



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Los Dispute Adjudication Boards (DAB) en el ordenamiento
jurídico peruano: alcances de su incorporación en
contratos civiles o mercantiles**

Tesis para optar el Título de
Abogado

María Pía Calopiña Arbulú

Asesor(es):

**Mgtr. Carlos Andrés Cáceres Guerra
Dra. Susana María Mosquera Monelos**

Lima, noviembre de 2023

Aprobación

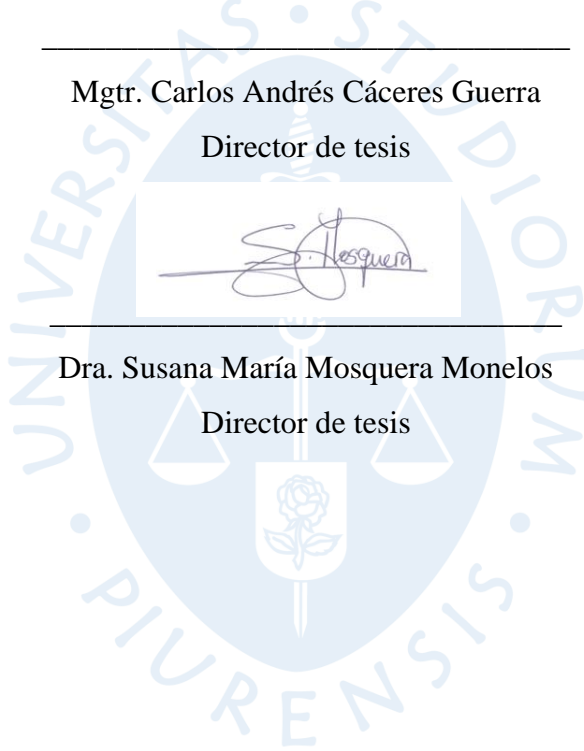
La tesis titulada “Los Dispute Adjudication Boards (DAB) en el ordenamiento jurídico peruano: alcances de su incorporación en contratos civiles o mercantiles”, presentada por la bachiller María Pía Calopiña Arbulú en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de tesis Mgtr. Carlos Andrés Cáceres Guerra y Dra. Susana María Mosquera Monelos.



Mgtr. Carlos Andrés Cáceres Guerra
Director de tesis



Dra. Susana María Mosquera Monelos
Director de tesis



Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, María Pía Calopiña Arbulú, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 74159602.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:
“Los Dispute Adjudication Boards (DAB) en el ordenamiento jurídico peruano: alcances de su incorporación en contratos civiles o mercantiles”
El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis¹ para optar el Título profesional² de Abogado.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
 - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
 - Mgtr. Carlos Andrés Cáceres Guerra, identificado con DNI N° 45538800
 - Dra. Susana María Mosquera Monelos, identificado con DNI N° 000460454
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 15/09/2023.



.....
*Firma del autor optante*³

¹ Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

² Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

³ Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

A mis padres, abuelas, tíos y amigos por haber sido mi sostén en este difícil camino.



Agradecimientos

Para mis papás, Mónica y Milton que me han sostenido en todo sentido en este largo proceso.

Para mis abuelas, especialmente a mi abuela Petronila +, aunque no logró verme titulada, sé que estaría muy contenta.

Para todos los que en algún momento me dieron una palabra de aliento. Se los agradeceré siempre.



Resumen

El presente trabajo de investigación en derecho pertenece a la línea de investigación de Derecho civil. El autor presenta el resultado de la investigación de la aplicación de la figura del *Dispute Board* en el Perú, siendo el objetivo de la figura el de prever y resolver aquellos conflictos que se pueden suscitar tanto por el contratista como con la persona encargada de la construcción de alguna obra específica, generalmente contratos de construcción, y siendo una de las características principales de la figura la confidencialidad en el acuerdo. En el Perú, una figura que nace en base a la influencia del mecanismo antes mencionado es la Junta de resolución de disputas, prevista únicamente para contratos de carácter público. El objetivo de esta tesis es analizar la naturaleza jurídica de ambas figuras, con la finalidad de determinar si en base a estas características, la figura pueda aplicarse a otros campos del Derecho.

En el primer capítulo se explica el origen de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, así como sus ventajas y desventajas. En el segundo se analizan las diferencias tanto de los *Dispute Boards* como de las juntas, así como su aplicación en el Perú. En el tercer y cuarto capítulo se compararán las diferencias entre el *Dispute Boards* con la conciliación y el arbitraje respectivamente, siendo necesario este paralelismo ya que muchas veces se pueden llegar a confundir por las similitudes que pueden llegar a tener. En el último capítulo se analizará la idoneidad de los *Dispute Boards* y las juntas de resolución de disputas en el ordenamiento peruano, así como la necesidad de introducir una cláusula de alguna de las figuras tanto en otras figuras de otras ramas del derecho como en acuerdos de colaboración en las que tengan de por medio una prestación de obra.

Tabla de contenido

Introducción.....	10
Capítulo 1 Introducción a los métodos alternativos de conflictos	12
1.1 Métodos alternativos de resolución de conflictos (MARCS)	12
1.2 Ventajas y desventajas del uso de MARCS.....	14
1.3 Clasificación de los métodos alternativos de conflictos	17
1.3.1 Autotutela.....	17
1.3.2 Autocomposición	19
1.3.3 Heterocomposición	21
Capítulo 2 <i>Dispute Adjudication Boards</i> y su aplicación en el Perú.....	22
2.1 Legislación vigente en el Perú	22
2.1.1 Dispute Board como contrato	22
2.1.2 Dispute Board como panel.....	22
2.1.3 Dispute Board como MARC.....	23
2.2 Origen y modelo estándar	26
2.3 Naturaleza jurídica.....	32
2.4 Casuística internacional	37
2.5 Aplicación en el Perú.....	41
2.6 Antecedentes.....	41
2.7 La junta de resolución de disputas en el ordenamiento peruano	44
2.8 Valor referencial, posibilidad y plazo para acudir a arbitraje.....	45
2.9 Centros a cargo de la JRD.....	47
2.10 Requisitos e impedimentos para conformar una JRD.....	48
2.11 Posibilidad de someter a arbitraje	49
2.12 Dictamen final.....	50
2.13 DAB en el Perú	53
Capítulo 3 Comparación DAB con Ley de Conciliación Extrajudicial.....	56
3.1 Nociones generales	56
3.1.1 Definición y origen	57
3.2 Naturaleza jurídica.....	59
3.3 Aplicación en el Perú.....	60
3.4 Comparación con el DAB.....	66

Capítulo 4 Comparación del DAB con la Ley de arbitraje	68
4.1 Nociones generales	68
4.1.1 Definición y origen	69
4.2 Naturaleza jurídica.....	71
4.3 Aplicación en el Perú.....	74
4.4 Comparación con el DAB.....	76
Capítulo 5 Idoneidad del DAB/JRD en el Ordenamiento Jurídico Peruano.....	79
5.1 Análisis de la aplicación de la JRD en base al Ordenamiento Jurídico Peruano.....	79
5.2 Naturaleza y características del DAB en el Ordenamiento Jurídico Peruano.....	80
5.3 Vinculatoriedad del DAB	82
5.4 La aplicación del DAB en determinados contratos civiles	85
5.5 La aplicación del DAB en determinados contratos mercantiles	87
Conclusiones	89
Lista de abreviaturas	91
Referencias.....	92
Documentos legales	98
Anexos	99
Anexo A. Entrevista realizada para elaboración de tesis.....	100

