidos al conocimiento y resolución de los DB son resueltos sin necesidad de recurrir a arbitraje o litigación" (FIGUEROA, 2015, pág. 127)

Así mismo, el autor antes mencionado brinda una información interesante proporcionada por una institución reconocida en Estados Unidos⁶, en la que

⁵www.drb.org/manualsection1-chapter3-april2007, consultado el 15 de octubre de 2007

⁶The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution, American Arbitration Association, Octubre de 2004

establece que “al mes de septiembre de 2003, más de 1000 proyectos de construcción habían empleado los DRBs, habiéndose solucionado 1200 disputas y solo menos 30 de ellas han terminado en litigio.” (FIGUEROA VALDÉS J. E.)

De esta manera, si bien las decisiones emitidas por la JRD pueden ser sometidas a arbitraje, actuando como presupuestos de arbitrabilidad o como condición escalonada, debemos precisar que la práctica de la experiencia internacional y nacional nos indican que un porcentaje extremadamente mínimo de conflictos pasan a ser sometidos a la vía arbitral.

En tenor a lo dicho, es oportuno mencionar lo expresado por GUSTAVO PAREDES cuando indica que el hecho de defender una condición o presupuesto de arbitrabilidad, no debe ser mirado como excusa, salida o justificación para dilatar o evitar el inicio de un arbitraje, sino debe constituir el respeto a un compromiso adquirido en la búsqueda de una manejo eficiente del conflicto en el sector en que la JRD se desenvuelve. (PAREDES CARBAJAL, pág. 37)

El éxito de las JRDs radican en la esencia propia de su naturaleza y ámbito en que se desarrolla; es decir, en proyectos de gran envergadura en el ámbito de la construcción; en cuyos casos, las partes no persiguen indemnizaciones o conflictos que puedan generarles réditos económicos futuros, sino que por el contrario, intentan evitar en todo momento que éstos conflictos se presenten y que en todo caso, se resuelvan en momentos tempranos de la ejecución del contrato.

Por lo expuesto, estoy de acuerdo que lo último que buscan las partes, ya sea un privado o el Estado, es que se generen conflictos entre ellas, afectando su inversión y que conlleve a la paralización de la obra y, por ende afecte a la población potencialmente beneficiaria. Por el contrario, las partes pretenden que el contrato celebrado se realice en términos armoniosos en los que los beneficios sean tripartitos: contratante, contratista y población.

Respecto al argumento referido al comportamiento represivo de parte de los órganos de control estatal encargados de vigilar las actuación de los funcionarios públicos que participan en la resolución de conflictos en la que se les *exige agotar todos los medios posibles para no ser cuestionados*; diremos que es momento de empezar a cambiar ese comportamiento retrograda de parte de un sector del

Estado que solo genera perjuicio económico y moral a los ciudadanos y a quienes ejercen la función pública, respectivamente. Es momento de cambiar ese modelo y apostar por nuestro crecimiento como país, dejando de lado prejuicios y trabas burocráticas que nos perjudican.

La ‘persecución o comportamiento represivo’ de los órganos de control Estatal, como lo definido llamado en el presente trabajo, ha sido advertida por los legisladores en el artículo 213, párrafo cinco de la LCE, proponiendo como acción de superación la aplicación del principio de ‘Costo – Beneficio’ de someter o no las decisiones emitidas por la JRD a Arbitraje y bajo la evaluación de costos y riesgos de dicha decisión, los mismos que deberán estar contenidos en un *Informe Técnico Legal*.

LA FACULTAD DEL TITULAR DE LA ENTIDAD PARA SOMETER O NO LA DISPUTA A ARBITRAJE

Tal y como lo hemos expresado, existe un debate importante en cuanto a la eficacia de la JRD y la posibilidad de someter las decisiones a la vía arbitral, en virtud a la suposición enraizada relacionada a la necesidad imperativa de someter las disputas a instancias arbitrales.

En esta situación, el artículo 213º (párrafo quinto) del Reglamento ha incorporado una innovadora disposición a fin de evitar los cuestionamientos, la misma que señala lo siguiente: *“Corresponde al Titular de la Entidad, bajo responsabilidad, evaluar la conveniencia o no de someter a Arbitraje las decisiones de la JRD, sobre la base de criterios de costo – beneficio, así como los costos y riesgos de no adoptar la decisión. Dicha evaluación **debe estar contenida en un informe técnico legal**”*. (El subrayado es nuestro).

Por lo expuesto, el reglamento incorpora la figura de un ***informe técnico legal***, el cual deberá contener una evaluación de costo –beneficio, así como los costos y riesgos de no adoptar la decisión.

Este informe deberá ser presentado a fin de justificar las razones por la que el Estado sometería o no a Arbitraje las decisiones emitidas por una JRD.

A nuestro entender, el legislador ha hecho un esfuerzo importante para lidiar contra

la persecución, muchas veces injustificada, de los órganos de control estatal en relación a las actuaciones de los funcionarios públicos encargados de velar por la Administración de Justicia de los casos que son parte.

La exigencia de un Informe Técnico Legal resulta fundamental para combatir la corrupción de funcionarios y a la vez representa el inicio de un nuevo modelo de actuación en el que se prefiera la 'prevención' y la 'solución inmediata' de los conflictos, antes de continuar con la cultura de 'judicialización' de los procesos de los que forma parte el Estado que solo generan gastos innecesarios y tiempo perdido.

Este *Informe Técnico Legal* tendrá que tener en cuenta los aspectos jurídicos, económicos, sociales y no los aspectos políticos o el temor de incurrir en responsabilidades administrativas que muchas veces condicionan las actuaciones de quienes representan al Estado en los procesos de resolución de conflictos.

Lo dicho no supone que los funcionarios públicos que participen en un proceso de Resolución de Conflictos estén desprovistos de todo control, sino que por el contrario, la exigencia del *Informe técnico legal* representará el medio más eficaz de justificar la decisión tomada de someter o no los conflictos a instancia Arbitral.

En cuanto a los órganos de control, éstos deben convertirse en verdaderos aliados del Estado, actuando con firmeza cuando se incurra en responsabilidades pero siendo más flexible cuando se trata de tomar que decisiones que generen soluciones rápidas, eficaces y que permitan prevenir los conflictos en favor de las partes y la ciudadanía en general.

Resulta necesario precisar que lo antes expuesto solo podrá obtener éxito con un adecuado sistema de difusión y concientización de los potenciales beneficios que genera la emisión de decisiones inmediatas por parte de la JRD. A esto se le añade que la propuesta de cambio de percepción del Estado en cuanto a sus órganos de control, es una necesidad para que la figura de las JRDs adquiera legitimidad en nuestro país.

Es preciso indicar que las JRDs constituyen un nuevo impulso para la administración de Justicia y conflictos en el Perú. La JRDs generan efectos positivos, previendo anticipadamente las disputas o de ser el caso, encontrando

una solución temprana en esta etapa previa al arbitraje. Así mismo, contribuye con descongestionar al poder judicial y a la jurisdicción arbitral, permitiendo que solo las disputas más complejas y de importantes pretensiones contractuales sean ventiladas en este ámbito. De esta manera, los grandes proyectos de inversión en el Perú podrán ser desarrollados con mayor eficacia y eficiencia, generando mayor confianza y garantía en un sector tan proclive a las controversias, como es el de la construcción.

Todo lo mencionado permitirá que el Perú se convierta en un país más competitivo y atractivo para las inversiones, a la vanguardia de los modernos mecanismos de solución de conflictos previstos en el mundo y en los países más desarrollados.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

III.1 Población y Muestra del Estado.

III.1.1. Unidad de análisis:

Artículo 45 de Nueva Ley de Contrataciones con el Estado (Ley N°30225), relacionado a los medios de Solución de Controversias en la Ejecución Contractual, específicamente a la Junta de Resolución de Disputas o también llamados Dispute Boards.

Decreto Supremo 350-2015-EF que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, específicamente el capítulo IV que desarrolla el tratamiento jurídico de la JRD.

III.1.2. Determinación De La Muestra.

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
La Junta de Resolución de Disputas	DOCTRINA	NACIONAL
		EXTRANJERA
	NORMATIVA NACIONAL	LEY 30225 – NUEVA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO
		DECRETO 350 – 2015 – EF (REGLAMENTO DE LA LEY 30225)
El Arbitraje	NORMATIVA INTERNACIONAL	BANCO MUNDIAL
		REGLAS FIDIC
		CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL
		ASOCIACIÓN AMERICANA DE ARBITRAJE
ENCUESTAS	ÁRBITROS	
	INGENIEROS	

TECNICA	UNIDADES DE ANALISIS	POBLACIÓN	MUESTRA
ENCUESTAS	ÁRBITROS		
	INGENIEROS		
	TOTAL	17	17

III.1.3. Población y muestra:

Como el Q de la población y de la Muestra es 17/17, Considero NO A LA APLICACIÓN DE FÓRMULA, ya que he trabajado con toda mi población.

III.1.4. Características de la muestra

III.4.1. Representativa: Debido a que el número de unidades de análisis trabajadas en la muestra, es el 100% de la población, por este motivo la muestra es representativa de la población.

III.4.2. Válida: El tamaño de la muestra 100%, está relacionada con los objetivos del estudio y las características de la población.

III.4.3. Confiable: La muestra es confiable porque la cantidad de unidades de análisis tomadas para la muestra son del 100%.

III.1.5. Tipo de investigación

III.1.5.1. Por su profundidad:

Descriptiva – Explicativa.

