

September, 2016

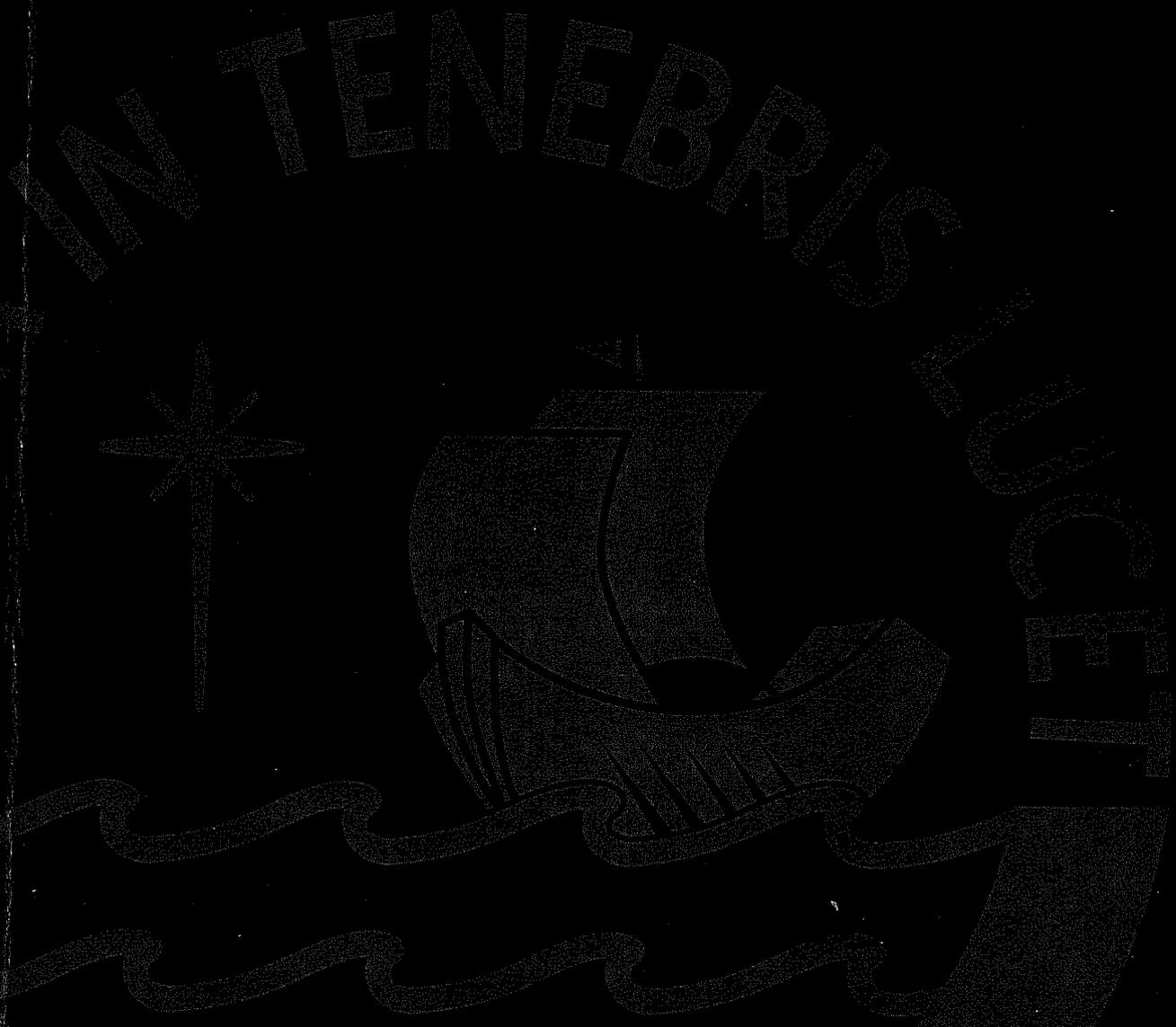
Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado Peruano

Eric Franco Regio

REVISTA

ARBITRAJE PUCP

Año V N° 6, setiembre 2016



CENTRO DE
ANÁLISIS Y
RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

INDICE

¿Debe implementarse el Arbitraje de Emergencia en el Perú?	9
Fernando Capuñay Gianfranco Ferruzo Dávila Bryan Cillóniz Atoche	
El enriquecimiento sin causa en el Arbitraje de contratación Pública	19
Mario Castillo Rita Sabroso Minaya	
Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado Peruano	30
Eric Franco	
Dispute Boards en los proyectos de construcción de infraestructura en Chile	56
Juan Eduardo Figueroa	
El equilibrio económico financiero en la Ley de Contrataciones del Estado	67
Ricardo Gandolfo	
Incorporación e interpretación del AMICUS CURIAE en los arbitrajes con el Estado	82
Gonzalo García Calderón	
FACULTADES IMPLÍCITAS DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN CUESTIONES ETICAS	87
Carlos Guaia	
Ética en el Arbitraje de Contratación Pública: Problemas y Soluciones	94
César Guzmán Barrón Rigoberto Zuñiga Maraví Carlos Seminario Reyes	
La Motivación del Laudo Arbitral	118
Pierina Mariela Guerinoni Romero	
El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho internacional de las inversiones: una relación dialéctica	127
Derik Latorre	
La Ley aplicable al pacto arbitral: Incertidumbre en contravía de las bases del Arbitraje Internacional	142
Hector Medina	
Imputación de Actos de Corrupción en la Contratación Pública y su implicancia en el Arbitraje de Contrataciones con el Estado.	151
Carlos Paitán Contreras Danny Quiroga Anticona	
Márgenes de la Irritabilidad del Proceso Arbitral	169
Alberto Quintana	
LA DELIBERACION- Derecho y deber de los árbitros	175
Ricardo Rodriguez	
La Segunda Sala Comercial declara inconstitucional la exigencia pactada de acompañar Carta Fianza a la demanda de nulidad laudo: Algunos comentarios	180
Julio Martin Wong	

LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (DISPUTE BOARDS) EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PERUANO

En los últimos años se viene hablando en la región latinoamericana sobre las bondades de los dispute boards permanentes, aquellas que se constituyen al inicio de la obra y la acompañan hasta su conclusión. En efecto, en proyectos de construcción que tienen la envergadura suficiente para absorber los costos de un dispute board permanente, este mecanismo es sin duda de gran utilidad para prevenir y resolver controversias de manera eficiente y eficaz.² Cuando se habla del tema en la región, por lo general se hace referencia a los dispute board permanentes, ya sea que emitan recomendaciones o decisiones. Entre los ejemplos más usuales en la región encontramos casos como el proyecto de ampliación del Canal de Panamá, los proyectos de la Cuenta del Milenio en centro américa y la Línea 4 del Metro de Sao Paulo. Si bien nadie discute las bondades de los dispute boards permanentes, en la región no se suele comentar mucho sobre el sistema de adjudicación (adjudication) que fue implementado con gran éxito en el Reino Unido desde 1996 y en muchas otras jurisdicciones, principalmente de origen anglosajón.³

Dicho sistema consiste básicamente en la resolución de la controversia por un adjudicador, el cual se designa para cada controversia y resuelve de manera vinculante para las partes en un muy breve plazo, 28 días ampliables. El sometimiento de las controversias de construcción a la resolución por un adjudicador es obligatorio por ley en la mayoría de casos y si bien las decisiones de los adjudicadores pueden ser sometidas a arbitraje, en la práctica la gran mayoría de casos se quedan a nivel de adjudicación. La resolución rápida de los casos de construcción se conoce como la administración de “justicia gruesa” (rough justice), la cual en la mayoría de casos es suficientemente buena para las partes, quienes suelen optar por evitar la “justicia fina” o detallada que brinda un proceso arbitral o judicial. En nuestra opinión, el sistema de adjudicación implementado en Reino Unido es el modelo a seguir como primera instancia para resolver controversias en proyectos de construcción pequeños o medianos, lo cual tendría un impacto muy positivo en la economía de los países que decidan adoptar este modelo.

¹Abogado, árbitro y profesor de derecho de la construcción.

²Los aspectos generales de los dispute boards se encuentran ampliamente desarrollados en diversos textos. Por mencionar sólo uno, sugerimos revisar: Gwyn Owen and Brian Totterdill, *Dispute boards: procedures and practice*. Thomas Telford: 2008. 350 p.

³La bibliografía sobre los sistemas de adjudicación implementados en diversas jurisdicciones anglosajonas es abundante. Ver por ejemplo: John Redmond. *Adjudication in Construction Contracts*. Blackwell: Oxford, 2001. 262 p.