Lista de tablas

Tabla 1	Cuadro comparativo de ordenamientos jurídicos	38
Tabla 2	Comparación DAB y JRD	55
Tabla 3	Comparación entre DAB/JRD y la conciliación	67
Tabla 4	Comparación entre arbitraje y DAB/JRD	78



Introducción

El Derecho es un sistema que se caracteriza por su dinamismo constante y por la acogida de figuras tanto continentales como anglosajonas. Si bien la adopción de estas últimas en un sistema continental como el nuestro es motivo del rechazo a la aplicación de éstas por el sector más conservador, y, en consecuencia, es objeto de incontables críticas por éstos. Unos ejemplos podrían ser la adopción de la terminación y conclusión anticipada en el Derecho procesal penal, figura tomada del Derecho americano o de la adopción de un Tribunal Constitucional, por parte del derecho inglés.

No obstante lo anterior, por la incipiente globalización, y por razones de celeridad y justicia, muchas veces, se hace necesario buscar otras opciones para solucionar conflictos o litigios que en términos procesales y de procedimiento toma mucho tiempo resolver. Así, tenemos los sistemas alternativos de conflictos como la conciliación, mediación y arbitraje, que, ha resuelto en cierta manera la excesiva carga procesal del Poder Judicial, por lo que su aplicación en distintas ramas alrededor del mundo ha sido uno de los grandes méritos para el Derecho hoy en día. Y eso es lo que se explicará en el primer capítulo.

Es así como los MARCS, como se llaman a estos métodos en la actualidad, han podido suplir en cierta manera el rol del sistema judicial, sin embargo, muchas veces estas figuras no han sido creadas con las características de ciertas figuras del Derecho o de acuerdo con la complejidad de los casos a presentarse. Si bien los MARCS se han creado para solucionar conflictos preexistentes, no existe aún un dispositivo idóneo como los antes mencionados para evitar aquellos conflictos que se podrían suscitar, especialmente cuando hay aspectos no contemplados en el contrato. Es por ello que el objeto de esta tesis contempla si es legítimo que exista un grupo de expertos que acompañe a las partes en cualquier momento de la duración del contrato, para que así puedan llegar a una solución justa para ambas.

Así, en el presente trabajo de investigación, se presentará el estudio del *Dispute Adjudication Board* (DAB), una nueva figura que ha aparecido en los últimos años, específicamente en el Derecho de Construcción. Así tenemos que esta figura ha tenido éxitos en países tanto anglosajones como de tradición continental. Se parte de la premisa de que, al efectuar un análisis comparativo con otros medios de solución de conflictos como el arbitraje y la conciliación, se analiza la posibilidad de que el DAB pueda emerger como otra alternativa a los procesos judiciales.

Como se explicará posteriormente, esta figura que nació en Estados Unidos creada por la *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC), aunque guarda muchas semejanzas con las figuras mencionadas anteriormente, su naturaleza y características son

distintas. A pesar de esto, podría ser una nueva opción que se aplique paulatinamente para la solución de litigios y controversias no solo en las controversias de construcción, sino también en otros ámbitos del Derecho, de acuerdo con los parámetros de la CCI, que está sujeto a la voluntariedad de las partes.

En el tercer apartado, se realizará una comparación entre el DAB y la conciliación extrajudicial, una alternativa que como se mencionó anteriormente es supletoria al proceso judicial común, y que en algunos aspectos puede ser equiparable al DAB.

En el cuarto apartado, tenemos el arbitraje. Este medio, a diferencia de la conciliación, no permite someter disputas que versen sobre derechos fundamentales, siendo en esencia aspectos arbitrales o administrativos. Ambos métodos heterocompositivos han sido comparados en la doctrina anglosajona.

Por último, en el capítulo final, se busca determinar si la aplicación de los DAB, puede en esencia reemplazar o complementar algunas figuras, en determinadas circunstancias, los procedimientos y trámites de los MARCS previstos en nuestro ordenamiento pueden configurar trámites tan engorrosos, extendidos y onerosos para las partes que no representan un beneficio o alternativa frente al proceso judicial, y por qué esta figura, bajo las características de ciertos contratos, puede ser la idónea para resolver conflictos presentes y futuro. Bajo este panorama, se pretende verificar si es conveniente la aplicación de los DAB en ámbitos como contratos mercantiles o civiles, de acuerdo con la duración y complejidad de ciertos contratos, en los que perfectamente se podría aplicar la figura mencionada.

Capítulo 1

Introducción a los métodos alternativos de conflictos

1.1 Métodos alternativos de resolución de conflictos (MARCS)

Todos, a lo largo de nuestra vida, hemos superado distintos conflictos. Independientemente de la relevancia jurídica o no de los mismos, la mejor vía para hallar una solución entre las partes es el diálogo (negociación); sin embargo, no siempre se llega a un acuerdo que satisfaga los intereses de las partes.

El conflicto puede ser entendido como [...] aquel proceso que se inicia cuando una parte percibe que otra la ha afectado de manera negativa o que está a punto de afectar de igual manera, en alguno de sus intereses¹.

Roger Fisher, sostiene [...] que un elemento clave para comprender por qué suceden las cosas, es saber por qué las personas toman decisiones del modo que lo hacen². Por ende, puede que muchas situaciones pueden resolverse más fácilmente que otras. Para ello, depende mucho de la perspectiva adoptada por las partes en base a su educación, creencias o ideologías, así como la disposición que estas tengan para solucionar el conflicto de manera que no lesione los intereses de ninguna de ellas.

Es por ello que, el fomento de una cultura de paz, y tras distintas etapas de evolución aparecen los Métodos alternativos de resolución de conflictos (MARCS). Así, [...] Según se trate de un país u otro, la denominación y las características que definen específicamente a cada modalidad de tratamiento y resolución de conflictos es doctrinaria y, a veces, legalmente diferente. [...] Hemos considerado como MARC al género de los métodos, medios y modalidades de resolución de conflictos, contiendas y disputas³.

Como se indica en el texto precedente, cada país tiene una forma de denotar a los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. De manera general, y en nuestro país, se le denomina MARCS. Sin embargo, se debe considerar que, en otros ordenamientos, se les denomine de otra forma: como Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASCS)⁴.

¹ ROBBINS, Stephen, 1994. Comportamiento Organizacional, Conceptos, Controversias y Aplicaciones. 6ª ed. San Diego: Prentice Hall

² FISHER, Roger, 1996. Más allá de Maquiavelo: Herramientas para afrontar conflictos. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Granica

³ Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2001. Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos. Grupo Especial encargado de dar cumplimiento a las Recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas [en línea]. [consulta: 27 setiembre 2020] Disponible en www.oas.org/consejo/sp/cajp/docs/cp09044s04.doc

⁴ Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. GIRALDO ÁNGEL, JAIME. Mecanismos alternativos para la Solución de Conflictos, 1995. Instituto SER. Colombia [en línea]. [consulta: 17 octubre 2021]. Disponible en: <https://www.redalyc.org>

El art 139 CP en su inciso 1 establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. A su vez, el inciso 3, establece la tutela jurisdiccional. Esta no es más que, [...]el medio por el cual toda persona como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales previamente establecidos para ejercitar un derecho o defensas de sus intereses, con la confianza de que sea atendida a través de procesos que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización⁵.