El presente estudio permite conocer los antecedentes, doctrina, experiencias y situaciones de carácter jurídico respecto a la incorporación de la JRD y su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano, como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que actúa como una etapa previa al arbitraje, cuestionándonos la forma en cómo se complementa con el arbitraje, obteniendo resultado a través de la recolección de datos para identificar la relación que existe entre la JRD y el arbitraje sobre la base de una hipótesis, exponiendo la información de metódicamente y analizando los resultados para finalmente extraer ideas trascendentales que contribuyan con el conocimiento de mismo.

La presente investigación ha transcurrido por las etapas de: i) Determinar el Problema; ii) Distinguir las características del problema formulado; ii) Definir y formular la hipótesis; iii) Enunciar los supuestos en que se basan la hipótesis y los procesos adoptados.; iv) Elegir los temas y las fuentes correspondientes en el marco del arbitraje y la JRD; v) Desarrollo del tema de investigación y la contrastación del mismo, desde diferentes puntos de vista; vi) Recabar resultados, conclusiones y emitir recomendaciones.

III.1.5.2. Por su finalidad:

Aplicada.

El presente trabajo pretende contribuir con la consolidación, fortalecimiento y promoción del conocimiento a fin de propagar la necesidad de conocer el ámbito de aplicación, características y efectos de orden jurídico, económico, político y social generados a partir de la incorporación de la figura de la JRD en nuestro ordenamiento jurídico, consagrado en las diferentes unidades de análisis normativas.

Así mismo, se pretende entablar una relación entre la JRD y el arbitraje, toda vez que el desconocimiento de ambos podría generar confusiones y complicaciones en el desarrollo intelectual y práctico de éstas.

Finalmente, el presente trabajo pretende contribuir con las futuras investigaciones y el enriquecimiento doctrinario del país.

III.2. Métodos.

III.2.1. Método científico.-

La presente investigación utiliza el método científico, entendido como el procedimiento mediante el cual se alcanza conocimiento objetivo de la realidad y se utiliza para resolver problemas planteados, como el de la presente investigación. En definitiva, se ha empleado un conjunto de procedimientos destinados a verificar y/o refutar proposiciones y llegar a

comprender los fenómenos o hechos que se estudian para producir conocimiento verídico de la realidad.

III.2.2. Métodos lógicos

III.2.2.1 Deductivo

Método utilizado a partir de la observación de casos generales para lograr conclusiones específicas; es decir, en el trabajo de investigación procede cuando hemos realizado determinaciones universales para obtener conclusiones particulares.

III.2.2.2 Inductivo

Empleado en virtud al análisis elaborado respecto de casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. El objetivo de este método es poder descubrir generalizaciones y teorías a partir de la observación sistemática y periódica de determinados hechos de la realidad.

III.2.2.3 Estadístico

Empleada a efectos de determinar y medir el porcentaje de los distintos criterios y posiciones de abogados, docentes e ingenieros del ámbito de la construcción, respecto al tratamiento jurídico de la JRD, materia de nuestra investigación.

III.2.2.4 Histórico

Se trata del método que ha sido utilizado con la finalidad de estudiar hechos del pasado que tienen relación con manifestaciones concretas del presente y que permiten elaborar proyecciones al futuro.

Este método ha sido aplicado al momento de realizar la búsqueda de los antecedentes, experiencia y casuística referentes al tema de la presente investigación; su posterior incorporación en el ordenamiento jurídico y la proyección en los potenciales efectos generados.

III.2.2.5 Analítico

Este método empleado tiene como finalidad comprender la esencia de la figura jurídica en investigación, descomponiéndola en todos sus elementos, separando sus componentes, características e identificando su dinámica particular. El método en mención permite conocer de manera integral a nuestro objeto de estudio, determinar su naturaleza, causas a la que obedece su existencia, dejando abierta la posibilidad de explicar, comprender más profundamente su aplicación, hacer analogías e incluso contribuir con propuestas en favor de su mejor aplicación.

III.2.2.6 Sintético

Este método se ha utilizado a lo largo de este trabajo de investigación en virtud a la reconstrucción de un todo a partir de determinados elementos que se llegan a distinguir del análisis de un tema en particular a fin de elaborar una exposición metódica breve en forma de resumen.

III.2.3. MÉTODOS JURÍDICOS

III.2.3.1. Hermenéutico

Este método jurídico ha sido empleado en el presente trabajo de investigación toda vez que se ha realizado análisis e interpretación de cuerpos normativos de diversa naturaleza y artículos científicos de destacados juristas, en referencia al tema de las JRDs y los Mecanismos Alternativos de Conflictos analizados.

III.2.3.2. Doctrinario

Este trabajo ha empleado este método, analizando diversas posiciones, posturas y corrientes doctrinarias de distintos autores nacionales e internacionales a fin de contribuir con el debate y establecer criterios particulares referentes al tema de investigación.

III.2.3.3. Interpretativo

Utilizado fundamentalmente para procesar, explicar, entender y analizar los artículos pertinentes y concernientes al tema de la JRDs, consagrados en cuerpos normativos (internacionales y nacionales) empleados en la presente trabajo; como el reglamento de la Cámara de Comercio internacional, la undécima disposición complementaria de Ley del Presupuesto de Sector Público para el año Fiscal 2014 y especialmente en lo establecido en la NLCE (Ley 30225), así como también su Reglamento (DS 350-2015-EF), la Directiva, entre otros.

III.2.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

III.2.4.1. Encuestas

Esta técnica ha sido aplicada con la finalidad de determinar las posiciones referentes a la incorporación de la JRD en el ordenamiento jurídico peruano y su característica pre – arbitral.

El instrumento utilizado ha sido el de cuestionario – con alternativas, consistente en un rol de 8 preguntas y fueron aplicadas tanto a destacados juristas, a expertos que se desempeñan en el ámbito de la construcción y Arbitraje.

III.2.4.2. Análisis de contenidos

Esta técnica ha sido utilizada durante el desarrollo de la presente investigación a través del instrumento de la razón, aplicando el raciocinio y profundizando en los datos obtenidos, en la medida que ha sido esencialmente necesario analizar toda la información, criterios y posiciones recabadas a fin de establecer las conclusiones, recomendaciones y los potenciales efectos generados a partir de la incorporación de la figura la JRD en nuestro ordenamiento jurídico.

III.2.4.3. Internet:

Empleado de manera frecuente en virtud a la propia naturaleza de la JRD; toda vez que dicha técnica constituye de las más importantes aliadas para la difusión del material bibliográfico compuesto en estudios, ensayos, revistas y cuerpos normativos que se han elaborado a nivel internacional y nacional respecto de este tema; siendo que los libros y/o revistas referentes al objeto de estudio mencionado han sido escasos en nuestra ciudad e incluso en el país. El instrumento utilizado ha sido las Páginas Web y el correo electrónico, éste último empleado para la comunicación establecida con los expertos internacionales y nacionales de nuestro tema en investigación.

III.2.4.4 Fotocopiado:

Esta técnica ha sido empleada a través del instrumento de la Fotocopia de manera fundamental para recabar la información necesaria de los libros y revistas relacionados a los temas desarrollados en todo el trabajo, con la finalidad de procesar la información, conservando y precisando cautelosamente el soporte bibliográfico.

III.2.4.5. Recopilación Documentaria

Empleada esencialmente para recopilar los diversos cuerpos normativos (nacionales e internacionales) y trabajos elaborados por expertos, referentes nuestro tema de investigación.

III.3. Tácticas en la recolección de la investigación.

PASOS.

El desarrollo de este trabajo, en merito a la necesidad de recabar la información, ha requerido el cumplimiento de los siguientes pasos

PASO UNO: Se tuvo la necesidad de solicitar una base bibliográfica de trabajos de investigación previos a especialistas en derecho arbitral y en MARCs, de manera extra oficial y organizada para posteriormente viajar a la

ciudad de Lima y recabar dichos textos de manera paulatina debido a que el 99% de producción literaria y jurídica nuestro tema de investigación, han sido elaboradas en esa ciudad.

PASO DOS: Se utilizó el servicio de la Biblioteca Central de la Universidad Privada Antenor Orrego así como al Biblioteca personal de la asesora, a fin de recabar y organizar la información necesaria para nuestra investigación

PASO TRES: Se recurrió a la Biblioteca de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del centro de Análisis de Resolución de Conflictos, ambas ubicadas en Lima, a fin de obtener información sobre los textos que han desarrollado el tema de las JRD.

PASO CUARTO: Se optó por asistir a cursos, congresos y charlas sobre temas que desarrollaban la NLCE, MARCs, arbitraje y la JRD, a fin de participar, recabar información y contrastar posiciones.

PASO QUINTO: Se elaboró los instrumentos, en este caso, el cuestionario a efectos de realizar la encuesta, con la intención de ser conciso y coherente en las indagaciones formuladas.

PASO SEXTO: La utilización del servicio de internet fue fundamental a fin de continuar con la búsqueda de información internacional, archivar la información ya obtenida, mantener comunicación con especialistas nacionales y extranjeros, entre otros aspectos que convirtieron a esta herramienta como imprescindible.

III.4. Diseño de procesamiento y análisis de datos.

- **Procesamiento de datos.-**

Después de recabar toda la información se procedió a organizarlas a través de carpetas, permitiéndome ordenarlas de acuerdo a su pertinencia con la investigación, en virtud a los sub temas desarrollados. Finalmente, esta

organización permitió depurar lo que no resultaba trascendente para analizar.

- **Análisis de datos.-**

Se empleó lo siguiente:

- Utilización de medidas de tendencia centrada.