⁴Marcelo Alencar Botelho de Mesquita. *Adjudicação de Conflitos na Construção*. En: *Temas de Direito da Construção*, Pini: Sao Paulo, 2015. pp. 105-119

Es por lo anterior que resultó precisamente oportuno que Marcelo Alencar Botelho de Mesquita haya escogido este tema para su ponencia en el III Congreso Internacional del Instituto Brasileiro de Derecho de la Construcción (IBDIC), celebrado en Curitiba en octubre del 2014, y para escribir un artículo. Consideramos que debería prestarse más atención en la región al modelo anglosajón de adjudicación. Sin embargo, ello no afecta el hecho que el incremento del interés por los dispute boards permanentes haya crecido de manera muy significativa y positiva para la industria de la construcción.

En el Perú, en los últimos cinco años se ha venido divulgando con especial énfasis las bondades de los dispute boards permanentes en congresos y en publicaciones, por lo que ya se cuenta con un bagaje interesante de publicaciones sobre el tema.⁵

El primer hito importante ha sido el uso de dispute boards en contratos financiados por entidades cooperantes extranjeras, tales como el Banco Interamericano de Desarrollo o el Banco Mundial, como consecuencia del empleo de contratos FIDIC. En muchos de dichos casos, se interpretó a los dispute boards como una suerte de conciliación en la cual el conciliador emitía una decisión no vinculante y que podía ser sometida a arbitraje en un determinado plazo. Si las partes no sometían la decisión a arbitraje, entonces la misma devenía en final. Es así que, se creó la

figura de la “conciliación decisoria”, la cual sigue siendo empleada hasta la fecha en el contexto de diversos contratos financiados por entidades cooperantes extranjeras.

Un ejemplo ilustrativo es el del Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD II, un programa del Ministerio de Salud y financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Internacional de reconstrucción y Fomento, cuya experiencia desde el año 2010 se describe en un artículo publicado por Lissete Ortega Obegoso.⁶

El segundo hito fue la publicación en Lima, en mayo del 2013, del Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En la elaboración de dicho reglamento se tomó en consideración tanto la práctica internacional y los modelos de reglamentos existentes, tal como el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, como la realidad jurídica y social peruana.

El tercer hito importante fue la incorporación de la posibilidad de someter controversias relativas a contratos de asociaciones público-privadas (APPs) a dispute boards. Dicha posibilidad se introdujo mediante una modificación a la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas (Decreto Legislativo 1012) efectuada en la Undécima Disposición Complementaria Transitoria

⁵ Ver por ejemplo: Roberto Hernández García y Otros. Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y Retos. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 23. Estudio Mario Castillo Freyre: Lima, 2014, 236 p. Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas y Juan Diego Gushiken Doy. Dispute Boards: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 33. Thomson Reuters: Lima, 2016. 551 p.

⁶ Lissete Elizabeth Ortega Obegoso, Dispute Boards: experiencia en el Sector Público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas, En: Actualidad Jurídica N° 267. Lima: Gaceta Jurídica, febrero 2016. pp. 250-261.

de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, publicada el 2 de diciembre de 2013. La parte más relevante de la modificatoria señala: "9.6. (...) podrá considerarse en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional, que las partes pueden 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 (...) de las Juntas de Resolución de Disputas serán establecidos en el reglamento de la presente Ley (...)"

A pesar de la modificatoria antes citada, el reglamento respectivo, el Decreto Supremo N° 127-2014-EF, publicado el 31 de mayo de 2014, no reglamentó las Juntas de Resolución de Disputas para contratos de APP. Dicha omisión genera que en la práctica no sea factible emplear Juntas de Resolución de Disputas en contratos de APP, muestra de lo cual es que a la fecha no se haya empleado dicho mecanismo en tal tipo de contratos.

Por último, el cuarto hito, y el cual es materia del presente artículo, ha sido la inclusión de los dispute boards permanentes como una alternativa en proyectos de obra pública, los cuales han sido denominados en la normativa como "Junta de Resolución de Disputas" ("JRD").⁷

La Ley 30225, la nueva Ley de Contrataciones del Estado peruana (la "LCE"), introdujo por primera vez en la región una regulación de JRD para proyectos de construcción de obras públicas financiadas con recursos públicos. Dicha ley entró en vigencia junto con su reglamento, el Decreto Supremo 350-2015-EF (el "RLCE"), el 9 de enero de 2016.

Posteriormente, el ente rector del sistema de contrataciones del Estado en Perú, denominado el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado ("OSCE") publicó una directiva con una serie de regulaciones aplicables a las JRD, Directiva N° 020-2016-OSCE/CD. Es así que, el modelo de JRD disponible a la fecha en la normativa de contrataciones públicas peruana contempla solo JRDs de carácter permanente, que emiten decisiones, integradas ya sea por uno o tres miembros, en contratos de ejecución de obra cuyos montos sean superiores a veinte millones de Soles (S/ 20,000,000.00), y siempre administradas por un centro especializado. Asimismo, la normativa ha buscado focalizarse en obras de envergadura mediana-grande y grande y ha limitado la opción de contar con JRDs que emitan recomendaciones.

En la contratación pública, el ejercicio de la discrecionalidad por los funcionarios públicos los expone a responsabilidad, razón por la cual se consideró más adecuado que las JRD emitan sólo decisiones y no recomendaciones, salvo que ambas partes soliciten una

⁷Un elemento relevante para comprender el contexto peruano en materia de contratación pública es que en el Perú las controversias relativas a contratación pública se someten a arbitraje y no van al poder judicial, salvo en el caso de los adicionales de obra. Ello es así desde 1997, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 26850. Si bien dicha Ley se encuentra derogada, se ha continuado con la aplicación del arbitraje para las controversias que surjan en materia de contratación pública.

⁸Artículo 45 de la LCE y el artículo 205 del RLCE. Veinte millones de Soles (S/ 20,000,000.00) equivale aproximadamente a seis millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 6,000,000.00), considerando el tipo de cambio referencial de agosto de 2016.

⁹Artículo 45 de la LCE y el 185 del RLCE.

Se ha considerado que por el momento lo adecuado es fomentar el uso de JRD en proyectos de cierta envergadura y aprovechar el hecho que las JRDs permanentes tienen la ventaja de prevenir controversias y no sólo resolverlas.

De otro lado, una razón adicional para optar sólo por JRDs permanentes por el momento es que se requiere desarrollen competencias profesionales en el mercado peruano para que se desarrollen adjudicadores que puedan servir como miembros de las JRDs. No sería factible impulsar las JRDs ad-hoc en un mercado que no cuenta con suficientes adjudicadores. Sin perjuicio de lo anterior, sería positivo que en el futuro, cuando se cuente con resultados favorables de la experiencia de las JRDs permanentes, se implemente las JRDs ad-hoc. En particular, las JRDs ad-hoc de un miembro, buscando favorecer a los proyectos pequeños y medianos bajo un esquema similar a la adjudicación anglosajona. Dicho lo anterior, a continuación se expone los aspectos principales de la regulación vigente.

1. Controversias que puede decidir la JRD

Las JRD pueden decidir controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato. Si bien la referencia anterior es amplia, hay algunas dudas que genera la norma y varias limitaciones que restringen el alcance de las JRDs.

En primer lugar, cabe cuestionarse si una JRD podría aportar en una controversia relativa a la inexistencia, ineficacia o invalidez de un contrato. Pareciera ser que dichas controversias deberían ser remitidas directamente a arbitraje. En segundo lugar, se ha incluido una exclusión de alcance ambiguo e indeterminado. El artículo 205 del RLCE se establece que:

“No pueden someterse a la JRD pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública”.

Bajo la normativa anterior, había algunos reclamos por conceptos que no estaban expresamente previstos pero que aun así eran reclamados por los contratistas. Por ejemplo, la normativa anterior preveía que en caso de ampliación de plazo la entidad contratante debía reconocer el mayor gasto general variable diario según una fórmula. Sin embargo, en algunos casos los contratistas reclamaban conceptos adicionales, como el costo de maquinaria paralizada. Bajo la normativa actual se ha flexibilizado los conceptos que se pueden reclamar en caso de ampliación de plazo, por lo que la mencionada restricción ya no sería tan relevante con relación a reclamos por ampliación de plazo. Sin embargo, la normativa no establece que pueda haber reclamos por interrupción, en los cuales no se reclame la ampliación del plazo. En tales casos, por ejemplo, cabe preguntarse si la JRD podría decidir una controversia sobre dicho concepto.

¹⁰ Los artículos 198 y 206 del RLCE y 7.1, 7.2 y 7.11 de la Directiva regulan este aspecto.

¹¹ Artículo 206 RLCE y 7.1 Directiva

¹² Artículos 198 y 206 RLCE y 7.2 Directiva.

¹³ Art. 206° RLCE.

¹⁴ Artículos 190°, 202°, 207° y 208° RLCE y 7.3 y 7.5 Directiva.