No obstante, muchas veces las partes ven frustrado su derecho a la tutela judicial efectiva, dado que el Poder Judicial resulta muchas veces ser la vía menos idónea para las partes., esto debido la excesiva carga procesal de los juzgados, los engorrosos trámites que deben realizar las partes y sus representantes legales, las interrupciones que pueden tener los procesos, los largos plazos así como que los distintos casos procedan a revisión de otras instancias (de no ser un resultado satisfactorio para alguna parte), provocan muchas veces que la parte pierda el mismo interés para obrar con el que procedió a demandar⁶.

Y así lo indica la autora Carolina Macho Gómez:

[...] La paulatina formación de esta cultura litigiosa en la ciudadanía, la intensa actividad reguladora de los Estados, junto con el desarrollo social, cultural y económico alcanzado en los últimos tiempos, ha provocado la llamada «jurisdiccionalización» o «hiperjudicialización» de las sociedades occidentales contemporáneas. Fenómeno que en EE. UU. se denominó «*litigation explosion*» o «*hyperlexis*». Esta noción define el gran número de demandas que, hoy en día, se interponen, colapsando el sistema judicial y generando excesivos retrasos en los tribunales. Es evidente que esta multiplicación de causas planteadas ante los órganos jurisdiccionales no ha podido ser manejada, ni gestionada apropiadamente, por el método clásico: el proceso judicial⁷.

Por ello, como una manera de suplir las deficiencias del Sistema Judicial, aparece en Estados Unidos el primer antecedente formal de los MARCS, basado en el movimiento “ADR” (*Alternative Dispute Resolution*) tras el periodo de crisis económica denominado “La Gran Depresión”, en la década de los años 30. Mucha gente se encontraba desempleada debido a la

⁵ Artículo 139 de la CP.

⁶ GUTIERREZ C, Walter, 2015. Informe: La Justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Gaceta Jurídica. Documento Preliminar 2014-2015 [en línea]. Lima [consulta: 19 agosto 2021]. Disponible en: <http://www.gacetajuridica.com.pe/laley-adjuntos/INFORME-LA-JUSTICIA-EN-EL-PERU.pdf>

⁷ MACHO GÓMEZ, Carolina, 2014. Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa. Anuario de Derecho Civil, Fascículo 3 [en línea]. Cantabria: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Tomo LXVII, fasc. III. pp. 931-996 [consulta: 4 octubre 2020] Ref.: ANU-C-2014-30093100996. Disponible en: <https://www.boe.es>

doctrina del *laissez-faire*⁸, que manejaba el presidente Herbert Hoover de ese entonces. Así, la falta de sintonía entre la realidad sociopolítica imperante en los años treinta, y la jurisprudencia eminentemente formalista del Tribunal Supremo no sólo generó una crisis profunda entre la Administración Roosevelt (el presidente que tomó el cargo de Hoover) y el citado Tribunal, sino que dio lugar a la consolidación del Realismo Jurídico Americano⁹.

Esta corriente de pensamiento fue pieza clave para el origen de la mediación, y el posterior avance de los ADR. El Realismo coadyuvó al surgimiento de la mediación laboral, primer ámbito en el que se practicó esta vía de resolución de disputas, tal y como hoy la concebimos¹⁰.

Muchos años después, en la década de los 70, este movimiento se consolidó en Norteamérica:

[...] A partir del reconocimiento de la insatisfacción por el funcionamiento del sistema judicial y de los altos costos que su utilización representa [...]. Este movimiento, identificado por las siglas ADR (*Alternative Disputes Resolution*) – MARCS al español - ha generado no sólo una mayor utilización de los mecanismos alternativos considerados “tradicionales” (negociación, conciliación y arbitraje), sino también la creación de numerosos híbridos que han surgido de la necesidad de procurar mecanismos más eficaces cuando alguno de los otros no podía proporcionar una solución satisfactoria¹¹.

Por ende, podemos concluir que los MARCS no son invenciones artificiales o conceptuales, sino que se originan en diversas necesidades de las sociedades para encontrar vías eficientes en las que las partes concurren para poder solucionar sus conflictos, procurando así una cultura de paz y el descongestionamiento del Poder Judicial, sin desconocer las facultades de tutela jurisdiccional que otorga la Constitución al mismo.

1.2 Ventajas y desventajas del uso de MARCS

Como ya se ha adelantado, los MARCS en la actualidad han servido de soporte al Estado a la hora de resolver los conflictos entre los ciudadanos. Esto, por razón de que si bien existen conflictos cuyos supuestos pueden encontrarse como susceptible de ser resuelto en sede

⁸ Ideología en la que se amparó Hoover, que influyó también en el plano jurídico, y que consistía en interpretar que el Ordenamiento Jurídico se limitaba a garantizar la autorregulación de la economía, así como el libre ejercicio de los derechos individuales de los propietarios. En ese sentido, los derechos laborales perdieron sentido y ocasionó la pérdida de empleo de millones de personas en ese entonces. *Ibid.*, p.936

⁹ *Ibid.*, p.936-939

¹⁰ *Ibid.*, p.939.

¹¹ CAIVANO, Roque, 1998, *Negociación, Conciliación y Arbitraje. Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos*. 1ª ed. Lima: Editor APENAC.

judicial, a la larga puede resultar perjudicial tanto para las partes, al ser una pérdida de dinero y tiempo, sin contar el desgaste mental del mismo, a causa de dificultades como la carga y descarga en el poder judicial, la provisionalidad de los jueces, la falta de productividad de las salas, entre otros supuestos¹².

Ante este problema, podemos destacar la flexibilidad de los MARCS. El mantenimiento de esa flexibilidad depende, sobre todo, de la disposición a solucionar la materia puesta a discusión por las partes. Por otra parte, más adelante se analizará que debido a la naturaleza jurídica de cada MARC, es probable que tenga características propias respecto a los requisitos formales de los mismos, pero es en algunos casos que los MARCS generan muchas menos pérdidas que en un proceso judicial ordinario. Esto debido a factores, como el tiempo transcurrido desde que se originó el conflicto, la naturaleza de las partes, las materias en disputa, si se trata de un medio hetero compositivo o autocompositivo.

De hecho, otra de las ventajas de los MARCS es que si bien existen algunos casos en los que se ha previsto por ley que las partes resuelvan mediante MARC antes de un proceso judicial (por ejemplo, en los casos de conciliación extrajudicial¹³), en la gran mayoría de situaciones son las mismas partes las que deciden cuál será el mecanismo a utilizar: Desde la negociación, que suele ser la vía menos levosa, pero generalmente la más difícil a conseguir o un arbitraje, que si bien supone ser más sencillo que un proceso judicial, sin embargo ocasiona mayores gastos económicos que este¹⁴ y una vez resuelto el laudo arbitral, es en estricto inapelable, salvo casos en específico en los que, dentro del plazo, puede ser susceptible de revisión en sede judicial.