Se han empleado los siguientes medios de tendencia: i) la Media, consistente en el promedio, permitiéndonos obtener porcentajes; ii) la Moda; iii) la Mediana, consistente en el valor que se le otorga a una situación dentro de un rango determinado (el valor entre 1 -10 es tanto y el valor entre 11-20 es tanto,).

- **Construcción de instrumentos.**

Cuestionario elaborado en base a un rol de preguntas: Instrumento que sirvió para la encuesta realizada, basándose en una serie de interrogantes y respuestas para encerrar.

III.5. Diseño de presentación del informe.

La presentación de la información obtenida a lo largo de la investigación, se presenta en cuatro Capítulos, los mismos que conforman la presente tesis.

Capítulo I: Referente al planteamiento de la Realidad Problemática, la Formulación del Problema, los Objetivos, la Hipótesis, las Variables y la Justificación a la investigación.

Capítulo II: Establece la fundamentación teórica del presente trabajo de investigación, conformada por los antecedentes y el marco teórico, referidos al tema materia de investigación.

Capítulo III: Constituye la población y la muestra de estudio, el tipo de investigación desarrollada, los métodos, técnicas e instrumentos de investigación empleados, las tácticas de recolección de la información, el diseño de procesamiento y análisis de los datos obtenidos con la investigación, y la respectiva presentación de los mismos.

Capítulo IV: Se plasma los resultados y muestras obtenidas en mérito a las encuestas realizadas. Así mismo, se decido presentar los datos obtenidos a través de cuadros y gráficos estadísticos.

Finalmente, se establecen las conclusiones y recomendaciones, concluyendo con la exposición de las referencias bibliografías utilizadas y los anexos de dicha investigación.

CAPITULO IV

RESULTADOS Y

DISCUSIÓN

SUB CAPITULO I:
LA INCORPORACIÓN DE LA JRD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO
PERUANO

PRIMERO: La incorporación de la figura de la JRD en nuestro ordenamiento jurídico ha sido regulada de manera óptima mediante la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 y su reglamento (D.S. 350-2015-EF), estableciendo su actuación dentro del marco de los contratos en el ámbito de la construcción.

La JRD ha sido consagrada como un MARC que puede instalarse, de manera opcional, desde el inicio de la obra hasta su liquidación (entrega), estableciendo que sus funciones son las de prevenir y/o resolver las disputas que se podrían generar entre las partes involucradas que celebran un contrato de construcción.

Este mecanismo, en virtud a la programación de las diligencias permanentes para conocer el contrato y la obra en sentido estricto, garantiza que las disputas no dilaten ni paralicen la ejecución de la obra, permitiendo su solución de manera eficiente y prematura, antes de que éstas puedan convertirse en inmanejables y puedan perjudicar la relación contractual entre las partes.

En el marco de las contrataciones del Estado, la ley peruana ha definido que la figura arbitral necesariamente debe ser prevista para solucionar los conflictos que se generen dentro del marco de la ejecución del contrato (obligatorio). No obstante, la NLCE y el reglamento han establecido que la JRD puede emplearse (opcional) respetando un parámetro cuantificable que empieza desde los 20 millones a más. Esto implica que dicho mecanismo está diseñado para intervenir únicamente en determinadas relaciones contractuales; es decir, exclusivamente para obras de gran envergadura, sin perjuicio que en el ámbito privado ésta pueda operar sin tener en cuenta dicha condición.

Por otro lado, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), ha regulado el procedimiento de este mecanismo a través de su Directiva N° 020-2016, a través de la cual esclarece el panorama de uso de este mecanismo.

Por estos motivos, se ha logrado registrar notables opiniones y expectativas en favor de este mecanismo y su tratamiento jurídico.

SEGUNDO: La JRD y el Arbitraje tienen características similares y diferentes a la vez.

En efecto, la JRD y el Arbitraje son dos mecanismos que poseen características exclusivas, se desenvuelven en diferentes espacios, distintas circunstancias y bajo regulaciones jurídicas independientes pero que también comparten ciertas similitudes, como se establece a continuación:

CARACTERÍSTICAS SIMILARES

CARACTERÍSTICAS	ARBITRAJE	JRD
POR SU FORMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	HETEROCOMPOSITIVO	HETEROCOMPOSITIVO
POR SU CARÁCTER JURÍDICO	PRIVADO	PRIVADO
FINALIDAD	RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
NÚMERO DE INTEGRANTES	De 1 a 3 árbitros	De 1 a 3 expertos De 1 a 3 panelistas, expertos, boards (según la de denominación)
(CELERIDAD) EN RELACIÓN AL PROCESO ORDINARIO	Si	Si
(REDUCCIÓN DE COSTOS) EN RELACIÓN AL PROCESO ORDINARIO	Si	Si
EJECUCIÓN DE SUS RESOLUCIONES	No fuerza ejecutiva	No fuerza ejecutiva
REGULACIÓN JURIDICA	Nacional e Internacional	Nacional e Internacional

CARACTERISTICAS DIFERENTES

	ARBITRAJE	JRD
NATURALEZA JURIDICA	Mixta	Contractual
FINALIDAD	Resolver Conflictos	Resolver, prevenir y filtrar Conflictos
POR SU FORMA DE USO	OBLIGATORIO	VOLUNTARIO
EJECUCIÓN CONTRACTUAL	En su gran parte la obra se paraliza hasta ser resuelto el conflicto (Ex post - Post mortem)	Continuidad con la ejecución contractual mientras se resuelve el conflicto. Ex ante - (durante el ejecución del contrato)
INMEDIATEZ	Rápido pero no inmediato	Solución inmediata On Site/ On Time
TIPO DE RESOLUCIONES	Laudo (definitivo, obligatorio y cosa juzgada). Su ejecución la realiza la jurisdicción ordinaria	Recomendaciones/ Decisiones (posibilidad de someterse a arbitraje)
ÁMBITO DE APLICACIÓN	Cualquier ámbito contractual. No importa los montos de pretensiones o de los proyectos.	Ámbito contractual referido a la construcción. Proyecto según los montos previstos en la normatividad respectiva
REGULACIÓN JURÍDICA	Decreto Legislativo 1071 (norma especial)	No cuenta con una norma especial. Incorporada en: Ley 30225: Contrataciones con el Estado – Reglamento de la ley (DS 350-2015-EF) – Directiva 020-2016 OSCE
RECONOCIMIENTO	Constitucional, Legislativa e internacional (Convención de Nueva York 1958)	Solo Legislativa.
ESPECIALIDAD	Tribunal Arbitral debe estar conformados por al menos un abogado (presidente) y los demás pueden ser de la especialidad que se requiera	Se exige que las JRD estén conformadas por un ingeniero y arquitecto; no obstante, se aconseja la presencia de un abogado.

TERCERO: La JRD y el Arbitraje se complementan entre sí para cumplir con un mismo fin: contribuir con el perfeccionamiento de una Administración de Justicia más moderna y eficiente resolviendo las disputas que se generan en el marco de la celebración de un contrato.

La JRD y el Arbitraje se complementan entre sí debido a que ambos coexisten bajo un mismo fin, de manera tal que constituyen un sistema único de resolución de conflictos en el marco de la ejecución de un contrato, en este caso, en el ámbito de la construcción.

CARACTERISTICAS COMPLEMENTARIAS

	ARBITRAJE	JRD
(MECANISMO PRE ARBITRAL) PRESPUESTO DE ARBITRABILIDAD	Resuelve conflictos sometidos a partir de la comunicación de desacuerdo de las resoluciones emitidas por la JRD.	Existen presupuestos preestablecidos para someter el conflicto a un proceso arbitral
PREVENCIÓN DE CONFLICTOS	Un número reducido de conflictos abordados por la JRD se someten a arbitraje. Previenen que los conflictos se ventilen en la jurisdicción ordinaria.	ACTUACIÓN COMO FILTRO. Previenen que los conflictos se ventilen en la jurisdicción ordinaria.
EFFECTOS JURIDICOS, SOCIALES Y ECONOMICOS	Genera confianza en la administración de Justicia, más aun en los inversionistas que requieren la garantía que sus conflictos pueden solucionarse sin la necesidad de acudir a la vía jurisdiccional	Genera confianza en la administración de Justicia, mejores y resultados eficientes en los proyectos contratados, son atractivos para los inversionistas; más aún si se pueden prevenir y resolver tempranamente las disputas.

CUARTO: La incorporación de la JRD se complementa con el Arbitraje en virtud a la característica pre – arbitral de este mecanismo que actúa como un verdadero filtro de los conflictos y como un aliado del sistema de administración de Justicia.

La característica pre – arbitral de las JRD constituye el distintivo más importante en la regulación de este mecanismo debido a que permite que las decisiones emitidas por éstas, puedan ser sometidas a la vía arbitral, sin la necesidad de que se constituya como una ‘segunda instancia’; sino que se presente como una decisión tomada en virtud a la manifestación de la autonomía de las partes que desean resolver sus controversias más rápida y eficientemente.

Las JRDs actúan como un verdadero filtro debido a que este mecanismo es capaz de poder resolver las disputas de manera inmediata, en lugar y momento en que se suscitaron, evitando la necesidad de acudir a la vía arbitral o jurisdiccional cuando no es necesario, incentivando a las partes a analizar adecuadamente las ventajas y desventajas de someter la disputa a la vía arbitral cuando resulte inevitable.

En el ámbito público, específicamente en las contrataciones del Estado, el hecho que las JRD constituyan un presupuesto de arbitrabilidad ha exigido que el tratamiento jurídico prevea ciertas condiciones que deberán cumplirse para poder someter las controversias a la vía arbitral. A esto se le añade la exigencia de la presentación de un Informe Técnico Legal que justifique la decisión tomada y evite que la práctica se desnaturalice; esto en razón al comportamiento represivo de los órganos de control estatal, como la Contraloría General de la Republica, que habitualmente exigen agotar todas las instancias posibles para resolver los conflictos estatales.