¹⁵ Veinte millones de Soles (S/ 20,000,000.00) equivale aproximadamente a seis millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 6,000,000.00) y cuarenta millones de Soles (S/ 40,000,000.00) equivale aproximadamente a doce millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 12,000,000.00), considerando el tipo de cambio referencial de agosto de 2016.

En tercer lugar, se excluye la posibilidad que la JRD decida sobre controversias relativas a prestaciones adicionales. Dicha materia se encuentra reservada para el fuero judicial. El artículo 45 de la LCE señala:

“La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales. Más aún, en aras de evitar que se reclame por dichos conceptos de otra forma, la norma señala que 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, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la LCE o el RLCE, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.”

La racionalidad detrás de dicha exclusión es cuestionable y limita seriamente la eficacia de las JRD, así como la del arbitraje en materia de obras públicas, al eliminar la posibilidad que las controversias sobre adicionales puedan ser decididas de manera eficiente. Sin perjuicio de lo anterior, una lectura minuciosa de la prohibición nos permite señalar que la JRD sí puede decidir sobre deductivos, mayores metrados, los cuales queda claro bajo la normativa actual que no son considerados adicionales, y aclaraciones del expediente técnico. En cuarto lugar, con relación a las discrepancias respecto de valorizaciones o metrados, el artículo 168 del RLCE señala que:

“si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la entidad contratante, según sea el caso, estas se resuelven en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. Si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado, la parte interesada puede someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje, o a la JRD, según corresponda.”

Lo antes expuesto, limita la posibilidad de someter a la JRD discrepancias sobre valorizaciones y metrados de poca magnitud, pero que si se suman podrían tener un impacto relevante para el contratista. ‘

Adicionalmente, no queda claro si el cinco por ciento (5%) mencionado se calcula por monto valorizado en controversia o por el agregado de los montos valorizados en controversia. En cualquier caso, el umbral de cinco por ciento (5%) del monto del contrato es bastante elevado. En quinto lugar, sólo se puede someter controversias a la JRD hasta la recepción total de la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción sólo pueden ser sometidas a arbitraje. En tal sentido, quedan excluidas las controversias sobre la liquidación de la obra, lo cual también le resta fortaleza a la JRD.

¹⁶Art. 207° RLCE y 7.3 Directiva.

¹⁷Art 202° y 207° RLCE.

¹⁸Aún no aprobados hasta agosto de 2016.

¹⁹Art 190 y 207 RLCE.

2. Plazos aplicables para someter controversias a la JRD y a arbitraje

La normativa de contrataciones públicas establece una serie de plazos de caducidad para iniciar el mecanismo de solución de controversias que sea aplicable, incluyendo a las JRD, tal como se señala en el siguiente cuadro:

Materia en Controversia	Plazo para iniciar el respectivo medio de solución de controversias
Nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción de obra, valorizaciones o metrados.	30 días hábiles, pero hasta antes de la recepción total de la obra.
Otros supuestos.	Cualquier momento anterior a la recepción total de la obra.

Sobre el particular, debemos señalar que el momento desde el cual se empiezan a computar los treinta (30) días hábiles para someter una controversia incluida en el primer grupo se encuentra establecido en los siguientes artículos del RLCE: 122 (nulidad), 152 (resolución o indemnización por demora en el inicio de la obra, aplicable por analogía), 168 (valorizaciones y metrados), 170 (ampliación de plazo), 177 (resolución), 178 (recepción de obra). Adicionalmente, la norma no es clara al referirse a “valorizaciones” y a “metrados” en el primer grupo del cuadro anterior. Por un lado, no resulta claro si la referencia a “valorizaciones” es a las valorizaciones del trabajo realizado exclusivamente o también incluye a las valorizaciones relativas a mayores gastos y costos con ocasión de ampliaciones de

plazo, conceptos recogidos en el artículo 172 del RLCE. Del mismo modo, tampoco queda claro si la referencia a “metrados” incluye a los “mayores metrados”. La relevancia de dicha falta de claridad es que según lo que se defina aplicará uno u otro plazo de caducidad. Es por ello, que surge la necesidad que este punto deba ser aclarado mediante una opinión del OSCE.

3. Centros que administran las JRD

La nueva normativa sólo contempla JRDs que son administradas por un centro que preste servicios de organización y administración de las mismas.¹⁰

3.1. Requisitos de los centros

El centro que designe las partes debe cumplir con los siguientes requisitos:¹¹

- i. Tener 4 años de experiencia actuando como institución arbitral.
- ii. Contar con un código de ética propio aplicable para miembros de la JRD, el cual debe contener como mínimo los mismos supuestos de infracción establecidos en el artículo 216 del RLCE para los árbitros.
- iii. Llevar un registro de adjudicadores nacionales y/o internacionales. Dicho listado debe ser difundido, conjuntamente con las especialidades y experiencia de los citados expertos para conocimiento del público al menos a través de su página web.

Al respecto, cabe mencionar que dentro de los requisitos que deben cumplir los centros no se menciona que deben brindar capacitaciones sobre JRD ni certificar profesionales como adjudicadores. Sin embargo, dado que la JRD es un mecanismo nuevo y requiere de profesionales capacitados y certificados, hubiera podido exigirse a los Centros que colaboren con el desarrollo de las capacidades necesarias para que este mecanismo pueda implementarse con éxito. Por otro lado, un aspecto que no es abordado en el RLCE ni en la Directiva es el rol de OSCE con relación a los centros. Cabe preguntarse si OSCE supervisará a los Centros y, de ser el caso, cómo lo hará. Del mismo modo, tampoco se especifica qué sucede si un centro no cumple con los requisitos establecidos por la normativa para actuar como centro.

3.2. Funciones de los Centros

La normativa establece que los centros realizan las siguientes funciones:¹²

- i. Llevar un registro de adjudicadores nacionales y/o internacionales.
- ii. Designar a los miembros de la JRD en reemplazo de las partes.
- iii. Resolver las eventuales recusaciones de los miembros de la JRD.
- iv. Supervisar el cumplimiento de principios éticos por parte de los miembros mediante la aplicación de la LCE, el RLCE y la

Directiva.

- v. Informar al OSCE sobre las sanciones éticas que impongan a los miembros de las JRD.
- vi. Proporcionar apoyo logístico a la JRD y las partes.
- vii. Custodiar el expediente que contenga las actuaciones de la JRD por un plazo de diez (10) años desde la culminación de las funciones de la JRD (Dicha custodia puede encargarse al OSCE, o a otra institución que ésta autorice, luego de transcurrido el plazo mínimo de un (1) año desde la fecha de culminación de las funciones de la JRD, debiendo el expediente ser micrograbado).
- viii. Remitir al OSCE la información que le requiera, en los plazos y condiciones que se establezcan.
- ix. Remitir trimestralmente al OSCE, la siguiente información:

- Copia de las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos mediante las cuales se resuelven recusaciones planteadas contra los miembros de las JRD.
 - Decisiones emitidas por las JRD.
 - Copia de los documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a los miembros de las JRD por infracción al código de ética de la institución respectiva.
- x. Remitir trimestralmente al OSCE un reporte de casos iniciados y concluidos por las JRD, con indicación de la materia controvertida, nombre de las partes, representantes legales,

asesores o abogados, miembros de la JRD y profesionales del centro a cargo del caso, así como el motivo de conclusión de la JRD.

xi. La información que remitan los centros será difundida para conocimiento público a través del portal web del OSCE.

3.3. Comunicaciones entre las partes y la JRD

Toda comunicación entre las partes y la JRD se debe realizar a través del centro, debiendo efectuarse en físico, sin perjuicio de que puedan adelantarse por vía electrónica. Las partes deben proporcionar copias suficientes para cada miembro de la JRD y la otra parte.

Por su parte, las comunicaciones deberán formularse en castellano, salvo que las partes y la JRD dispongan algo distinto. Asimismo, la notificación se considera efectuada el día en que haya sido entregada en físico al destinatario o a su representante en el domicilio que haya señalado. En caso la parte no haya señalado domicilio, la notificación se considera efectuada el día en que haya sido entregada en físico en el domicilio señalado en el contrato de obra o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Los cambios de domicilio surten efectos desde el día siguiente de recibida la respectiva comunicación por el centro, el cual debe llevar el control del archivo respectivo.

3.4. Designación del Centro

La designación del centro debe ser indubitable y de común acuerdo entre las partes. A falta de acuerdo, las partes no pueden someter sus controversias a la JRD.¹³

4. Miembros de la Junta de Resolución de Disputas

4.1. Número de miembros de la JRD¹⁴

La JRD puede estar integrada por uno o por tres miembros, según acuerden las partes.