Sin embargo, una desventaja que puede dar lugar a un MARC es que este no asegura que la esencia del conflicto sea resuelta, al estar sujetos esencialmente a la voluntad y disposición de las partes. Un ejemplo sería el caso de una conciliación extrajudicial, si es que alguna de las partes no asiste a las sesiones, no habría acuerdo conciliatorio¹⁵ y por ende las partes resolverán su conflicto vía juicio, por lo que podría lesionarse el interés de una de éstas.

Por otra parte, en el Proceso Judicial, generalmente se trata de hallar la verdad procesal¹⁶ de determinada situación. Esto no se aprecia en los MARCS, pues puede que los intereses de

¹² GUTIERREZ C, Walter, 2015. Op. Cit.

¹³ Art 7 de Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N°26872.

¹⁴ Centro de Arbitraje de Cámara de Comercio de Lima [en línea]. Lima: Cámara de Comercio de Lima, 2021, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2021]. Disponible en: <https://www.arbitrajeccl.com.pe>

¹⁵ Artículo 15 de la Ley N°26872.

¹⁶ ESTRADA PROAÑO, Ramiro, 2017. Verdad histórica y verdad procesal, Felipe Rodríguez Moreno. Quito: Iuris Dictio 18, 101-103: [...] “Un tipo de verdad que se construye mediante principios, leyes, razonamiento, argumentación, interpretación y la práctica de pruebas; es decir, la verdad procesal.”.

las partes se vean modificados, el objetivo de estas vías no es otro que las partes puedan negociar, sea entre ellas o con la asesoría de un tercero, y así llegar a un acuerdo (salvo excepciones como el arbitraje). Esto último puede ser una ventaja, pero a la vez una desventaja, pues en ciertas situaciones es necesario llegar a la verdad.

Además, debido a que generalmente los distintos MARCS no se encuentran tan bien regulados como se debería, a diferencia de lo que se resuelve en vía judicial, esta flexibilidad¹⁷ origina a su vez una falta de predictibilidad entre las partes, pues no tienen noción cuál será la disposición de la otra parte para resolver la controversia, o si ese tercero que asesora a las partes va a resolver acorde al Derecho.

Sin embargo, los MARCS generan más ventajas que desventajas. El hecho de que constantemente aparezcan nuevos MARCS acorde a las necesidades de las personas genera más certeza (por el hecho de que cada MARC tiene su peculiaridad y las partes tienen la seguridad de quién manejará su conflicto será una persona especializada) y a su vez promueve una cultura de paz¹⁸, que es uno de los objetivos de estos sistemas. Si bien muchos de estos mecanismos nacen del Derecho Común (como se puede ver en los ejemplos anteriores), su aplicación en el Derecho Continental ha sido idónea para nuestros sistemas, por ejemplo, en el caso del arbitraje, que en nuestro país tiene amparo constitucional y que constituye una jurisdicción independiente, tal como lo establece el artículo 139.1 CP.

Según Gorjón Gómez y Sánchez Vázquez [...] Los MASC y la paz son considerados como elementos constitutivos y concurrentes de políticas públicas en Estados democráticos¹⁹. (Como mencioné anteriormente, algunos ordenamientos contemplan a los MARCS con otro nombre). Como se ha dado a entender en los párrafos precedentes, los MARCS en sí promueven que las partes alcancen la paz social, y procuran así que sean ellas mismas (en algunos casos mediante la asesoría de un tercero) las que lleguen a un acuerdo que satisfagan sus intereses mediante el diálogo a través de su participación en estos sistemas.

Una de las razones por las que los MARCS son una excelente opción a la hora de resolver alguna controversia existe la posibilidad de que sean las mismas partes las que elijan

¹⁷ NAVA GONZÁLES, Wendolyne; BRECEDA PÉREZ, José Antonio, *Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos: Un Acceso a la Justicia consagrado como Derecho Humano en la Constitución Mexicana* [en línea] Ciudad de México: Cuestiones Constitucionales, 2017. [fecha de consulta: 27 de agosto de 2021]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932017000200203

¹⁸ GAYTAN BRUNET, María del Carmen. *La cultura de paz y los medios alternativos no adversariales de solución de conflictos en la formación del licenciado en Derecho* [en línea] Morelos: Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2016. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2021]. Disponible en: <http://ri.uaemex.mx/handle/20.500.11799/65920>

¹⁹ GORJÓN, Francisco; SÁNCHEZ, Rafael, 2011, *Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz*, 1ª ed. Madrid: Librería Editorial Dykinson.

al tercero que estará a cargo de intermediar en el conflicto (salvo obviamente en los casos de negociación). Ello en aras de llegar a una imparcialidad e intermediación que caracterizan a los MARCS, y así ese tercero ajeno al conflicto garantice un resultado que no resulte perjudicial para ninguna de las partes, sino que vaya acorde a sus intereses y los planteamientos que haga en cualquiera de los MARCS. Asimismo, la facultad de elección del tercero o colegiado que resuelva la controversia permite a las partes seleccionar a los profesionales que reúnan las características técnicas y competencias idóneas para conocer la materia en litis.

Se concluye así, que la finalidad de los MARCS no es otra que llegar a un resultado satisfactorio, acorde a los intereses de las partes, promoviendo así la paz social y evitando el congelamiento de causas en el Poder Judicial.

1.3 Clasificación de los métodos alternativos de conflictos

En la actualidad, existen diversos métodos alternativos de conflictos (muchos de ellos importados del derecho común). Los más conocidos son la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Sin embargo, existen otras figuras menos conocidas que son consideradas MARCS, por ejemplo, el *ombudsperson* (figura sueca cuyo agente es elegido mediante legislatura. Este actúa de mediador en ciertas situaciones, como en casos de abusos de poder o malas administraciones de cierto sector del Estado²⁰) o la *facilitation* (figura anglosajona en la cual un tercero imparcial ayuda a ciertas partes a lograr un objetivo, resolver un conflicto o llegar a un acuerdo. El *facilitator* influye en el proceso y lo orienta, pero no interviene en el fondo de la controversia. Es adecuada cuando en una situación de grupo se necesita reunir información desde diversas perspectivas, planificar un proyecto o resolver un problema²¹), las cuales no han sido estudiadas por el Derecho Continental. Por ello, basándonos en la clasificación de MARCS general de Niceto Zamora y Castillo, estos son: autodefensa, autocomposición y heterocomposición²².

1.3.1 Autotutela

[...] Se denomina también autodefensa y en virtud de ella cualquiera de los sujetos en conflicto están facultados para resolverlos por mano propia. Es una forma primitiva, las más de las veces injusta, de poner término a un conflicto. [...] La autotutela en pugna con los conceptos más elementales de justicia, no obstante, tiene un importante campo

²⁰ Legal Dictionary (The Free Dictionary by Farlex). 15 de octubre de 2020. Disponible en: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com>

²¹ Maine Mediators (Maine Association of Mediators). 17 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.mainemediators.org/About-ADR>

²² ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, 1970, Proceso, Autocomposición y Autodefensa. 2ª edición. México: UNAM.

de aplicación aún en nuestros días en que las normas jurídicas regulan la convivencia humana. La autotutela debe examinarse por separado en tres de sus principales formas de expresión²³.