Por todas estas razones, se concluye que la posibilidad de someter a arbitraje las decisiones emitidas por las JRDs, resultan muy positivas.

QUINTO: La JRD y el Arbitraje contribuyen de manera conjunta al perfeccionamiento de un sistema de Administración de Justicia más moderno y eficiente, en la medida que ambos se complementan entre sí a través del comportamiento pre – arbitral de las JRD.

Las JRD actúan como un verdadero aliado del sistema de administración de justicia en razón a su función preventiva, a su capacidad de resolver de manera inmediata las disputas y a su característica pre – arbitral que evitan que los conflictos no lleguen a ventilarse a instancias jurisdiccionales, contribuyendo con descongestionar la excesiva carga de procesos judiciales y arbitrales, respectivamente.

En efecto, a medida que las inversiones en el sector de la construcción vayan en aumento, también incrementaran el índice de conflictos, ampliando la demanda de instituciones que permitan resolver, cada vez más rápido, los conflictos que se generen. Dado cuenta esto, la incorporación de la JRD contribuye enormemente con la modernidad y eficiencia de la Administración de Justicia de nuestro país ya que nos exige incorporar nuevos conceptos en razón a los requerimientos internacionales, evitando que estos conflictos sean ventilados en la vía ordinaria, lo cual sería engorroso y perjudicial para el sistema jurídico de todo el país.

SUB CAPITULO II

EFFECTOS POTENCIALES GENERADOS A PARTIR DE LA INCORPORACIÓN DE LA JRD

La JRD, como ya hemos visto hasta aquí, representa un MARC que se desempeña en el ámbito de la Construcción y ha sido empleado en grandes proyectos alrededor del mundo. Por este motivo, consideramos que sus potenciales efectos pueden producir impactos trascendentales en el ámbito jurídico, económico, político y social de nuestro país.

EFECTOS JURÍDICOS:

No judicialización de los conflictos.

La JRD representa un mecanismo que opera como etapa previa al Arbitraje y se desenvuelve como un verdadero presupuesto de arbitrabilidad, actuando como filtro de los conflictos que normalmente llegan a ventilarse en un proceso Arbitral. Por consiguiente, mediante este mecanismo los conflictos se resolverán en etapas previas, evitando que se judicialicen.

El descongestionamiento de la carga procesal del Poder Judicial y de los tribunales arbitrales.

Este es sin duda una de las más grandes contribuciones debido a que la congestión de la carga judicial es un hecho que ha oprimido el correcto y efectivo desempeño de la jurisdicción estatal y que empezaba a convertirse en un problema para el Arbitraje.

Mayor eficiencia y eficacia, Modernización y fortalecimiento de la Confianza en los órganos jurisdiccionales, arbitrales e instituciones públicas.

Esto se producirá en virtud a la naturaleza de complementariedad entre el Arbitraje y la JRD. El éxito y logros obtenidos serán compartidos en beneficio del sistema de justicia en general.

Un nuevo campo de Acción para el Derecho.

La incorporación de esta figura jurídica generará nuevos espacios en el ejercicio laboral a nivel intelectual y práctico; es decir, se creará un nuevo campo de acción para los abogados, quienes podrán cumplir roles importantes como miembros de las Juntas, asesores, presentadores, entre otros relacionados al servicio brindado por las JRDs.

Seguridad y garantía jurídica para los inversionistas nacionales y extranjeros.

La incorporación de un modelo mundialmente exitoso, ligado a las nuevas exigencias jurídicas y económicas, garantiza un importante equilibrio en favor de las inversiones del país.

El Perú como referente en el Ámbito de la Administración de Justicia Privada.

Nuestro ordenamiento jurídico continuará siendo atractivo en cuanto a la práctica y producción intelectual en virtud a la experiencia en la resolución de conflictos durante la ejecución de los contratos, especialmente en el ámbito de la construcción.

EFFECTOS ECONÓMICOS:

La incorporación de la JRD en nuestro ordenamiento jurídico genera importantes efectos económicos para nuestro país. Los más destacados son:

Incremento de las inversiones nacionales y extranjeras en el Perú

Las inversiones no se generan por sí solas ni los inversionistas arriesgan su capital sin previo análisis del país donde deciden invertir. Para esto, es necesario que el país ofrezca reglas de juego claras y garantice que sus potenciales conflictos sean ventilados mediante mecanismos eficientes y eficaces; como por ejemplo, a través de los MARCS, como el arbitraje y la JRD; más aún si ambos se complementan, convirtiendo al país en un lugar atractivo para las inversiones.

Más puestos laborales y mejores remuneraciones.

Ante la existencia de mayores garantías, seguridad jurídica y la evidencia de MARCS fortalecidos; el aumento de las inversiones en el sector de la construcción es inevitable, generando más puestos laborales y, por ende, mejores remuneraciones y beneficios laborales para los ciudadanos que habitan en el país.

Mayor Crecimiento Económico.

Al existir mayor inversión de capitales en nuestro país, el crecimiento económico aumentará y por ende, el poder adquisitivo de las personas quienes tendrán mayores recursos para invertir en la implementación de negocios, estudios y, en definitiva, en mejor calidad de vida.

EFECTOS POLÍTICOS

Agenda política real, predecible y garantista.

Toda implementación jurídica que implique efectos legales, económicos y sociales, no se encuentran desligados del programa y de agenda política de un país. En este sentido, a raíz de la experiencia e incorporación de las JRDs, las autoridades de turno deberán crear y replantear mecanismos, normas y objetivos que vayan acorde a los requerimientos internacionales, sin dejar de lado la realidad nacional. Esto generará predictibilidad y garantía en los lineamientos inmediatos y a largo plazo del país.

Modernización y depuración de políticas burocráticas que afectan a la administración pública.

El engorroso sistema burocrático del Perú no solo ha afectado a los órganos encargados de la Administración de justicia sino a todo el aparato estatal en su conjunto, ocasionando la desconfianza de sus instituciones. La JRDs contribuirá generando una visión más moderna a las políticas de Estado, ocasionando que el sector 'Justicia' se torne más confiable y pragmático; lo que servirá de ejemplo para la modernización de los demás sectores del país.

Garantía de transparencia.

Desde una visión política, el fortalecimiento del Arbitraje, la incorporación de las JRD la complementariedad entre ambos, contribuye en el incremento de confianza de las autoridades, como actores políticos y de las instituciones gubernamentales con el sector privado y viceversa; certificando que el presupuesto se invierta de manera correcta, sin sobrecostos ni paralización de obras y en el tiempo acordado; siendo que la garantía se funda en la intervención de estos mecanismos idóneos para resolver cualquier intento de desafuero que solo perjudica a la población beneficiaria y en muchas ocasiones generando pérdidas económicas del presupuesto nacional.

EFFECTOS SOCIALES:

Poblaciones potencialmente beneficiarias podrán gozar de los proyectos de obras públicas en el tiempo prometido y pactado.

Este es un efectos directo que será realizado en la medida que el Estado proponga y ponga en marcha un mayor número de proyectos en beneficio del país.

Mejor Calidad de vida.

Como ya hemos mencionado, uno de los efectos indirectos que dicha incorporación genera es el aumento de mayores puestos laborales en razón al incremento de potenciales proyectos de construcción en nuestro país; ocasionado el inexorable mejoramiento en calidad de vida de los peruanos.

Mayor armonía social entre el Estado y la población

Mediante la intervención de las JRDs se evitará que los proyectos prolonguen su ejecución o como ocurre en los procesos judiciales e incluso en el arbitraje, no habrá interrupción de la ejecución de los contratos por razones legales que solo generan perjuicios, desconfianza, menos inversiones y desaceleramiento económico que afecta a los ciudadanos en general.

Todo lo mencionado constituirán razones importantes para estar convencidos que existirá mayor armonía social entre el Estado y la población, los inversionistas y el Estado, los contratistas y contratantes; en definitiva, en el país en su conjunto.

Finalmente, la armonía social del país implicará que los ciudadanos vivan en un ambiente de Felicidad.

SUB CAPITULO III EXPERIENCIAS

Según lo establecido en el Informe de la Fundación Americana de DB consultada en el año 2012 por FIGUEROA VALDÉS⁷, el uso de los DB se ha generalizado en el mundo, siendo que al año 2006, se emplearon más de 2000 proyectos por

⁷Fundación Americana de Dispute Boars. [www.driv.org/manual/1.3Final 4-07](http://www.driv.org/manual/1.3Final%204-07) (consultado el 15 de Octubre de 2012)

inversiones superiores a 100 billones de dólares. Precisa además que anualmente, el uso ha tendido a crecer en 15% cada año, lo que significa que a inicios del 2015, más de 200 construcciones emplean anualmente el mecanismo en cuestión, con inversiones sobre los 7 billones de dólares. (FIGUEROA VALDÉS J. , 2015, pág. 126)

IV.B.2.1 Internacional

Los Dispute Boards han sido empleados en numerosos casos de relevancia internacional. De esta manera mencionamos los siguientes:

- h)** El Proyecto Túnel bajo en el Canal de la Mancha
- i)** Aeropuerto de Hong Kong
- j)** Proyecto Hidroeléctrico de Ertan en China
- k)** Proyecto del Túnel para el tren bajo en el Canal de la Mancha en Gran Bretaña
- l)** Túnel de Eisenhower en Colorado – Estados Unidos
- m)** Autopista de mount Baker ridge en Washington
- n)** Túnel de Chambers Creek en Washington
- o)** Proyecto de la Central Hidroeléctrica el Cajón en Honduras

En Latinoamérica, la presencia de los Dispute Boards también ha sido exitosamente utilizada, siendo que los siguientes proyectos fueron celebrados con la conformación de JRD; así tenemos:

- p)** Central Hidroeléctrica Coca Codo – Sinclair – Ecuador – inversión: 1.5 billones de dólares.
- q)** Autopista Tegucigalpa – San Pedro – Honduras – inversión: 150 millones de dólares.
- r)** Obras de construcción del Canal de Panamá – inversiones cerca de los 3.3. billones de dólares.