A falta de acuerdo entre las partes o en caso de duda, la JRD se integra por un (1) miembro cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a veinte millones de Soles (S/ 20,000 000.00) y menor a cuarenta millones de soles (S/ 40,000 000.00); y, por tres (3) miembros, cuando el respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cuarenta millones de Soles (S/ 40,000, 000.00).¹⁵

4.2. Requisitos para ser miembro de la JRD

Cuando la JRD esté integrada por un (1) solo miembro, este debe ser un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado.

Cabe señalar que es impreciso el requisito de tener conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como a las contrataciones del Estado. Resultando necesario que los alcances de dicho requisito sean materia de aclaración mediante una opinión del OSCE. Ahora, si la JRD está integrada por tres (3) miembros, el Presidente debe contar con las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único de la JRD, los demás miembros deben ser expertos en la ejecución de obras.¹⁶

Con la redacción actual, no queda claro, por ejemplo, si un abogado podría ser considerado “experto en la ejecución de obras”. Por ello, es impreciso el requisito de “ser expertos en la ejecución de obras” y sus alcances deberían ser materia de aclaración mediante una opinión del OSCE. Además, los miembros de la JRD deben cumplir con contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Árbitros que lleva el OSCE (RNA), además de cumplir con los demás requisitos establecidos por la legislación vigente. En ese sentido, el profesional a quien se curse una designación sin que cuente con inscripción vigente en el RNA, debe registrarse automáticamente en el RNA, conforme al procedimiento previsto en la Directiva correspondiente.

4.3. Independencia, imparcialidad y ética

Los miembros de la JRD deben desarrollar sus funciones de manera proba y de buena fe. Para tal efecto, deben cumplir los lineamientos de ética que apruebe OSCE,¹⁸ sin perjuicio de las disposiciones éticas que establezca cada centro.

Aunado a ello, los miembros de la JRD deben ser, y permanecer durante el desarrollo de sus actividades, independientes e imparciales, así como disponibles para atender sus funciones. Asimismo, deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad, transparencia, diligencia y la debida conducta procedimental. En esa misma línea, los miembros de la JRD deben cumplir con la obligación de informar al momento de aceptar el encargo sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su designación, que pudiera afectar su independencia o imparcialidad o que le impida ejercer sus funciones con transparencia y diligencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de la JRD que pudiera afectar su independencia o imparcialidad.

4.4. Impedimentos para actuar como miembros de la JRD ¹⁹

Se encuentran impedidos para ejercer la función de miembros de la JRD:

1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los Titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
2. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
3. Los Fiscales y los Ejecutores Coactivos.
4. Los Procuradores Públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.
5. El Contralor General de la República y el Vice Contralor.
6. Los Titulares de instituciones o de organismos públicos del poder ejecutivo.
7. Los gobernadores regionales y los alcaldes.
8. Los directores de las empresas del Estado.
9. El personal militar y policial en situación de actividad.
10. Los funcionarios y servidores públicos 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.
11. Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (06) meses después de haber dejado la institución.
12. Los sometidos a proceso concursal.
13. 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 aceptado su designación previamente a la fecha de imposición de la sanción.

14. Los sancionados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.

15. Los sancionados con condena que lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción.

16. Los sancionados por delito doloso, en tanto esté vigente dicha sanción.

En los casos a que se refieren los numerales 8 y 10, el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

4.5. Designación

Si la JRD se compone de un único miembro, éste es designado por las partes de la lista de adjudicadores del centro dentro del plazo de dos (2) días hábiles siguientes a la suscripción del acuerdo por el que someten las controversias a la JRD. En caso no se lleve a cabo dicha designación, el centro lo nombrará en un plazo máximo de dos (2) días hábiles siguientes de recibida la solicitud formulada por cualquiera de las partes.

Si la JRD se compone de tres (3) miembros, cada parte designa a un miembro en el plazo de dos (2) días hábiles siguientes a la suscripción del acuerdo por el que se someten las controversias a la JRD. Los miembros designados tendrán un plazo

de dos (2) días hábiles para aceptar o no la designación. El tercer miembro -quien preside la JRD- es designado por los adjudicadores nombrados por las partes en un plazo máximo de dos (2) días hábiles de producida la aceptación del último de ellos, de la lista de adjudicadores del centro. En caso no se lleve a cabo esta designación, el centro lo nombrará en un plazo máximo de dos (2) días hábiles siguientes de recibida la solicitud formulada por cualquiera de las partes. Así, podemos decir que cuando alguno de los miembros designados no acepte o no se pronuncie en los plazos establecidos, la parte, los miembros que lo propusieron o el centro nombra al reemplazante, según sea el caso, siguiendo el mismo procedimiento señalado en los párrafos precedentes.

Asimismo, cuando en un plazo de veinte (20) días calendario, contados desde la suscripción del acuerdo por el cual se someten las controversias a la JRD, las partes o los miembros designados no logren obtener la aceptación de los adjudicadores que les corresponde designar, el centro designa al o a los miembros que no hayan sido nombrados.

Los adjudicadores que las partes designen tendrán un plazo de cinco (5) días para aceptar o rechazar la designación. En caso alguno no acepte o no se pronuncie en ese plazo, la parte que lo propuso propondrá otro adjudicador.

El mecanismo de designación de los miembros

de la JRD establecido en la Directiva se asemeja al mecanismo usual empleado en arbitraje. Sin embargo, la lógica de la JRD es distinta, pues se trata de un panel de expertos que gozan de legitimidad y autoridad profesional y moral respecto de las partes. En tal sentido, la práctica usual es que ambas partes procuren designar al miembro único o a los dos miembros que eligen al presidente, en el caso de un panel de tres miembros, e inclusive, el presidente suele contar con la aprobación de las partes. Siendo que, el Centro respectivo interviene sólo en caso que las partes no lleguen a un acuerdo en un plazo prefijado. Ello se puede apreciar en la cláusula 20.2 de los contratos FIDIC y en el artículo 7 del Reglamento Relativo a los Dispute Boards publicado por la Cámara de Comercio Internacional en 2015. La Directiva del OSCE ha optado por una alternativa aparentemente más práctica, pero que podría afectar negativamente la legitimidad de los miembros frente a ambas partes.

4.6. Participación de los miembros de la JRD como árbitros, testigos, peritos o asesores

La cláusula 4 del contrato tripartito modelo que es parte de la Directiva (en adelante, el Contrato Tripartito Modelo), el cual no es de uso obligatorio, dispone que la entidad pública y el contratista se obligan una frente a la otra y cada una de ellas frente a cada uno de los

²⁰ 7.4, 7.5 y 7.23 Directiva.

miembros de la JRD a que no designará a un miembro de la JRD como árbitro ni llamarán como testigo a los miembros de la JRD en caso alguna controversia relativa al contrato de obra sea sometida a arbitraje. Dada la importancia de esta disposición, hubiera podido incluirse en el RLCE o en la Directiva. Adicionalmente, debería precisarse que los miembros de la JRD no deberían participar como peritos, asesores o representantes de una parte. Tampoco deberían participar como testigos en un proceso judicial, lo cual cobra relevancia en el contexto actual en el que las controversias relativas a adicionales de obra sólo pueden resolverse en el ámbito judicial.

4.7. Contrato Tripartito

La Directiva incluye el Contrato Tripartito Modelo, el cual, como hemos señalado, no es de uso obligatorio. Dado que, las JRD son un mecanismo nuevo y que puede ser usado a nivel nacional y administrado por una diversidad de centros, hubiera sido positivo que OSCE establezca un modelo de contrato obligatorio, que sirva para que haya uniformidad en la regulación de las JRD.

4.8. Procedimiento de recusación y reemplazo de miembros ²⁰

En caso el centro tome conocimiento de cualquier hecho o circunstancia que ponga en duda la independencia o imparcialidad de uno de los miembros de la JRD, deberá informarlo

a las partes. Las partes pueden cuestionar la independencia o imparcialidad de un miembro de la JRD, en un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir del conocimiento de los hechos que motivan su cuestionamiento.

Para tal efecto, la parte debe presentar al centro una solicitud de recusación, la que incluirá una exposición escrita de los hechos o circunstancias en cuestión. El centro declara fundada o infundada la solicitud después de haberle otorgado la oportunidad de expresarse al o a los miembros cuestionados, a los demás miembros de la JRD y a la otra parte. Dicha decisión es inimpugnable. Ante la presentación al centro de una solicitud de recusación en contra de un miembro, éste tiene la posibilidad de renunciar al cargo. Procede la sustitución de un miembro de la JRD por las siguientes causales:

- 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 de la JRD.
- f. Renuncia.

La parte que designó al miembro sustituido, los adjudicadores que lo propusieron o el centro, según sea el caso, designan a un nuevo adjudicador en un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el

momento en que el miembro sustituido cesa en sus funciones. En caso no se logre obtener la aceptación del nuevo adjudicador en un plazo de quince (15) días calendario, contados desde el momento que el miembro sustituido cesa en sus funciones, el centro efectuará la designación respectiva.