Autotutela se reduce, como su nombre lo indica, a la facultad que tiene el ser humano de enfrentar al conjunto de situaciones o posibles situaciones en conflicto en los que es la misma persona la que se encuentra a cargo de su resolución. Sin embargo, esta facultad tiene límites, pues no puede lesionar los derechos o intereses legítimos de otros. Un ejemplo citado por muchas fuentes de autotutela es cualquier expresión de legítima defensa²⁴.

Así, Marianella Ledesma ejemplifica:

como el caso de la autodefensa como réplica a un ataque precedente, que acoge el caso de la legítima defensa propia y de parientes. La autodefensa como ejercicio de una potestad, en el caso del derecho de los padres para castigar y corregir moderadamente a sus hijos menores; la autodefensa como ejercicio de la fuerza o de la coacción, como la huelga y el *lock out*. La autodefensa como causal eximente de responsabilidad penal, ante el caso de la legítima defensa propia, de parientes y extraños; el estado de necesidad. La autodefensa que requiere homologación: se hacen necesarios la aprobación y control del órgano jurisdiccional para que sean eficaces. Por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad, el derecho legal de retención, la *exceptio non adimpleti contractus*, etc.; sin embargo, hay la posibilidad de autodefensa que no requiere homologación. La autodefensa reglamentada: son los casos en que la legislación ha diseñado un procedimiento para su realización, como la huelga, el duelo, por citar. La autodefensa no reglamentada: ubicamos al derecho al corte de raíces o la facultad para castigar hijos, etcétera²⁵.

De lo anterior se puede abstraer lo siguiente:

- a) Existe autotutela que necesariamente está sujeta a una verificación mediante control jurisdiccional, como es el caso de la legítima defensa.

²³ Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile [en línea]. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1968, Cuarta Época Volumen VIII N°8 [fecha de consulta: 18 de octubre de 2020]. Disponible en: <http://web.uchile.cl/>

²⁴ DELGADO CASTRO, Jordi, PALOMO VÉLEZ, Diego y DELGADO Germán. Autotutela, solución adecuada del conflicto y reposición: revisión y propuesta. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte [en línea]. Coquimbo: Universidad Católica del Norte. Diciembre 2017, RDUCN vol. 24 n.o.2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200265

²⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, Conflicto, autotutela y control jurisdiccional [en línea] IUS ET VERITAS. Julio 2013, n.º46. [fecha de consulta: 18 de octubre de 2020]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/issue/view/1103>

- b) Existe autotutela reglamentada (para las situaciones de relevancia jurídica) y otra no reglamentada (para situaciones “cotidianas”, situaciones que solo son mencionadas mas no desarrolladas).

Así, en el Derecho Civil, tenemos las siguientes situaciones: la corrección a los hijos (artículo 423, inciso 3 del CC), la defensa posesoria de hecho (artículo 920 del CC); el corte de raíces y ramas (artículo 967 del CC); la pretensión material del acreedor (artículo 1219, inciso 2 del CC)²⁶.

1.3.2 Autocomposición

[...] La autocomposición es la forma de poner término a un conflicto par un acuerdo directo de las partes interesadas o afectadas por él. Presupone la existencia de una discordia y su posterior solución por los sujetos comprometidos. Desde un punto de vista general ésta es la forma normal y lógica de solución de conflicto, y en el hecho ocurre que la mayoría, o al menos muchos de ellos, son resueltos por este medio²⁷.

En la autocomposición según lo apreciado, son las mismas partes las que resuelven la controversia, y es tal vez, el mecanismo que podría generar mayor satisfacción personal entre ellas. A pesar de que esta sea la forma más fácil y la más idónea para llegar a un acuerdo en común, para situaciones relevantes para el Derecho o jurisdiccionalmente revisables es muy poco probable que se tome esta vía ya sea porque existen diversos intereses de por medio (muchas veces económicos), o por diferencias ideológicas muy marcadas.

[...] La autocomposición es un sistema lícito, a diferencia de la autodefensa, y puede operar previamente al proceso judicial, al interior y con posterioridad a éste. En estos dos últimos casos preceden a la acción civil dirigida. Al igual que el sistema de autodefensa, la autocomposición es un sistema parcial de solución de conflictos, porque van a ser las propias partes involucradas en el conflicto las que van a buscar la solución. Lo que diferencia ambos sistemas es el método, pues, en este último, se va a privilegiar los intereses de las partes²⁸.

Si bien es cierto, la autotutela se basará únicamente en el interés de una sola parte, difiere con la autocomposición ya que en esta vía ambos intereses contrapuestos deberán hallar un punto medio que permita satisfacer las necesidades de las partes, y como aparece en el texto precedente, puede encontrarse incluso en ciertas etapas del proceso judicial.

²⁶ *Ibíd.*, p.210.

²⁷ *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile [en línea].Op. Cit.*

²⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Op. Cit.*, p.6

Según Monroy Cabra existen dos tipos de variantes de autocomposición aceptadas por el Ordenamiento Jurídico: renuncia, si es que hay abandono de la pretensión por una de las partes; o transacción, para así evitar o dar término al litigio²⁹.

Alcalá-Zamora y Castillo es aún más específico a la hora de determinar las variantes de autocomposición. Así establece que esta puede ser unilateral o bilateral. Si la actitud altruista que brinda la solución autocompositiva proviene del atacante (es decir, de quién deduce la pretensión), se llama renuncia o desistimiento; si proviene del atacado, allanamiento o reconocimiento. Cuando la solución autocompositiva es bilateral recibe el nombre de transacción³⁰.

Los MARCS autocompositivos que se caracterizan por la intervención de un tercero son la mediación y la conciliación. Estos [...] se distinguen de las demás fórmulas autocompositivas por la aparición en ellas de un tercero y, entre ellas mismas, exclusivamente por la forma en la que dicho tercero es llamado a contribuir a la solución del conflicto. En la primera interviene de manera espontánea, en tanto que en la segunda actúa de una manera provocada o institucionalizada. En cualquier caso, el tercero no impone la solución, sino que ejercita sus buenos oficios para obtener la autocomposición del litigio, es decir, el tercero actúa *Inter partes* y no *supra partes*³¹.

La mediación en sí es aquel MARC en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes, por mutuo acuerdo de ambas. Si bien este tercero se encuentra presente en esta vía la decisión final dependerá únicamente de las partes. Se caracteriza por el grado de informalidad, pues al menos en nuestro ordenamiento no existen pautas respecto a las formalidades a seguir o sobre el fondo del asunto. El objetivo principal del mediador no es otro que incentivar a las partes a lograr un acuerdo mediante el diálogo y el respeto.