- s) Proyecto Hidroeléctrico Chacayes – Chile – Inversión de 275 millones de dólares

IV.3.2 (Nacional – CARC PUCP)

En el Perú también ha habido importantes casos en los que se ha celebrado proyectos empleando JRDs; tales como:

- t) Construcción de la Planta de Tratamiento de Aguas – Proyecto Huachipa

SUB CAPITULO IV

IV.4.1 Encuestas

1. ¿Cómo califica usted el tratamiento legal establecido en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 y su reglamento (DS 350-2015-EF) respecto a la incorporación de la Junta de Resolución de Disputas (JRD) en el Perú?
 - a) Excelente
 - b) Buena
 - c) Más o menos
 - d) Mala

2. ¿Considera usted que la JRD podrá prevenir y/o resolver los conflictos suscitados a raíz de la celebración de un contrato en el ámbito de la construcción de manera prematura, evitando dilaciones o que la obra se paralice?
 - a) Si
 - b) No, porque:

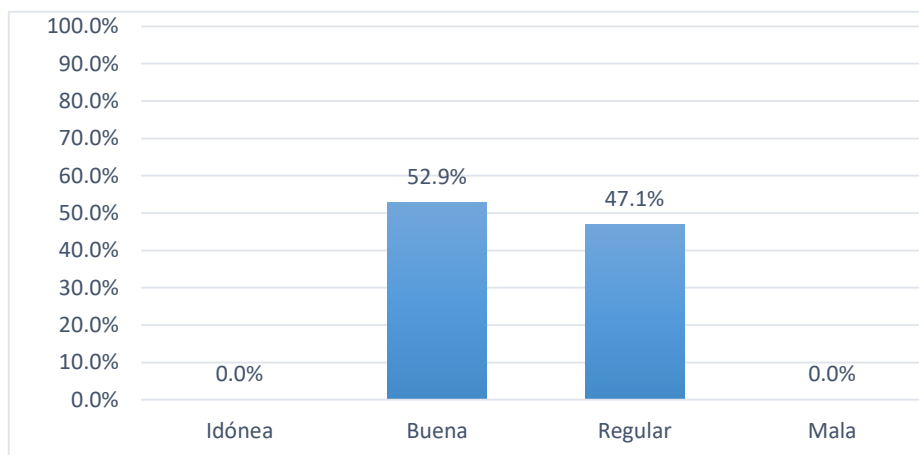
3. ¿Qué relación percibe usted que existe entre las JRD y el Arbitraje; teniendo en cuenta las características particulares que tienen cada una de ellas?
 - a) Son muy parecidas
 - b) Son parecidas

- c) Son diferentes
 - d) Son muy diferentes
 - e) Tienen características parecidas y diferentes a la vez
4. Según las siguientes opciones, ¿Qué relación considera usted que existe entre la JRD y el Arbitraje entre sí; teniendo en cuenta el tratamiento legal y la 'preferencia' de las partes en la celebración de los contratos de construcción?.
- a) Compiten, se contraponen entre sí
 - b) Se complementan entre sí
 - c) No tienen ninguna relación entre sí
5. ¿Considera usted que la JRD constituye una etapa previa al Arbitraje que desincentiva arbitrar lo que no es necesario?
- a) Si
 - b) No, porque:
6. ¿Cómo califica usted la posibilidad de someter a arbitraje las decisiones emitidas por las JRD?
- a) Muy positiva
 - b) Positiva
 - c) Negativa
 - d) Muy negativa
7. ¿Considera usted que la JRD y el Arbitraje podrán contribuir de manera conjunta al perfeccionamiento de un sistema de administración de justicia más moderno y eficiente?
- a) Si
 - b) No, porque:
8. De ser el caso, ¿Considera usted que debería modificarse, agregarse o eliminarse algo en la regulación establecida para las JRD en nuestro ordenamiento jurídico?
- a) No
 - b) Si, precise:

MUESTRAS ESTADISTICAS DE LAS ENCUESTAS

1. Calificación del tratamiento legal establecido en la NLCE N° 30225 y su reglamento (DS. 350-2015-EF) respecto a la incorporación de la JRD en el Perú

RESPUESTA	FI	PORCENTAJE %
Idónea	0	0.0%
Buena	9	52.9 %
Regular	8	47.1%
Mala	0	0.0%
TOTAL	17	100.00%

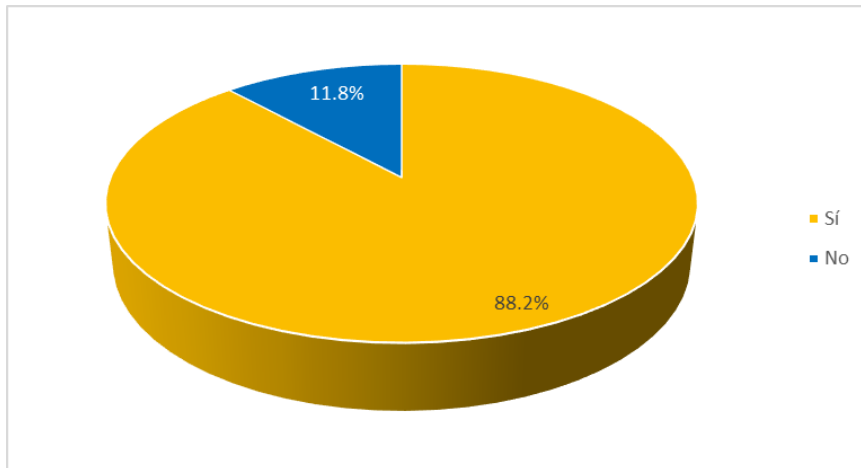


INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

De las respuestas obtenidas, se concluye que existe un promedio de aprobación positiva respecto al tratamiento legal establecido para regular la figura de la JRD en el Perú. Mediante esta muestra se confirma el acierto de los legisladores de incorporar a las JRDs dentro de nuestro marco normativo.

2. Opinión si las JRDs podrán prevenir y/o resolver los conflictos suscitados a raíz de la celebración de un contrato en el ámbito de la Construcción de manera prematura, evitando dilaciones y que la obra se paralice

RESPUESTA	FI	PORCENTAJE %
SÍ	15	88.2%
NO	2	11.8 %
TOTAL	17	100.00%

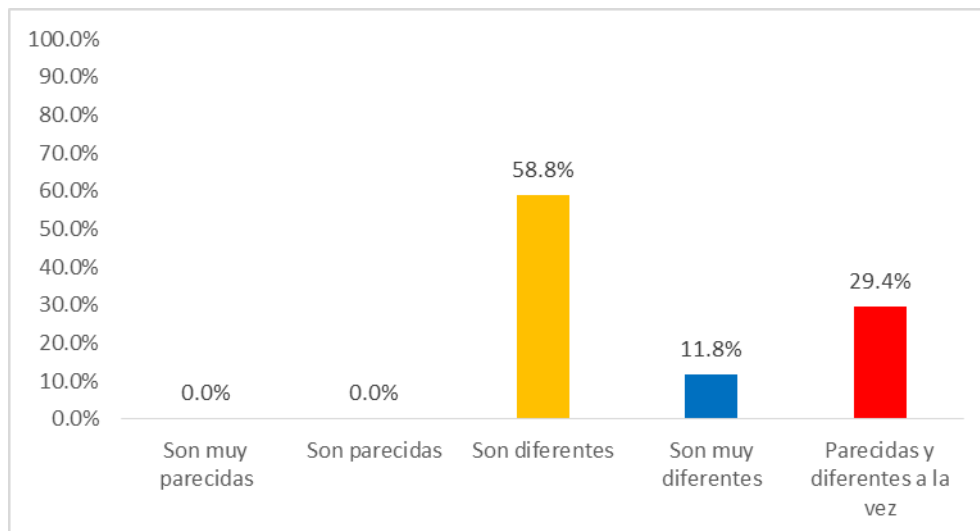


INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

De la muestra obtenida, se confirma que existe una expectativa fundamentalmente positiva en relación al cumplimiento de los fines de las JRDs, precisando que los encuestados sí creen que mediante esta figura se podrá prevenir y resolver los conflictos que se generen en el ámbito de la construcción. Así mismo, de la revisión de las respuestas, se desprende que la atención se enfoca en la necesidad que las JRDs si podrán resolver las disputas de manera rápida, evitando que la obra se paralice mientras se resuelven los conflictos.