Sin embargo, en el caso de recusación declarada fundada, el centro designa al miembro sustituto directamente.

Mientras no haya sido sustituido un miembro de la JRD, los otros dos (2) miembros deben abstenerse de realizar audiencias y de emitir decisiones, salvo acuerdo en contrario por escrito de las partes. En caso deba ser sustituido el miembro único, dos (2) o los tres (3) miembros, la JRD no podrá llevar a cabo actividad alguna.

En cualquier momento, las partes, actuando conjuntamente y previa notificación con siete (07) días hábiles de anticipación, podrán resolver el contrato tripartito 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 pendientes por los servicios prestados hasta la fecha de resolución. Si bien en el numeral 7.23 de la Directiva establece que los miembros de la JRD pueden renunciar al cargo, no se entra en mayores detalles. Por lo que, consideramos que hubiera sido positivo que se establezca

que en cualquier momento un miembro de la JRD, previa notificación con determinados días de anticipación, tendrán derecho a resolver su parte del contrato tripartito, sin expresión de causa y sin mayor responsabilidad que devolver los honorarios pagados por servicios no prestados.

La posibilidad de renuncia de los miembros en cualquier momento se encuentra contemplada en el numeral 2 del contrato tripartito incluido en los contratos FIDIC y el numeral 6 del contrato modelo incluido en el Reglamento Relativo a los Dispute Boards publicado por la Cámara de Comercio Internacional en 2015.

5. Actividades de la Junta de Resolución de Disputas ²¹

La JRD inicia sus actividades una vez suscrita el Acta de Inicio de Funciones, la cual es firmada por los miembros, las partes y un representante del centro luego de la aceptación del último miembro de la JRD o del miembro único. El Acta de Inicio de Funciones debe contener un calendario de reuniones y visitas periódicas a la obra, el cual puede ser modificado. Los miembros de la JRD deben cumplir con las siguientes funciones:

- a. Emitir decisiones vinculantes respecto a controversias planteadas por las partes.
- b. Absolver consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual y/o técnico, las cuales previamente deben ser consultadas al supervisor de la obra

²¹Art. 208° RLCE y 7.4, 7.6, 7.8 Directiva.

y al proyectista, según corresponda.

c. Efectuar visitas periódicas a la obra en ejecución.

d. Otras que se establezca en el contrato respectivo, así como en la Directiva correspondiente.

Los procedimientos de la JRD serán regidos por la LCE, el RLCE, las directivas que emita OSCE, el contrato tripartito celebrado entre los miembros de la JRD y las partes, las disposiciones que emita la JRD y supletoriamente por las directivas y reglamentos del centro, en dicho orden de prelación. La JRD debe desarrollar sus actividades considerando las necesidades de la obra y con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las diversas situaciones que pueden presentarse, debiendo adoptar normas y criterios que faciliten el funcionamiento interno de la JRD. Además, la JRD está facultada para adoptar todas las medidas que resulten necesarias para cumplir con sus funciones, conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cuestiones conexas y accesorias a ella que se promuevan. En virtud de ello, se encuentra facultada para requerir a las partes que aporten cualquier documento que juzgue necesario para emitir sus decisiones; convocar reuniones, visitar la obra, realizar todas las audiencias que considere necesarias; requerir medios probatorios, decidir sobre las cuestiones relativas al procedimiento que surjan durante las visitas, reuniones y audiencias; citar e interrogar a las partes, sus representantes, testigos, expertos y peritos que considere

pertinente. Las visitas, audiencias y reuniones pueden ser grabadas, ya sea en audio o video.

5.1. Parte renuente y deber de cooperación

Si alguna de las partes se rehúsa o se abstiene de participar en el procedimiento de la JRD o en cualquier etapa de éste, la JRD continuará con sus actividades no obstante la renuencia de dicha parte. Las partes están obligadas a cooperar con la JRD y mantenerla informada del contrato de obra y su ejecución, así como de cualquier desacuerdo que pudiera sobrevenir. Así, las partes y los miembros de la JRD deben acordar la naturaleza, forma y frecuencia de los informes de seguimiento que deben enviarse a la JRD. Del mismo modo, la JRD puede solicitar a cualquiera de las partes información relativa a la obra para cumplir con sus funciones. Ante la ausencia de pacto esta información debe ser proporcionada con la frecuencia establecida por la JRD y enviada por los representantes de cada parte.

5.2. Función consultiva

A petición de ambas partes, la JRD puede ejercer adicionalmente una función consultiva con la finalidad de prevenir el surgimiento de futuras controversias. Dicha función consiste en emitir una opinión

²² 7.9 y 7.10 Directiva.

no vinculante sobre algún aspecto que pueda ser motivo de una futura controversia o que las partes deseen dilucidar. Esta atribución consultiva puede generarse durante cualquier reunión, audiencia o visita a la obra, dejando constancia por escrito de la solicitud de las partes. En ese sentido, la JRD no queda vinculada por las opiniones que haya expresado mientras ejerció función consultiva.

5.3. Visitas a la obra y reuniones ²²

Al inicio de sus actividades, y en coordinación con las partes, la JRD fija un calendario de visitas periódicas a la obra y de reuniones adicionales, de ser el caso. Dicho calendario es de obligatorio cumplimiento. Siendo así, las partes deben participar en todas las reuniones y visitas a la obra. En caso la JRD requiera una reunión o visita y alguna de las partes considere que ello no es eficiente, puede solicitar a la JRD que lo reconsidere. La JRD puede realizar la reunión o visita a la obra a pesar de la inasistencia de una de las partes. En caso de inasistencia de un miembro de la JRD, los demás miembros pueden decidir sobre la procedencia de realizar la reunión o visita. Las reuniones y visitas a la obra deben ser lo suficientemente frecuentes con el propósito que la JRD se mantenga informada de la ejecución de la obra y de cualquier desacuerdo o controversia desde el momento inicial. El centro coordina dichas reuniones y visitas, debiendo recibir la colaboración de las partes.

Si la JRD lo solicita, éstas deben facilitar un espacio de trabajo apropiado, alojamiento, medios de comunicación, equipos de oficina e informática, así como todo lo que sea necesario para viabilizar las reuniones o visitas de manera eficiente, procurando minimizar los gastos y el tiempo requerido. Dado que la intención es que las JRD puedan ser empleadas a nivel nacional y para proyectos de gran envergadura, hubiera sido deseable que OSCE fije algunos criterios generales con relación a la periodicidad de las visitas a la obra. Por ejemplo, podría haberse dispuesto que:

“Luego de firmado el Contrato Tripartito, los Miembros de la JRD visitarán la obra una vez al mes durante los seis primeros meses siguientes al inicio de los trabajos en el Sitio. Posteriormente, las visitas serán cada dos (2) meses, salvo que las Partes y la JRD acuerden que serán cada tres (3) meses. La última visita periódica será programada inmediatamente antes de la recepción total de la obra, como máximo cinco (5) días antes de otorgada la recepción. Cuando la JRD visite la obra con ocasión de una controversia, deberá procurarse también llevar a cabo la visita periódica, buscando la eficiencia en el uso del tiempo y los recursos. Cuando haya controversias sometidas a la JRD y aún no decididas, las visitas periódicas serán mensuales hasta que las partes lleguen a un acuerdo o hasta que la JRD emita la respectiva Decisión, lo que ocurra primero.”

Las visitas se realizan en el lugar o lugares de ejecución de la obra, mientras que las reuniones pueden celebrarse en cualquier lugar pactado por las partes y la JRD. En caso de desacuerdo sobre el lugar de la reunión, ésta

se llevará a cabo en el lugar fijado por la JRD. Durante las reuniones o las visitas a la obra, la JRD debe analizar con las partes la ejecución del contrato de obra, así como identificar los puntos de cualquier probable o posible desacuerdo, con el ánimo de prevenir la controversia. Después de cada reunión o visita a la obra, la JRD elabora un informe, el cual debe ser notificado a las partes dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la reunión o visita a la obra, según corresponda. Es así que, cualquiera de las partes puede solicitar una o más reuniones o visitas a la obra, adicionales a las programadas.

En este extremo, sería aconsejable que se fije en el contrato tripartito o en el reglamento de los centros un plazo mínimo para convocar dichos actos, el cual, como regla general, no debería ser menor a veintiún (21) días calendario, salvo que ambas partes y los miembros de la JRD acuerden realizar la reunión o visita con una anticipación menor. La entidad pública, el contratista y el supervisor no deben buscar de manera independiente a la JRD o a alguno de sus miembros para formularle consultas, pedir opinión o consejo sobre alguna materia.

Del mismo modo, los miembros de la JRD no deben dar sugerencias u opiniones sólo a una de las partes o al supervisor.