Las diferencias entre la conciliación y la mediación son muy puntuales: en la mediación las partes gozan de su autonomía de la voluntad, mientras que en la conciliación se rige en base a ciertos requisitos que establece la ley, por lo que un mecanismo conlleva a más formalidades que el otro. En la mediación son las partes que eligen al mediador, el conciliador en base a la Ley de Conciliación Extrajudicial debe cumplir con ciertos requisitos y haber aprobado el curso

²⁹ MONROY CABRA, Marco Gerardo, 1994. Medios Alternos de Solución de Conflictos. Lima: IUS ET PRAXIS, n.º24, pp. 28-44

³⁰ GARCÍA MAYNES, Eduardo, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Escuela Nacional de Jurisprudencia [en línea]. 1948 [fecha de consulta: 19 de octubre de 2020]. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

³¹ Derecho UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 14 de marzo de 2019. Disponible en <https://derechouned.com/procesal/jurisdicion/8640-concepto-de-autocomposicion#:~:text=En%20la%20primera%20interviene%20de,partes%20y%20no%20supra%20parte.>

que solicita el MINJUS. El conciliador tiene un rol mucho más activo que el mediador, al él proponer a las partes una posible solución al conflicto. En cambio, el mediador se limita a vigilar y promover el diálogo entre las partes que lo requirieron.

1.3.3 Heterocomposición

[...] Es la solución al conflicto a través de la intervención de un tercero imparcial, con poder y autoridad suficiente para imponer su decisión. Dicho tercero puede ser el juez en el proceso judicial o el árbitro en el arbitraje³².

Como bien se indica, en el caso de la heterocomposición no son las partes las que llegan a un acuerdo, sino que un tercero decide por ellas cuál es la mejor opción, procurando también llegar a un punto medio. Los clásicos ejemplos son el proceso judicial y el arbitraje, ambos mecanismos amparados en nuestra Constitución. Dependiendo de la naturaleza, el grado de menoscabo y que cualquiera de estos dos mecanismos haya sido previsto en algún convenio o contrato como procedimiento a seguir (o bien sea porque las partes deciden en última instancia a acudir a alguno de estos) este tercero o terceros (las partes tienen la facultad de elegirlo en el caso del arbitraje, caso contrario la entidad intervendrá) analizando ciertos fundamentos de hecho y de derecho emitirá la solución más equitativa y acorde al Derecho.

³² MONTES DE OCA VIDA, Alipio, 2018. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos [en línea]. Lima: Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la UNIFE [consulta: 20 de octubre de 2020]. Disponible en: <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/512>

Capítulo 2

Dispute Adjudication Boards y su aplicación en el Perú

2.1 Legislación vigente en el Perú

Los MARCS como se explicó en el texto precedente vienen a ser mecanismos que intentan superar la problemática de la excesiva carga procesal del Poder Judicial y resolver con mayor eficacia y rapidez los conflictos que se suscitan. Y es así como aparecen más MARCS, siendo uno de ellos el DAB, o el modelo similar como se encuentra previsto en nuestra legislación, la Junta de Resolución de Disputas. Para poder entender esta figura y su complejidad se deben comprender las 3 acepciones de esta:

2.1.1 *Dispute Board* como contrato

El *Dispute Board* tiene su origen en un contrato estandarizado, es decir, en aquel contrato que se caracteriza por la ausencia de negociación entre las partes, generalmente a causas esencialmente económicas, como reducir excesivamente los costos de transacción para simplificar sus procesos operativos³³, en este caso generalmente se aplica a los contratos de construcción. El contrato mencionado generalmente contempla una cláusula en el que se especifica la aplicación del DB en caso de conflictos, de acuerdo con lo establecido tanto por FIDIC como la ICC.

2.1.2 *Dispute Board* como panel

Una vez constituido este contrato, el *Dispute Board* como tal, como lo indica su nombre en inglés, conformará:

[...] órganos establecidos para solucionar disputas contractuales tan pronto ellas se producen. Ellos usualmente se constituyen tan pronto se firma el contrato, y están formados generalmente por uno o tres miembros familiarizados con las partes, el contrato y su ejecución³⁴.

Así una vez constituido el contrato, los DABS vienen a ser aquel órgano encargado de velar por el cumplimiento del Contrato y de apoyar a las partes, en donde en cierta forma actuarán como terceros intervinientes y peritos (al tener experiencia en obras de construcción) sea en una controversia o cualquier duda que tengan las partes, siempre en aras de la inmediatez e imparcialidad. [...] Un DAB es un panel de revisores experimentados, respetados, imparciales e independientes. La junta normalmente se organiza antes de que comience la construcción y

³³ ESCOBAR ROZAS, Freddy, 2011. Medios Alternos de Solución de Conflictos. Lima: ADVOCATUS, n.º24, pp. 143-144

³⁴ FIGUEROA VALDES., Juan. Eduardo. 2010. Los *dispute boards* o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción. Thomson Reuters, Gaceta Jurídica N°364, Santiago de Chile, pp. 10

se reúna en el lugar de trabajo periódicamente. A los miembros del DAB se les proporciona los documentos contractuales, planos y especificaciones y se familiarizan con los procedimientos del proyecto y los participantes y se les mantiene al tanto del progreso y la evolución de la obra. El panel se reúne con los representantes del empleador y del Contratista durante las visitas periódicas a la obra y fomenta la solución de controversias a nivel de la obra. Cuando cualquier controversia que surja del contrato o de la obra no pueda ser resuelta por las partes, se remite al DAB para que tome una decisión³⁵.

2.1.3 *Dispute Board como MARC*

Los DABS vienen a ser, de acuerdo con lo analizado hasta ahora, aquel MARC que busca prevenir un conflicto o resolver uno ya existente, a través de un órgano que tiene su origen en la voluntad de las partes que se encarga de preveer y resolver aquellos conflictos que se pueden suscitar tanto por el contratista como con la persona encargada de la construcción de alguna obra específica.

Dispute Board en sí es un término genérico que incluye:

- a) *Dispute Review Board* (DRB) (Figura que nació en Estados Unidos, y cuya aplicación es mucho más frecuente en ese país), que provee decisiones no vinculantes.
- b) *Dispute Adjudication Board* (DAB) (Figura que proviene del DRB y que contiene una decisión vinculante entre las partes y que es utilizada por la gran mayoría de países menos Estados Unidos).

³⁵ Traducción del autor. Cita original en inglés. "A DAB is a panel of experienced, respected, impartial and independent reviewers. The board is normally organised before construction begins and meets at the job site periodically. The DAB members are provided with the contract documents, plans and specifications and become familiar with the project procedures and the participants and are kept abreast of job progress and developments. The DAB meets with the Employer's and Contractor's representatives during regular site visits and encourages the resolution of disputes at job level. When any dispute flowing from the contract or the work can not be resolved by the parties it is referred to the DAB for Decision. Generally speaking under FIDIC Contracts DAB Decisions are final and binding, unless a notice of dissatisfaction is served by either party within the 28 day period set out in Sub-Clause 20.4. It is also important to note that, with the exception of the matters referred to in Sub-Clause 20.8, the issue of a decision of the DAB on any dispute is a condition precedent to the commencement of any arbitration proceedings under or in connection with the contract".
Fidic Dispute Adjudication Boards. DABS UNDER FIDIC CONDITION OF CONTRACTS. Disponible en: <http://fidicdab.com/index.php/what-is-dab/>

c) *Combined Dispute Board* (CDB) (Híbrido de los dos ejemplos precedentes creado por el ICC en 2004³⁶, que dependiendo de la discrecionalidad que las partes le otorguen, podrá emitir recomendaciones o decisiones vinculantes³⁷).