3. Relación percibida que existe entre las JRDs y el Arbitraje

RESPUESTA	FI	PORCENTAJE %
Son muy parecidas	0	%
Son parecidas	0	%
Son diferentes	10	%
Son muy diferentes	2	%
Parecida y diferentes a la vez	5	%
TOTAL	17	100.00%

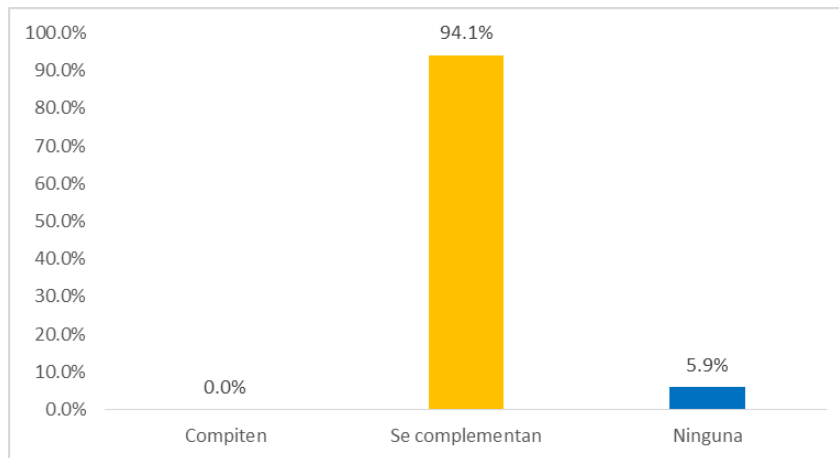


INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

De la revisión de los resultados, se concluye que todos los encuestados creen que ambas figuras tienen algo de diferente la una con la otra; no obstante, después de profundizar el estudio de los dos mecanismos en mención, nos encontramos en la misma línea de aquellos que consideran que la JRDs y el Arbitraje tienen características parecidas y diferentes a la vez.

4. Opinión de la relación que existe entre la JRD y el Arbitraje; teniendo en cuenta el tratamiento legal y la ‘preferencia’ de las partes en la celebración de los contratos de Construcción

RESPUESTA	FI	PORCENTAJE %
Compiten	0	0.0%
Se complementan	16	94.1%
Ninguna	1	5,90%
TOTAL	17	100.00%

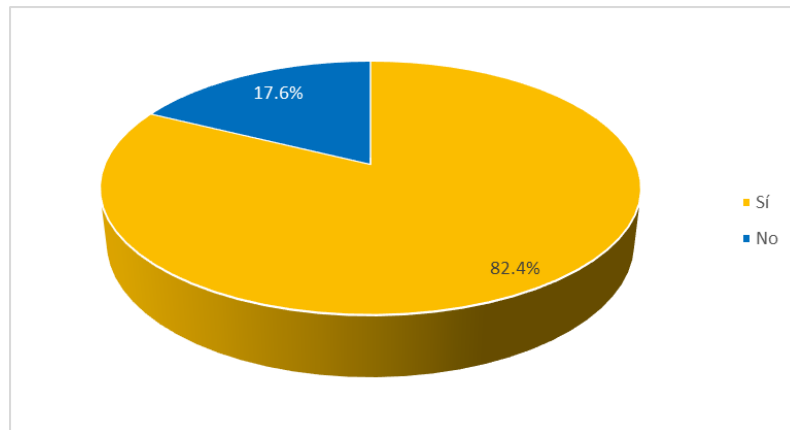


INTERPRETACION Y ANÁLISIS

Observamos que existe un amplio consenso en relación a la perspectiva de complementariedad entre la figura de las JRDs y el Arbitraje. Esta muestra constituye un gran avance institucional que va aclarando el panorama entre ambas, convirtiéndolas en parte de un mismo esquema normativo. Así mismo, no se advierte atisbos de competencia entre ambas, lo que es un buen indicador para evitar prejuicios que podrían afectar la normal empleabilidad de las JRDs. Debemos agregar que, desde nuestra opinión, no ha sido sencillo ni gratuito llegar a esta anuencia, siendo que los eventos privados organizados han jugado un papel fundamental para la concientización de esta idea.

5. Opinión si consideran que las JRDs constituyen una etapa previa al Arbitraje que discentiva arbitrar lo que no es necesario

RESPUESTA	FI	PORCENTAJE %
Sí	14	84.4%
No	3	17.6%
TOTAL	17	100.00%

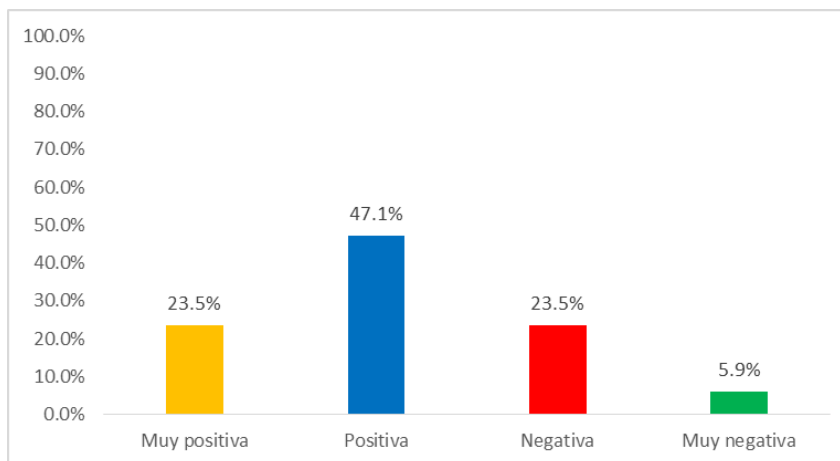


INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

Se aprecia que difusión de las JRDs como mecanismo pre – arbitral va tomando fuerza dentro de la comunidad jurídica, merituando que esta regulación implica que únicamente serán resueltos en vía arbitral los conflictos que realmente lo requieran; es decir, esta perspectiva implica que las partes involucradas en un contrato de construcción decidan por instituir un panel de expertos desde el inicio hasta la entrega de la obra, para prevenir y resolver los conflictos en el momento y lugar en que estos se susciten, prescindiendo de someterlos a Arbitraje cuando se puede resolver en etapas previas.

6. Opinión sobre la posibilidad de someter a Arbitraje las decisiones emitidas por las JRDs

RESPUESTA	FI	PORCENTAJE %
Muy Positiva	4	23.5%
Positiva	8	47.1%
Negativa	4	23.5%
Muy Negativa	1	5.9%
TOTAL	17	100.00%

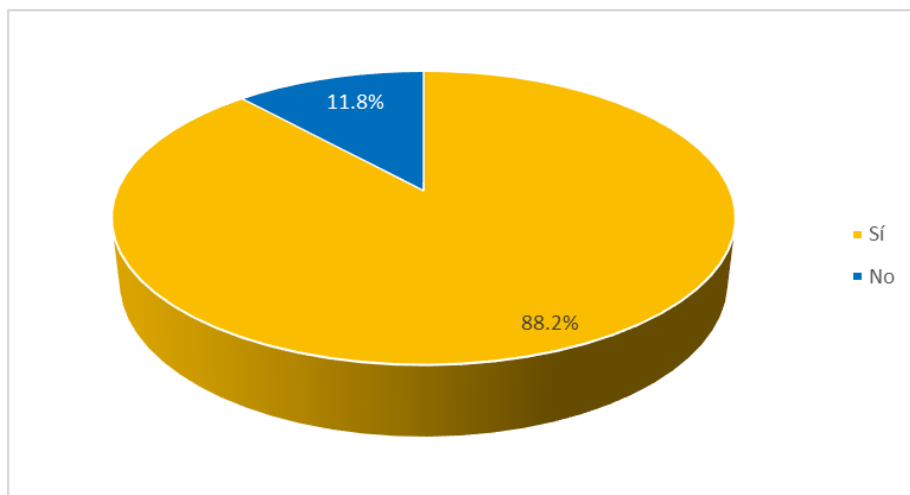


INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

Esta muestra nos ejemplifica las posiciones divididas en relación a la prerrogativa de las partes que permite someter a la vía arbitral las decisiones emitidas por las JRDs. Si bien es cierto, la mayoría estima que esta posibilidad es positiva, no podemos hacer caso omiso a las posiciones que la califican como negativa, precisando que el sustento de ésta última se debe esencialmente al desconocimiento de sus ventajas y al comportamiento represivo que aún subsiste en la práctica cotidiana de parte de los órganos de control estatal, quienes actúan bajo la exigencia de agotar todas las instancias posibles dentro del marco de un proceso de resolución de conflictos. Ante esta situación, consideramos que en la medida que este mecanismo y las ventajas de esta característica pre – arbitral continúe difundándose, la perspectiva positiva de ésta prerrogativa irá fortaleciéndose cada vez más.

7. Opinión si consideran que las JRDs y el Arbitraje podrán contribuir de manera conjunta al perfeccionamiento de un sistema de administración de justicia más moderno y eficiente.

RESPUESTA	FI	PORCENTAJE %
Sí	15	88.25%
No	2	11.8%
TOTAL	17	100.00%

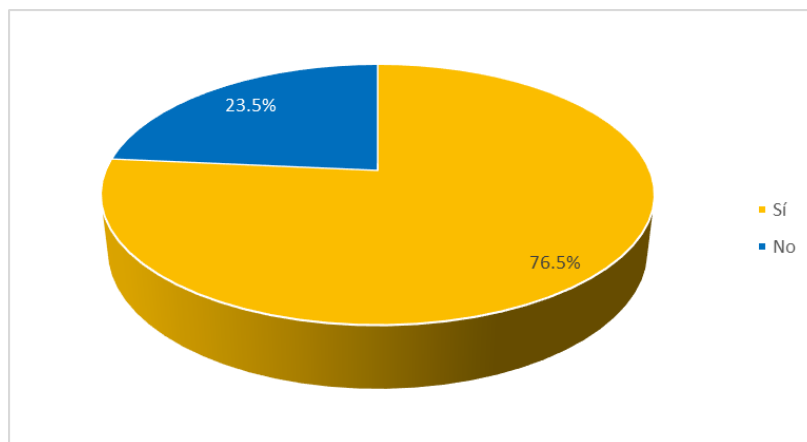


INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

Dado cuenta de las respuestas obtenidas, observamos que existe un asentimiento casi unánime en relación a la posibilidad de perfeccionar la administración de justicia dentro de un enfoque más moderno y eficiente, con la intervención conjunta de la figura arbitral y el de la JRD. Dicha interpretación es de vital importancia ya que crea expectativas de mejoramiento dentro del marco de legitimidad y legalidad.