Adicionalmente, el centro prepara las actas de cada visita periódica, poniéndolas en conocimiento de las partes y de la

JRD dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de efectuada la visita, para sus comentarios y/o aprobación. Las actas son firmadas como máximo en la siguiente visita a la obra. Dichas actas no reemplazan el informe que debe elaborar la JRD.

5.4. Dinámica de las visitas de obra

- a. Apertura de la reunión por el presidente de la JRD o por el miembro único, según sea el caso.
- b. Presentación por parte del contratista del trabajo realizado desde la última reunión, el estado actual de la obra y su avance con relación al cronograma contractual, posibles dificultades que anticipa y las soluciones que propone.
- c. Exposición del supervisor sobre su punto de vista con relación a los aspectos comentados por el contratista y cualquier otra situación.
- d. Comentarios de la entidad pública respecto a lo señalado por el contratista y el supervisor, pudiendo presentar además las posibles dificultades que anticipa y las soluciones que propone.
- e. Explicación por parte del contratista y/o de la entidad pública de las áreas de la obra que propone que sean inspeccionadas y comentarios del supervisor, la entidad pública y los miembros de la JRD.
- f. Inspección a la obra, con especial énfasis en las áreas con mayor actividad o relevancia.
- g. **C o n c l u s i o n e s .**
- h. Fijación o confirmación de la fecha de la próxima visita.

5.5. Procedimiento en caso haya una controversia²³

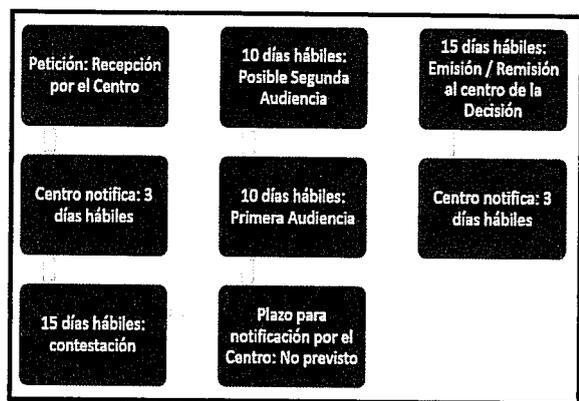
En caso haya una controversia, el plazo total del procedimiento contado desde la recepción de la petición por el centro hasta

²³ 7.12 - 7.19 Directiva.

²⁴ 7.12-7.18 Directiva.

²⁵ 7.18 Directiva.

la notificación de la decisión a las partes toma aproximadamente cincuenta y seis (56) días hábiles, si no se solicita o se hace de oficio una aclaración o corrección de la decisión. Del mismo modo, si hay una aclaración o corrección de oficio, tomaría aproximadamente cinco (5) días hábiles más y si se hace a petición de parte tomaría aproximadamente dieciocho (18) días hábiles más. El procedimiento general, sin aclaraciones ni correcciones, sería como se indica en el siguiente cuadro:



5.5.1. Inicio y postulación de la controversia

Para someter una controversia a la JRD, la parte interesada debe presentar al centro una petición escrita que incluya:

- Una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la controversia.
- Una lista de peticiones que serán sometidas a decisión de la JRD.
- Una presentación de la posición de la parte.
- Cualquier sustento que fundamente la

posición, tales como documentos, planos, cronogramas o programas de actividades, correspondencia, etc.

e. La respuesta que dio la parte contraria, de ser el caso.

La fecha de recepción de la petición escrita por parte del centro será considerada como la fecha de inicio de la controversia a la JRD. Asimismo, las partes pueden presentar una petición conjunta y llegar a un acuerdo sobre la controversia en cualquier momento. Aunado a ello, las partes deben cumplir con los plazos y procedimientos dispuestos en la LCE y el RLCE con relación a las ampliaciones de plazo, variaciones a los trabajos, adicionales, deductivos, modificaciones al contrato de obra, aclaraciones al expediente técnico y cualquier otro tipo de incertidumbre, duda o controversia que surja, sin perjuicio de decidir someter alguna controversia sobre dichos aspectos a la JRD

Dado que, las partes sólo pueden someter controversias a la JRD hasta antes de la recepción de la obra, sería favorable que se establezca en los reglamentos de los centros que será una condición para la recepción total de la obra que:

- El contratista remita a la entidad pública una declaración jurada indicando que ha presentado a la JRD todas las controversias relativas al desarrollo de la obra hasta ese momento y que renuncia a plantear controversias adicionales.
- Las partes y la JRD tengan una reunión previa a la recepción de la obra en la que revisen las controversias pendientes de resolución.
- La JRD haya recibido las respectivas

sumisiones formales de controversia, sus contestaciones y realizado las audiencias que sean necesaria; quedando para una fecha posterior a la recepción sólo la decisión de la JRD con relación a las controversias planteadas

De tal modo, se garantizaría que la JRD decidirá sobre las controversias relativas a la ejecución de la obra y el límite de tiempo fijado por la recepción de la obra no jugará en contra de las funciones de la JRD. Una vez presentada la petición, el centro la notifica a la otra parte en el plazo máximo de tres (03) días hábiles de recibida.

La parte que contesta debe hacerlo dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de notificada por el centro. La contestación debe incluir una presentación clara y concisa de la posición respecto de la controversia, así como cualquier sustento que fundamente su posición, tales como documentos, planos, cronogramas o programas de actividades y correspondencia que resulte pertinente, de ser el caso. En este punto, sería conveniente agregar una regulación por la cual la entidad pública pueda requerir mayor sustento o documentación al contratista.

En cualquier momento, la JRD puede solicitar a cualquiera de las partes que presenten otros escritos o documentos adicionales que contribuyan a la emisión de la decisión.

5.5.2. Audiencia

Luego de la contestación, la JRD determina si es necesario llevar a cabo una audiencia para que cada parte exponga su posición y sustento, en atención a la complejidad de la materia controvertida u otros aspectos. Si una de las partes solicita que haya una audiencia, la misma debe llevarse a cabo. La audiencia se lleva a cabo en el menor plazo posible. No obstante, entre la recepción de la contestación y la fecha para la audiencia debe mediar un plazo no mayor a diez (10) días hábiles. La audiencia podrá llevarse a cabo en una o más sesiones, las cuales deberán realizarse en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles contados desde la fecha en que se efectuó la sesión anterior.

Si bien la Directiva ha procurado fijar un plazo corto para la realización de la audiencia, sería más eficiente que la audiencia se lleve a cabo en la siguiente visita periódica, salvo que se requiera contar con la decisión con urgencia. Cuando la audiencia deba realizarse en una fecha distinta a la de una visita periódica, la fecha y lugar será definido de común acuerdo entre las partes y la JRD. En caso que no se logre alcanzar dicho acuerdo, la audiencia tendrá lugar en la fecha y lugar que indique la JRD.

Además, la audiencia se celebrará en presencia de todos los miembros de la JRD y un representante del Centro, salvo que la JRD decida, conforme a las circunstancias

y previa consulta a las partes, que es posible llevar a cabo una audiencia en ausencia de uno de los miembros. Como se aprecia, la JRD tiene la dirección de las audiencias y se asegura que cada parte tenga la oportunidad para exponer su caso. Las partes comparecerán personalmente o a través de sus representantes designados para tal fin. Salvo que, la JRD decida lo contrario, la audiencia se desarrolla de la manera siguiente:

- a. Presentación del caso por la parte solicitante.
- b. Presentación de la parte que responde.
- c. Indicación de la JRD a las partes de las cuestiones que requieren mayores aclaraciones para su dilucidación.
- d. Aclaración por las partes de las cuestiones identificadas por la JRD.
- e. Contestación de cada parte a las aclaraciones presentadas por la otra parte.

La JRD puede solicitar a las partes que presenten sus argumentos y el sustento documentario respectivo por escrito antes o después de la audiencia. Asimismo, las partes pueden presentar dichos escritos por iniciativa propia.