Entonces:

[...] *Dispute Board* abarca así a un proceso de adjudicación de disputas “en el lugar de trabajo”, típicamente compuesto por tres personas independientes e imparciales seleccionadas por las partes contratantes. La diferencia significativa entre los DB y la mayoría de las otras técnicas del movimiento ADR (y posiblemente la razón por la que los DB han tenido éxito en los últimos años) radica en que el DB se nombra al comienzo del proyecto antes de que surja cualquier conflicto, y, al realizar visitas frecuentes al lugar, participa activamente en todo el proyecto³⁸ (y posiblemente en cualquier periodo acordado a partir de entonces).

Como breve introducción, se debe tener en cuenta que los modelos estandarizados más utilizados son los contratos FIDIC (sector construcción) y los contratos ICC (abarca tanto el sector construcción como el comercial en general).

Así, por ejemplo, en términos generales, en los contratos de la FIDIC (la organización internacional que crea este modelo de contratos estandarizados) las decisiones del DAB son definitivas y vinculantes, a menos que cualquiera de las partes notifique su insatisfacción en el plazo de 28 días establecido en la subcláusula 20.4³⁹. Las reglas de la CCI, en cambio, es de treinta días una vez recibida la decisión o una vez recibido los pagos de gastos administrativos

³⁶ Traducción del autor. Cita original en inglés. “The term ‘*dispute board*’ is a generic term that includes (a) the dispute review board, which is a device that originated from the USA (and continues to be used most often there) an which provides non-binding recommendations; (b) the dispute adjudication board, which emerged from the earlier USA model, an which provides a decision that has interim-binding force and which is used most everywhere else in the world except in the USA; and (c) the combined *dispute board* (CDB), which is a hybrid of dispute review boards and dispute adjudication boards and was created by the ICC in 2004”. CHERN, Cyril. Chern on *Dispute Boards*. Practice and Procedure. 3rd.ed. London: Informa Law from Routledge, 2015. 737 pp.

³⁷ Traducción del autor. Cita original en inglés. “Combined/Hybrid *Dispute Boards* which, depending on the discretion given, may issue recommendations or binding decisions.” Aceris Law LLC. 31 de diciembre de 2018. Disponible en <https://www.acerislaw.com/fidic-contracts-overview-of-the-fidic-suite/>

³⁸ “A *Dispute Board* or DRB (*Dispute Review Board*) can best be described as a ‘job-site’ dispute adjudication device, typically comprising three independent and impartial persons selected by the contracting parties. The significant difference between DRB’s and most other ADR techniques (and possibly the reason why DRB’s have had such success) is that the DRB is appointed at the commencement of a project and, by undertaking regular visits to site, is actively involved throughout construction”. CHAPMAN, Peter. *Dispute Boards* on major infrastructure projects. London: Institute of Civil Engineers, 2009. 12 pp.

³⁹ 20.4 “[...] Si alguna de las Partes está inconforme con la decisión de la Comisión para la Resolución de Controversias, dicha Parte podrá, dentro del plazo de 28 días después de recibir la decisión, notificar a la otra Parte acerca de su inconformidad y su intención de entablar un proceso de arbitraje”. Parte 3 “Condiciones Contractuales y Formularios de Contrato”. Disponible en: https://fidic.org/sites/default/files/cons_mdb_spanish_iadb_jun06_contract_guide.pdf

(lo que ocurra primero), para en caso estar en desacuerdo presentarlo a la Cámara de Comercio⁴⁰.

También es importante señalar que, con excepción de los asuntos mencionados en la subcláusula 20.8⁴¹, la emisión de una decisión del DAB sobre cualquier controversia es una condición previa al inicio de cualquier procedimiento arbitral en virtud del contrato o en relación con él⁴². En cambio, como se mencionó anteriormente, en las reglas del ICC se da la opción de acudir a la Cámara de Comercio, en caso la decisión del DAB, o como es denominado “Centro”, no prospere-.

El DAB y su deliberación vinculante para las partes, en sí actúa como un panel que resuelve controversias que se suscitan entre dos partes (el contratista y el comitente) en un Contrato de Construcción. Este contrato (que es un modelo de contrato internacional), se basa en un conjunto de reglas reconocidas internacionalmente. La primera asociación que recargó estos contratos se denomina y mencionada anteriormente es la FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*), organización que recopila sus modelos estandarizados y reglas a través de un conjunto de libros, siendo uno de los últimos y el que tiene mayor acogida el libro rojo, aplicado para la ejecución de obras civiles de construcción con diseño elaborado por el propietario o comitente⁴³.

⁴⁰ 20.2 “[...] Cuando las Partes acuerdan someter las Decisiones a la CCI para su examen, el plazo para emitir una Decisión se prolonga por el tiempo requerido por el Centro para realizar el examen. El Centro debe finalizar su examen en el plazo de 30 días siguientes a la recepción de la Decisión o al pago de los gastos administrativos previstos en el artículo 3 del Apéndice, teniendo en cuenta la fecha de lo último ocurrido. No obstante, si un plazo adicional es necesario para este examen, el Centro notificará por escrito al DB y a las Partes, antes de que expiren los 30 días, precisando la nueva fecha en la que el Centro habrá finalizado su examen. “Determinaciones del *Dispute Board*”. Disponible en: <https://arbitratlaw.com>

⁴¹ 20.8 “[...] Si surge una controversia entre las Partes en relación con, o a raíz de, el Contrato o la ejecución de las Obras, y no existiere una Comisión para la Resolución de Controversias, ya sea por el vencimiento del nombramiento de la misma o por otra razón: (a) las Subcláusulas 20.4 [Obtención de una Decisión de la Comisión para la Resolución de Controversias] y 20.5 [Transacción Amigable] no se aplicarán, y (b) la controversia podrá ser sometida directamente a arbitraje con arreglo a la Subcláusula 20.6 [Arbitraje]. Parte 3 “Condiciones Contractuales y Formularios de Contrato”. Disponible en: https://fidic.org/sites/default/files/cons_mdb_spanish_iadb_jun06_contract_guide.pdf

⁴² “A *Dispute Board* (DB) or Dispute Review Board (DRB) or Dispute Adjudication Board (DAB) is a ‘job-site’ dispute adjudication process, typically comprising three independent and impartial persons selected by the contracting parties. The significant difference between Dispute Review Boards and most other Alternate Dispute Review (ADR) techniques (and possibly the reason why or Dispute Review Boards have had such success in recent years) is that the Dispute Review Board is appointed at the commencement of a project before any disputes arise and, by undertaking regular visits to the site, is actively involved throughout the project (and possibly any agreed period thereafter). [...]”