8. Opinión si considera que debe modificarse, agregarse o eliminarse algo en la regulación establecida para las JRD en el ordenamiento jurídico peruano.

RESPUESTA	FI	PORCENTAJE %
Sí	13	77.5%
No	4	23.5%
TOTAL	17	100.00%



INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

A través de este resultado, se recoge la intención de hacer más perfectible el tratamiento jurídico y las propuestas para contribuir en el fortalecimiento de las JRDs en el Perú; con la finalidad de optimizar su eficacia, eficiencia y conseguir resultados a corto y largo plazo en favor de la administración de justicia en general.

IV.4.2 Contrastación de hipótesis

1. Hipótesis

La Junta de Resolución de Disputas se complementa con el arbitraje en la medida que constituyen una etapa previa al arbitraje; resuelven los conflictos tempranamente (on site / on time) y contribuyen de manera conjunta al perfeccionamiento de un sistema de administración de justicia más moderno y eficiente.

2. Diseño: EX POST FACTO

ESQUEMA

CAUSA => EFECTO

“X” => EFECTO

HIPÓTESIS	“X”	EFECTO
<i>La Junta de Resolución de Disputas se complementa con el Arbitraje en la medida que constituyen una etapa previa al arbitraje; resuelven los conflictos tempranamente (on site / on time) y contribuyen de manera conjunta al perfeccionamiento de un sistema de administración de justicia más moderno y eficiente.</i>	<ul style="list-style-type: none">-Las decisiones emitidas por las JRDs pueden ser sometidas a la vía arbitral.- La JRD y el Arbitraje son dos mecanismos independientes que poseen características similares y diferentes a la vez.- Los conflictos generados a raíz de los contratos de construcción no se llegan a someter a la vía jurisdiccional ordinaria.	Se complementan en la medida que las JRDs constituyen una etapa previa al arbitraje; resuelven los conflictos tempranamente (on site / on time) y contribuyen de manera conjunta al perfeccionamiento del sistema de un sistema de administración de justicia más moderno y eficiente.

CONTRASTACIÓN: De la hipótesis planteada se puede advertir que existe coincidencia con respecto a cada uno de los puntos planteados en “X” e incluso, se arriba a mayores causas encontradas con relación a la hipótesis. Por lo tanto, **se acepta** la hipótesis planteada en la presente investigación.

IV.4.3 Conclusiones

- La incorporación de la JRD se complementa con el Arbitraje en la medida que la ley ha previsto reglamentar ciertos supuestos para someter las decisiones emitidas por las JRDs a la vía arbitral, actuando como una etapa previa a ésta, es decir, como un verdadero filtro que incentiva arbitrar únicamente lo que resulte necesario y resolver tempranamente las disputas, evitando dilaciones innecesarias en la ejecución del contrato. De esta manera el éxito de su coexistencia radica en el comportamiento pre – arbitral de las JRDs, sin que esto constituya una doble instancia, sino más bien, en virtud a la autonomía de la voluntad de las partes. Por este motivo, esta prerrogativa resulta muy positiva para el tratamiento integral de los conflictos en el sector de la construcción.
- Una de las críticas más enérgicas en lo que respecta a las contrataciones del Estado, se funda en la actitud represiva de los órganos de control gubernamental que implica un inminente sometiendo de gran parte de las decisiones emitidas por las JRDs a la vía Arbitral, bajo la premisa de agotar todas las vías posibles para la solución de las controversias. En este sentido, es comprensible que existan posiciones que observen esta prerrogativa de manera negativa. No obstante, se ha incorporado la exigencia obligatoria de un *informe técnico legal*, el cual deberá contener una evaluación de costo – beneficio, así como los costos y riesgos que coadyuvarán a combatir la corrupción de funcionarios, la persecución y comportamiento represivo de los órganos de control, con la finalidad de fortalecer la funciones preventivas y resolutorias de la JRD, permitiendo actuar de manera inmediata y en instancias tempranas, evitando la judicialización de las controversias.
- La JRD y el Arbitraje son mecanismos que se conforman y funcionan de manera independiente, bajo reglas diferentes y en distintos espacios; sin embargo, poseen una serie de similitudes y diferencias a la vez, lo que genera que se complementen entre sí, en la medida que ninguna pretende suplantar a la otra, sino que actúan como verdaderos aliados para resolver las controversias surgidas a raíz de un contrato.

- Ambos mecanismos garantizan celeridad y reducción de costos en comparación de la administración de Justicia ordinaria; asimismo, fueron creados para resolver el conflicto de manera transparente y siguiendo las pautas consignadas por las partes. Además, emiten resoluciones que pueden ser vinculantes pero sin fuerza ejecutiva. Por otro lado, la JRD han sido diseñadas para actuar dentro de un rango determinado de cuantía contractual, actuando con la finalidad de prevenir y/o resolver las disputas que se generen entre las partes durante la ejecución del contrato (ex ante), mientras que el Arbitraje no ha previsto cuantía contractual alguna y solo actúa cuando el conflicto ya se ha generado (ex post). Para esto, las JRDs realizan diligencias permanentes para conocer al detalle la obra, desde el inicio hasta su entrega, como la elaboración de un cronograma de visitas periódicas, informes, reuniones, audiencias, entre otros. Estos detalles generan que las JRDs puedan resolver las desavenencias en el momento y lugar en el que se susciten (on time / on side), garantizando la continuidad de la obra, a diferencia de lo que ocurre en Arbitraje en el que ésta se paraliza mientras el conflicto es resuelto.
- Finalmente, la implementación de las JRDs y el fortalecimiento del Arbitraje, contribuyen de manera conjunta al perfeccionamiento de un sistema de administración de justicia más moderno y eficiente, descongestionando los engorrosos y excesivos trámites burocráticos en la resolución de los conflictos. Ante esta situación, los grandes proyectos de inversión en el Perú podrán ser desarrollados con mayor eficacia, eficiencia, confianza y garantía en este sector tan proclive a las controversias, generando importantes efectos jurídicos, económicos, políticos y sociales para el país;

IV.4.4 Recomendaciones

Como ya hemos mencionado, la elaboración del presente trabajo ha sido realizada durante todo el tiempo en que la NLCE aún no entraba en vigencia debido a que no se contaba con su respectiva Reglamentación.

En este sentido, dicha tesis fue diseñada en base a la recomendación de culminar la etapa de debates, aportes y correcciones del Proyecto de Reglamento con que se contaba. Así mismo, se exhortaba la urgente necesidad de publicar y promulgar el Reglamento previendo la regulación referente a la JRD como mecanismo alternativo de Resolución de Conflictos, para lo cual se invocaba al Poder Legislativo y ejecutivo concretar esta iniciativa legal.

Con fecha 09 de Diciembre de 2015, se publicó el Decreto Supremo 350-2015-EF por medio del cual se aprobó el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el mismo que ha entró en vigencia el 09 de Enero de 2016.

Ante esta situación, el presente trabajo ha adecuado y actualizado sus recomendaciones fundamentalmente basándonos en la necesidad de un trabajo previo de difusión, capacitación y fortalecimiento institucional para concretar la correcta ejecución de la JRD a fin de evitar que surjan controversias causadas por el efecto del desconocimiento y la poca investigación en el que evidentemente se encuentra nuestro nuevo MARC.

a) Promover el conocimiento, Investigación y difusión de la JRD

Es fundamental impulsar y promover la difusión, promoción e investigación del conocimiento respecto a la regulación de las JRDs en universidades, colegios profesionales, instituciones públicas y privadas, Etc.

Es de vital importancia comprender los efectos positivos, negativos, ventajas y desventajas de este mecanismo recientemente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con el objetivo de poder distinguirlo de los otros existentes. Esto evitará que se magnifique confusiones y complicaciones posteriores referentes a sus alcances, facultades y limitaciones en relación a los demás MARCs. De esta manera coadyuvaremos en su correcto y exitoso desarrollo en nuestro país, desterrando paulatinamente la arraiga idea la necesidad de 'judicializar' los conflictos.

b) Capacitación permanente de las partes intervinientes y potencialmente beneficiarias por las JRDs

Los miembros de las JRDs deben ser profesionales preparados y debidamente capacitados tanto en el ámbito técnico, legal, procesal como en los demás aspectos relevantes que coadyuven a prevenir las controversias o resolverlos de manera temprana.

Esta recomendación es necesaria debido a la idiosincrasia y costumbre de judicialización que la mayor parte de abogados tienen para resolver el conflicto. En estos casos, es necesario concientizar y capacitar a los miembros de las juntas o paneles para evitar que las disputas se arbitralicen o peor aún, se judicialicen.

Por otro lado, además de la concientización a los miembros de las Juntas, resulta indispensable empezar este proceso también a las partes conformadas por los sectores en que la JRD se desenvuelven, tales como: el sector de la construcción, industrias, ingeniería, etc., organizando proyectos y alianzas estratégicas entre las instituciones de educación superior, los colegios profesionales y otras instituciones públicas y privadas que intervengan en contrataciones públicas y el sector de la Construcción.