6. Decisiones de la JRD

Salvo el caso en que la JRD esté conformada por un solo miembro, la decisión es adoptada con el voto favorable de dos (2) miembros. A falta de mayoría, el voto del presidente de la JRD será dirimente. Por su parte, los adjudicadores tienen la obligación de votar en todas las

decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda. El miembro de la JRD que no esté de acuerdo con la decisión debe exponer las razones que motivan su desacuerdo en un informe escrito por separado que no forma parte de la decisión, pero que se comunica a las partes conjuntamente con esta última. El hecho de que un miembro de la JRD no motive su desacuerdo no constituye un obstáculo para la emisión de la decisión ni para su eficacia. De otro lado, la JRD delibera en privado en cualquier lugar que considere apropiado. Las deliberaciones son confidenciales y no deben constar en la decisión que se emita. Siendo necesario, que la JRD formule su decisión por escrito, debiendo indicar la fecha de su emisión, así como exponer los fundamentos y conclusiones que las motivan. La decisión debe incluir:

- a. Un resumen de la controversia, de las posiciones respectivas de las partes y de los pedidos que se solicitan.
- b. Un resumen de las disposiciones pertinentes del contrato de obra y de la legislación aplicable.
- c. Una cronología de los hechos relevantes.
- d. Un resumen del procedimiento seguido por la JRD.
- e. Una lista de los escritos y de los documentos entregados por las partes durante el procedimiento.
- f. La decisión en sí misma y su motivación

La JRD redacta la decisión de tal manera que sea ejecutable en la práctica por las partes y conforme a las normas de contrataciones del Estado y el contrato de obra;

²⁶ Art. 210° RLCE y 7.16 Directiva.

previando cualquier posible complicación o duda que pueda generar su aplicación. Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la LCE y el RLCE, así como las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de prelación en la aplicación del derecho. Dicha disposición es de orden público. La JRD notifica su decisión al centro dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de realizada la última o única sesión de la audiencia respectiva. El centro debe notificar dicha decisión a las partes en un plazo máximo de tres (3) días hábiles contados desde la recepción de la misma. Las decisiones emitidas y notificadas a las partes fuera de los plazos establecidos en el párrafo anterior son ineficaces, salvo que ambas partes decidan, antes de la recepción de la notificación de la decisión respectiva y mediante acuerdo expreso, concederle a la JRD un plazo adicional para emitir su decisión. El plazo adicional para que la JRD emita su decisión debe otorgarse dentro de los quince (15) días con que cuenta la JRD y siempre antes de la recepción de la obra.²⁶

Las controversias materia de las decisiones que son ineficaces pueden ser sometidas a arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles de vencido el plazo para su notificación. Dada la importancia de emitir y notificar a tiempo las decisiones, el RLCE o la Directiva han podido contemplar algún

tipo de sanción para los miembros de la JRD y/o el Centro, según sea el caso.

6.1. Implicancias económicas de la decisión

La decisión de la JRD versa sobre el derecho que le asiste a las partes con relación a la o a las controversias formuladas, dejando a las partes la determinación de las implicancias económicas de acuerdo a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

En caso de existir discrepancias respecto a las implicancias económicas de la decisión, cualquiera de las partes puede presentar una controversia a la JRD. En tal caso se emplea el procedimiento aplicable a cualquier petición de presentación de controversia a la JRD. Sin embargo, cuando se trate de decisiones que se vayan a emitir luego de la recepción total de la obra, la decisión de la JRD debe versar tanto sobre el derecho que le asiste a las partes con relación a la o las controversias como sobre las implicancias económicas de la decisión. En tal sentido, en dichos casos las partes deben aportar el sustento que sea necesario para que la JRD pueda decidir sobre ambos aspectos de las controversias en cuestión.

²⁷Art 212 RLCE.

²⁸Art. 212° RLCE.

²⁹Art 211° RLCE.

6.2. Corrección o aclaración de decisiones

La JRD puede corregir de oficio cualquier error tipográfico o informático, de cálculo, de transcripción o de naturaleza similar que contenga la decisión, en un plazo de cinco (5) días hábiles desde su notificación a las partes. Siendo así, cualquiera de las partes puede solicitar a la JRD la corrección de los errores descritos en el párrafo anterior o bien la aclaración de una decisión, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la Decisión. En ese sentido, cuando la JRD reciba una de las solicitudes de corrección o aclaración antes señaladas, concederá a la otra parte un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción de dicha solicitud, para que formule sus comentarios. Toda corrección o aclaración de la JRD debe emitirse en el plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de expiración del plazo otorgado a la otra parte para la recepción de sus comentarios, y notificarse por el Centro en el plazo máximo de tres (3) días hábiles.

6.3. Decisiones y su obligatoriedad

La decisión que emita la JRD es vinculante y de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes desde su notificación, vencido el plazo para su corrección o aclaración, y/o una vez corregida o

aclarada la decisión, de ser pertinente.²⁷

Ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir el cumplimiento de las decisiones que emita la JRD. De ese modo, las partes están obligadas a cumplir la decisión sin demora, aun cuando cualquiera de ellas haya manifestado su desacuerdo con la misma y/o desee someter la controversia a arbitraje. Ahora, cuando la decisión de la JRD implique el surgimiento de obligaciones de pago a cargo de la entidad pública, estas se sujetan a los plazos y procedimientos establecidos en el contrato y/o normativa pertinente, según corresponda. 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. En este punto, debería haberse precisado que la resolución será previo requerimiento. Según lo expuesto, hubiera sido positivo que el RLCE y la Directiva consideren aquellos casos en los cuales existan hechos o pruebas nuevas cuando todavía no se ha iniciado el arbitraje respectivo. En tales casos, se podría haber previsto que cualquiera de las partes puede someter una decisión emitida por la JRD a reconsideración de la propia JRD, siempre que los hechos o pruebas nuevas lo ameriten.

7. Desacuerdo e Inicio del arbitraje

Si ninguna de las partes comunica por escrito a la otra y a la JRD su desacuerdo

³⁰Art. 213° RLCE y 7.20 Directiva.

total o parcial con la decisión en el plazo de siete (7) días calendario²⁸ de notificada, o si, habiéndolo comunicado, no se inicia el respectivo arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra, la misma adquiere el carácter de definitiva. Si al momento de la recepción total de la obra aún quedara pendiente que la JRD emita y notifique su decisión, el plazo de treinta (30) días hábiles para cuestionarla mediante arbitraje se computa desde el día siguiente de notificada la misma a las partes.²⁹ En caso que la controversia sea sometida a arbitraje, el árbitro único o el tribunal arbitral tendrán facultades para revisar, cuestionar y decidir sobre la controversia, sin estar vinculado o restringido por la decisión emitida por la JRD.

7.1. Sometimiento a arbitraje ³⁰

El agotamiento del procedimiento ante la JRD, cuando este mecanismo haya sido pactado, es un presupuesto de arbitrabilidad, para los temas sometidos a su competencia. En el arbitraje correspondiente la JRD no es parte del proceso. Todas las materias comprendidas en las decisiones de la JRD pueden ser sometidas a arbitraje siempre que la parte que se encuentre en desacuerdo haya manifestado oportunamente su disconformidad, debiendo interponerse el arbitraje respectivo dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la recepción de la obra o desde notificada la última decisión, lo que ocurra último. En estos casos deberá plantearse un

único arbitraje, con independencia del número de decisiones de la JRD que se sometan a controversia.³¹

La normativa señala que el sometimiento a arbitraje de las decisiones de la JRD nos suspende el trámite de liquidación del 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.³² Sin embargo, en este caso existirá una inconsistencia en la normativa, pues no se puede liquidar la obra hasta que el íntegro de las controversias hayan sido resueltas. Del mismo modo, la normativa no se pronuncia sobre si en caso que la decisión de la JRD sea revertida por un tribunal arbitral, la parte que se vio perjudicada por cumplir la referida decisión puede demandar el reembolso de la parte proporcional de los costos que haya tenido que asumir al cumplir la referida decisión. Si bien esta posibilidad no se encuentra contemplada, sería razonable considerar que ello es posible.

7.2. Cómputo de plazos de caducidad en situaciones de excepción ³³

Esta disposición legislativa confirma una serie de situaciones excepcionales en las cuales las partes quedan habilitadas para el inicio de un arbitraje sin considerar el procedimiento de la JRD:

³¹Art. 213° RLCE.

³²Art. 213° RLCE.

³³Art 214 RLCE y 7.20 Directiva

- a. En caso la JRD no haya podido ser conformada; o
- b. Si no emite y notifica a las partes su decisión en el plazo previsto en las reglas de procedimiento respectivas; o
- c. Si la JRD se disuelve antes de la emisión de una decisión; o
- d. Si se ha producido la recepción total de la obra, salvo con relación a las controversias pendientes de resolución a la fecha de recepción.

En dichas circunstancias, el medio de resolución de controversias disponible para resolver la controversia es el arbitraje. En los casos particulares antes mencionados, los plazos de caducidad previstos en la LCE para someter la controversia a arbitraje se computan desde que:

- a. Venció el plazo para que la JRD emita y notifique a las partes su decisión, o
- b. Se comunique a las partes la disolución de la JRD, o
- c. Se ha producido la recepción total de la obra, según corresponda.

7.3. Decisión de someter a arbitraje por parte de la entidad pública

Se ha discutido ampliamente sobre el hecho que los funcionarios públicos pueden verse tentados de llevar a arbitraje las decisiones de la JRD que no sean favorables a la entidad pública por el temor de incurrir en responsabilidad por no hacerlo, aún cuando ello pueda no ser eficiente analizando el costo-beneficio de hacerlo.