Todas estas recomendaciones tienen como finalidad contribuir con el éxito de la JRD o DB en virtud a su incorporación como un MARC dentro del marco del ordenamiento jurídico peruano; las mismas que sin duda, no serán suficientes si no existe un trabajo objetivo, en coordinación permanente entre todos los potenciales intervinientes.

c) Modificación Legislativa

Dado cuenta con todo lo expuesto, propongo una reforma legal en virtud a modificar el carácter 'opcional' de las JRDs por 'obligatoria', cuando se trate de obras de contrataciones del Estado de gran envergadura, dentro de los parámetros cuantificables establecidos; es decir, implantar la exigencia de celebrar acuerdos que introduzcan la previsión de una JRD para los contratos con una cuantía mayor o igual a 20 millones de soles.

Esta iniciativa responde a un análisis comparativo con respecto al éxito del Arbitraje en el sector público, a raíz de su exigencia cuando se trata de resolver conflictos en el que el Estado haya intervenido. Esto en mérito a que el carácter 'obligatorio' del Arbitraje constituye uno de los tantos elementos que le ha permitido registrar altos índices de crecimiento y mantener la notable hegemonía que ostenta.

Por consiguiente, soy de la opinión que esta modificación brindaría mayor seguridad jurídica, garantizando exitosos resultados en el marco de las contrataciones públicas, atrayendo mayores inversiones nacionales y extranjeras en el ámbito de la construcción.

IV.4.5 Bibliografía

1. (ICC), I. C. (n.d.). *International Chamber of Commerce (ICC)*. Retrieved julio 2015, from International Chamber of Commerce (ICC): www.iccspain.org
2. (RAE), D. D. (2015). *Real Academia Española*. Retrieved Agosto 2015, from <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=competencia>
3. BENAVENTE LEIGH, C., & SOTELO GAMARRA, E. (n.d.). Novedades en los Mecanismos de Resolución de Controversias en Etapa de Ejecución Contractual de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado.
4. CAIRNS, D., & MADALENA, I. (n.d.). El Relamento de la ICC relativo a los "Dispute Boards". 11.
5. CAIVANO, R. (2007). Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en América Latina: Logros y desafíos. *Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 50.
6. CANTUARIAS & ARAMBURÚ, F. (1994). *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J Bustamante De la Fuente.

7. CANTUARIAS SALAVERRY, F. (2015, Noviembre). Curso de De Especializacion Internacional en Arbitraje. Trujillo.
8. CARNELUTTI, F. (1994). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. (A. Z. MEONDO, Trans.) Buenos Aires -, Argentina: UTEHA.
9. CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, M. (2007). *El Arbitraje - El Juicio Privado: La Verdadera Reforma de Jusiticia*. Lima: Palestra Editores.
10. CASTILLO FREYRE & VASQUEZ KUNZE, M. (2007). *El Arbitraje - El Juicio Privado: La Verdadera Reforma de Jusiticia*. Lima: Palestra Editores.
11. CASTILLO FREYRE, M., & SABROSO MINAYA, R. (2011). *Rev. Bboliv. de Derecho N°11*, 216-217.
12. CASTILLO FREYRE, M., & SABROSO MINAYA, R. (2015). Contenido y Forma del Convenio Arbitral. In O. HUNDSKOPF EXEBIO, & F. GARCIA ASCENCIOS, *Derecho Arbitral* (p. 103 y 110). Arequipa: ADRUS.
13. CASTILLO FREYRE, M., & VASQUEZ KUNZE, R. (2007). *El Juicio Privado: La Verdadera Reforma de la Justicia*. Lima: Palestra.
14. CHARRETT, D. (2009, Octubre). *International Federation of Consulting Engineers*. Retrieved from Dispute Boards and Constructions Contracts: http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf
15. DIARIO GESTION. (n.d.). Retrieved OCTUBRE 2015, from <http://gestion.pe/economia/construccion-crecera-44-2016-recuperacion-economica-y-inversion-publica-2148536>
16. DIARIO GESTION. (2015). *Diario Gestión*. Retrieved Octubre 2015, from <http://gestion.pe/economia/megaconstrucciones-cinco-grandes-obras-que-impulsaron-crecimiento-peru-2136093>
17. Dispute Bboards: La Visión de las Partes y su Co-Existencia con los Contratos Administrativos. Eperiencias en Chile. (2015). In J. FIGUEROA VALDÉS,

Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencia y Retos (p. 125).

18. Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos. (2015). In M. CASTILLO FREYRE, & R. HERNANDEZ GARCIA. Lima, Lima, Perú.
19. EL BANCO MUNDIAL - BIRF - AIF. (2016). (EL BANCO MUNDIAL, Ed.) Retrieved OCTUBRE 2015, from <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?page=1>
20. ENTELMAN, R. (2005). *TEORIA DE CONFLICTOS*. BARCELONA: GEDISA.
21. FIGUEROA VALDÉS, J. (n.d.). *El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los "Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos"*.
22. FIGUEROA VALDÉS, J. E. (n.d.). *Los Dispute Boards o Paneles Técnicos en los Contratos Internacionales de Construcción*. www.pj.gov.py.
23. FRANCISKOVIC INGUNZA, B., & TORRES ANGULO, C. (n.d.). La Eficiencia de los medios alternativos o adecuados de Resolución de Conflictos frente al Sistema Procesal Civil.
24. FRANCO REGJO, E. (2016, Setiembre). Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado Peruano. *Revista Arbitraje PUCP*, V.
25. FREITAS, C. R., & GUSHIKEN, D. J. (2016). *Dispute Boards: mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción* (Vol. 33). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.
26. GARCIA, R. (2002). Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de Conflictos en América Latina. *El otro Derecho*, 157.
27. GUZMAN - BARRÓN SOBREVILLA, C. (2013). Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (Dispute Boards) - CARC PUCP. *Presentación del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (Dispute Boards) - CARC PUCP*. LIMA.

28. Herfried Wöss , (. (2006). Pnel de Adjudicacion de Desavenencias "Una retrospectiva". *ICC MEXICO PAUTA, BOLETIN INFORMATIVO DEL CAPITULO DE LA CAMARA ITNERNACIOANL DE COMERCIO N°50*.
29. HERNANDEZ ARTEAGA, G. (2010). *JUICIO ARBITRAL EL MIEDO ALTERNO IDONEO PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS*. Morelia, Michoacán.
30. HERNÁNDEZ GARCÍA, R. (2014). *DISPUTE BOARDS (Paneles de Solución de Controversias) en Latinoamérica: Retos y Perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias*. Lima: Eestudio Mario Ccastillo Freyre S.C.R.L.
31. INEI. (n.d.). Retrieved OCTUBRE 2015, from https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaes/Est/Lib1160/cap01.pdf
32. LEDESMA NARVAEZ, M. (2000). Un Conflicto conciliado: una visión jurídica de los elementos sustantivos. *Revista Biblitecal*, 06.
33. LOHMANN TUCA DE TENA, J. (1987). *El Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Uuniversidad Católica del Perú.
34. MACHO GOMEZ, C. (2013). Los ADR <<Alternative Dispute Resoution>> en el comercio Internacional. *www.e-revistas.uc3m.es*, 399-400.
35. MARTINEZ COCO, E. (2015). El Convenio Arbitral. *Convenio Arbitral y Mecanismos de Portección al Convenio Arbitral*.
36. MORANTE GUERRERO, L. (2015). *MANUAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: Análisis y Comentarios conforme a la Nueva Ley de Contrataciones del Estado (Lley 30225)*. Lima: Pacifico Editores SAC.
37. PAREDES CARBAJAL, G. (n.d.). DISPUTE BOARDS Y ARBITRAJE: COMPITEN O SE COMPLEMENTAL? - DISPUTE BOARDS EN LATINOAMERICA: EXPERIENCIA Y RETOS. 141.

38. PAREDES CARBAJAL, G. (n.d.). DISPUTE BOARDS Y ARBITRAJE: COMPITEN O SE COMPLEMENTAN? - DISPUTE BOARDS EN LATINOAMERICA: EXPERIENCIA Y RETOS.
39. PAREDES CARBAJAL, G. (n.d.). Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción: Un Acercamiento a los Dispute Boards. 04.
40. PAREDES CARBAJAL, G. (n.d.). PRESUPUESTOS DE ARBITRABILIDAD EN LOS ARBITRAJES EN CONSTRUCCIÓN: LOS DISPUTE BOARDS .
41. PAREDES CARBAJAL, G. (n.d.). Un Tiro IPSC, Rápido y Certero: Las Juntas de Resolución de Disputas en las Asociaciones Público - Privadas.
42. PAREDES CARBAJAL, G., & GRAY CHICCHÓN, J. (2008). Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción. *Revista de Derecho Administrativo N°4*, 205.
43. PEÑATE GUZMAN, C. (2015). Las Mesas de Resolución de Disputas como Mecanismo que viabiliza la Continuidad en los Proyectos de Cosntrucción: La Experiencia en el Salvador. In M. CASTILLO FREYRE, & R. HERNANDEZ GARCIA, *Dispute Boards en Latinoamerica: Experiencias y Retos* (p. 92). Lima: Biblioteca de Arbitraj del Estudio Mario Castillo Freyre.
44. PRADO MEZA, J. (n.d.). LAS CONTROVERSIAS O DESAVENENCIAS EN MEGA PROYECTOS EN EL PERÚ SOMETIDAS A UNA JUNTA DE REOSLUCIÓN DE DISPUTAS – DISPUTE BOARDS”.
45. RUSKA MAGUIÑA, C. (2015). Laudo Arbitral y Recursos contra el Laudo.
46. SOTO COAGUILA, C. A., & BULLARD GONZALES, A. (2011). *Comentarios a La Ley Peruana de Arbitaje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.