En tal sentido, es positivo que la normativa señale que corresponde al titular de la entidad pública, 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.³⁴

En ese sentido, al reservar dicha decisión al titular de la entidad pública, se busca que haya una mayor garantía de la razonabilidad de iniciar un arbitraje. Si bien las entidades públicas no son las que generalmente inician los arbitrajes, podría ser que las decisiones de la JRD cambien dicha tendencia, por lo cual se espera que el involucramiento del titular de la entidad reduzca dicho riesgo y lo limite a aquellos casos en que se justifique.

8. Confidencialidad³⁵

Toda la información que obtenga un miembro de la JRD en el ámbito de sus actividades es reservada y no puede ser revelada, salvo autorización escrita por ambas partes, o que fuera requerido por un órgano jurisdiccional o por el OSCE.

Por lo cual, la JRD puede tomar medidas para proteger los secretos comerciales y la información confidencial.

³⁴ Art. 213° RLCE.

³⁵ 7.7 Directiva.

³⁶ Art 209 RLCE y 7.21 y 7.22 Directiva

9. Honorarios de la JRD³⁶

Las partes asumen en partes iguales los honorarios y gastos de los miembros de la JRD. Los miembros de la JRD reciben en partes iguales los mismos honorarios por su labor. Mientras que el artículo 209 del RLCE establece que los honorarios de los miembros deben ser acordes con las respectivas tablas de los Centros, el numeral 7.21 de la Directiva establece que “a falta de acuerdo entre las partes y los miembros de la JRD respecto del monto de los honorarios y gastos, éstos serán fijados conforme a lo establecido en el respectivo reglamento del Centro”. Dicha diferencia normativa deja la duda sobre si la JRD y las partes pueden acordar apartarse de las tablas de honorarios que fijan los Centros. En cualquier caso, dicha duda se eliminaría en caso que en las tablas de los Centros se indique que las partes y la JRD pueden acordar apartarse de los honorarios establecidos en la respectiva tabla.

Adicionalmente, la cláusula 5 del Contrato Tripartito Modelo, el cual no es de uso obligatorio, establece que los honorarios y los gastos reembolsables de los miembros de la JRD serán pagados en la forma que determine el reglamento correspondiente del Centro.

Si bien la LCE, el RLCE, la Directiva y el Contrato Tripartito Modelo dejan el tema de los honorarios para que sea regulado

por los Centros, en la cláusula 5 del Contrato Tripartito Modelo se establece dos disposiciones que dejan ver un criterio que se podría adoptar en este respecto.

En primer lugar, en el numeral 5.3 se establece que “no habrá lugar al pago de bonificaciones extraordinarias a los miembros de la JRD”. Entiendo que ello tiene su razón de ser en que se busca que la remuneración de los miembros de la JRD no esté ligada al monto de la controversia, sino a la cantidad del trabajo que la misma requiera. En segundo lugar, el numeral 5.4 establece que “el honorario aquí pactado se mantendrá fijo durante la vigencia del presente contrato; salvo que el mismo se extienda por un período superior a veinticuatro (24) meses, en cuyo caso las partes podrán acordar un ajuste por inflación”. Entendemos que dicha disposición tiene por finalidad que los honorarios no estén sujetos a reajustes, salvo en caso que la obra se extienda por períodos superiores a los veinticuatro (24) meses.

Sin perjuicio de lo anterior, el Contrato Tripartito Modelo no es de uso obligatorio, por lo que las partes y/o los centros pueden adoptar criterios distintos.

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 está facultada a disolverse. Siendo el centro el que fija los

gastos administrativos por los servicios que preste conforme a las tarifas que establezca en sus respectivos reglamentos.

En el RLCE y en la directiva se pudo haber incluido que la obligación de que los miembros de la JRD deben realizar sus mejores esfuerzos para realizar sus labores de manera eficiente y oportuna, minimizando sus gastos y el tiempo requerido para prestar sus servicios. Ello hubiera sido una obligación general para motivar el uso eficiente de recursos. Dado que, no se ha abordado el tema en la normativa, sería positivo que se indique en los reglamentos de los centros.

Como comentario general, si bien el RLCE y la Directiva remiten a los Centros y a las partes la regulación del tema de los honorarios, hubiera sido conveniente que OSCE fije los lineamientos aplicables a los honorarios de los miembros de la JRD y la retribución del centro, de lo contrario podría haber una variedad excesiva en la forma de pactar honorarios y la retribución de los centros. Una alternativa posible para regular los honorarios sería:

a. Un honorario inicial: Pagado en contraprestación por las actividades iniciales de la JRD, incluyendo, sin limitación, el estudio detallado del contrato de obra y demás documentos relevantes.

b. Un honorario mensual: Pagado como contraprestación por:

- i. la obligación de los miembros de estar disponibles para participar en visitas, reuniones y audiencia previo requerimiento;
- ii. la obligación de los miembros de mantenerse

informados sobre el avance de la obra, incluyendo la revisión de los informes periódicos y la correspondencia, y

iii. la obligación de los miembros de tomar la iniciativa para prevenir controversias y resolverlas de manera temprana. Dichos honorarios mensuales cubrirían también todos los costos administrativos, fotocopias, oficina privada (excepto llamadas de larga distancia, courier, gastos de viaje, viáticos y hotel) de los miembros.

c. Honorarios por hora: Aplicables por cada visita regular, reunión, audiencia y la decisión de controversias. Dichos honorarios por hora podrían considerar un tope máximo por día de, por ejemplo, diez (10) horas de trabajo.

d. Gastos razonables y documentados: En que incurran los miembros de la JRD en el marco de su labor, en cualquier sitio, ya sea relativos a desplazamientos locales, viajes por vía terrestre, aérea u otra, alojamiento, alimentación, llamadas de teléfono local o de larga distancia, gastos de fax y de mensajería, fotocopias, correos, gastos de visado, etc. serán reembolsados tomando como base su costo real.

10. Conclusiones

Para terminar el presente trabajo, debemos señalar algunas consideraciones a modo de conclusión.

-Es innegable que el reconocimiento de las JRD como un posible mecanismo de resolución de conflictos en obras públicas con un valor superior a veinte millones de Soles (S/ 20 000 000.00) es sumamente positivo.

-Consideramos adecuado que se haya establecido que las JRD emitan decisiones vinculantes, pero no finales, es decir que pueden ser sometidas a arbitraje, dejando de lado la posibilidad de que las JRDs emitan recomendaciones que no sean acatadas por las partes. Y que deban ser administradas por un centro, ello brindará mayor certeza sobre su adecuado desarrollo y mayor fiscalización de los adjudicadores en un mercado donde las capacidades de los adjudicadores recién se empezarán a formar.

-A pesar que consideramos que sería conveniente fomentar el uso de las JRDs ad-hoc, siguiendo el modelo de adjudicación anglosajón, ello se puede dejar para una etapa posterior cuando el mercado y las capacidades de los adjudicadores se encuentren más maduras.

- Si bien hay entidades públicas que están considerando empezar a usar JRDs, consideramos que hubiera sido positivo que se establezca que su uso sería obligatorio en contratos que superen determinado monto. De tal modo, se hubiera permitido garantizar su uso.

- Consideramos que esta disposición legislativa ha limitado el alcance de las controversias que puede decidir una JRD. Principalmente, las controversias relativas a adicionales y las relativas a la liquidación del contrato. Dichos dos tipos de controversias son comunes en proyectos de construcción y hubiera sido favorable que las JRD pudieran decidir sobre ellas.

-Dada la regulación normativa actual, las principales controversias que podrá decidir la JRD serán aquellas relativas a: 1) aclaración del expediente técnico, 2) ampliaciones de plazo, 3) temas de calidad. Sin perjuicio de lo anterior, la JRD, al ser permanente, también podrá apoyar a las entidades públicas y a los contratistas para prevenir que se generen controversias con relación a otros temas, inclusive aquellos sobre los que la JRD no se puede pronunciar, como los adicionales de obra y la liquidación del contrato.

- Otra gran ventaja de las JRD es que se establece que sólo habrá un arbitraje que agrupará todas las decisiones de la JRD con las que las partes no estén de acuerdo. Ello permitirá evitar laudos incongruentes o contradictorios y reducirá la carga procesal relativa a los proyectos de construcción de obras públicas.

-Como se ha mencionado a lo largo del artículo, la regulación presenta algunos aspectos que deberían ser aclarados para facilitar el correcto funcionamiento de las JRD. Ello podría hacerse mediante opiniones de OSCE, reglamentos de los Centros o reformas normativas puntuales. En cualquier caso, la regulación es un avance en aras de lograr una eficiente y eficaz resolución de las controversias relativas a obras públicas en el Perú.