Fidic Dispute Adjudication Boards. DABS UNDER FIDIC CONDITION OF CONTRACTS. Disponible en: <http://fidicdab.com/index.php/what-is-dab/>

⁴³ PAREDES, Gustavo. El Sistema de Gestión Conflictual Convencional Libro Rojo FIDIC – Edición 1999- y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos de proyectos de Construcción. *IUS ET VERITAS* [en línea]. Julio 2018, n.º56. [Fecha de consulta: 03 de noviembre de 2020]. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas>

Sin embargo, no se puede limitar su uso únicamente en la rama de la Construcción. Se tiene así el caso de la ICC, que ha creado su propio reglamento, con algunas diferencias a las del Reglamento FIDIC, por ejemplo, en el que se abre la posibilidad a que los DB se puedan desarrollar en base a otras áreas, como la propiedad intelectual. Así, en el reglamento se indica que (...) un «*dispute board*» es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato. Habitualmente utilizados en los proyectos de construcción, también se emplean en otros campos como la investigación y el desarrollo, la propiedad intelectual y los acuerdos de reparto de la producción y de accionistas⁴⁴. Por ende, se puede abstraer que los DABS generalmente se aplican a los contratos de construcción, ya que fueron creados por una organización de ingenieros y especialistas en dichos temas. Lo característico de los *Dispute Boards*, como se mencionó anteriormente, es que ha previsto un conjunto de reglas, de manera preventiva, para solucionar la mayor parte de supuestas controversias que se podrían presentar en lo pactado en el contrato. Sin embargo, no se debe limitar su aplicación únicamente al sector antes mencionado, sino que organizaciones ICC o el Banco Mundial ha dispuesto reglas también para otras áreas.

2.2 Origen y modelo estándar

Tal como se citó en el texto precedente, el DAB fue creado por la FIDIC, una organización de origen belga creada en 1913. [...] El primer modelo estándar del Contrato de Construcción se encuentra en el Libro Rojo, en la Primera Edición de 1957. La primera versión se basó en un contrato doméstico que a su vez fue desarrollado en base a un modelo de contrato de la ICE (*Institution of Civil Engineers*). Esto a su vez explica el escepticismo con el que los abogados de Ordenamientos basados en Derecho Civil recibieron a los DB, al basarse en un sistema de Derecho Común⁴⁵. Podríamos decir entonces que esta variante relativamente nueva de los MARCS tenía al principio un carácter más técnico que el de ahora, pues quien se encargaba generalmente a cargo de un DAB eran los ingenieros.

⁴⁴ Cámara de Comercio Internacional. Prefacio Op. Cit., p. 2

⁴⁵ Aceris Law LLC. Op. Cit. “The first standard form of FIDIC construction contract, known as the Red Book, first edition, was published in 1957. The first version of the FIDIC Red Book Contract was based on a domestic contract which was itself developed based on the ICE Conditions of Contract published by the Institution of Civil Engineers.[2] This explains the many common law features of the FIDIC Suite of Contracts, at times greeted with scepticism by civil lawyers”

No fue hasta el año 1960 que se tiene la primera aplicación de los contratos basados en un DB. Esto sucedió en Estados Unidos en el caso *Boundary Dam*⁴⁶. Sin embargo, estos aún se consideran como DRB, ya que las decisiones que tomaban los ingenieros no eran vinculantes (una de las razones por las que los abogados de ese entonces miraban con recelo la figura del DAB). En 1972, el Comité Nacional en Tecnología de Túneles (*National Committee on Tunneling Technology*) realizó un estudio en Estados Unidos para mejorar los contratos estándares, que conllevó a una publicación de 1974 titulada *Better Contracting for Underground Construction*, en el que se remarcó las consecuencias tanto en reclamos, controversias y litigación. Así se estableció un *Dispute Review Board* en 1975 para el túnel Eisenhower, cuyos beneficios fueron recibidos con gran entusiasmo por las partes contratantes. [...] Mientras tanto FIDIC publicaba varios modelos de contratos para su uso internacional, que se basaron en los modelos de contratos estándar ya establecidos por ICE en Inglaterra. Esto a su vez generó cierta suspicacia, pues quién resolvía era el ingeniero o “Gerente de Obra” (que actuaba en cierta forma como un agente del propietario), por lo que se dudaba de su independencia e imparcialidad, que a su vez que acarrearía mayores costos en posteriores arbitrajes o juicios, por lo que hacía falta un modelo mejorado, al ser generalmente megaproyectos con partes de distinta nacionalidad. Así en 1980, El Cajón Dam, un megaproyecto hidroeléctrico financiado por el *World Bank* de Honduras con contratista italiano, un ingeniero suizo y la Honduras *Electricity Company* (de la nacionalidad mencionada) se consideró el primer éxito en esta nueva etapa.

El World Bank publicó en *Procurement of Works* un contrato modificado basado en el estándar de FIDIC con facultades para que los DRB publiquen sus decisiones no vinculantes. [...] En 1995, FIDIC siguió su ejemplo en 1995/6 con una nueva versión del contrato y una enmienda opcional a su forma estándar de construcción de contratos. En estos dos modelos se introdujo por primera vez el DAB, remarcando la distinción entre el DAB y el DRB. Además, la FIDIC eliminó al ingeniero como la persona encargada de emitir un dictamen en el DAB. En 1999, gracias al libro rojo, la FIDIC revisó los diversos modelos de contratos y en esta edición el DAB se presentó como el principal medio de resolución de controversias en el marco de los mecanismos contractuales [...] ⁴⁷. (Cabe resaltar que FIDIC establece los diferentes tipos de *Dispute Boards* en base a libros de distintos colores, el libro rojo ha sido escogido únicamente para los DABs).

⁴⁶ White & Case. 2016. Disponible en <https://www.whitecase.com/publications/article/dispute-adjudication-boards-are-they-future-dispute-resolution>

⁴⁷ CHERN, Op. Cit. p. 11-12

En el 2000, el World Bank produjo una nueva edición de *Procurement of Works*. Esta fue una publicación relevante ya que se alejó del modelo de resolución de disputas de Estados Unidos, y se adaptó al de FIDIC [...]. El World Bank y FIDIC comenzaron un proceso de armonización tanto para los DB como los DAB. Otros bancos [...] participaron en esta armonización, y en 2005, este conjunto de condiciones contractuales publicado por la FIDIC fue adaptado por todos los principales bancos de desarrollo que utilizan los DAB, el modelo de DAB fue actualizado en 2011 [...] Actualmente, se sabe que los DAB funcionan en numerosos países como Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Suecia, Dinamarca, Bulgaria, Rumania, República Checa, Islandia, Grecia, Italia, Suiza, Turquía, Sudáfrica, Uganda, Etiopía, Egipto, Hong Kong, China, Vietnam, Camboya, Bosnia- Herzegovina, Serbia, Croacia, Ucrania, Georgia, Rusia, India, Pakistán, Bangladesh, Maldivas, Santa Lucía, Nueva Zelanda y Australia [...] Son ideales para megaproyectos, como aquellos de Asociaciones público-privadas (*Public Private Partnership*) aquellos que se consideran “internacionales” (partes contratantes de diferentes domicilios) y proyectos multi contractuales como los ferrocarriles de transporte masivo y de alta velocidad, grandes centrales eléctricas y similares. Un desarrollo reciente es el establecimiento de DABs para los principales proyectos de concesión que duren varios decenios (por ejemplo, la línea de alta velocidad de Londres (*Channel Tunnel Rail Link*), hospitales, escuelas y centrales eléctricas privadas⁴⁸.

En base a lo descrito hasta ahora, se podría decir que los DAB son aquellos órganos que emiten decisiones vinculantes entre las partes, en caso se suscite alguna controversia que afecte el objeto del contrato (por ello se entiende que este órgano debe estar previsto en este). Esta decisión está sujeta a ciertos procedimientos (diligencias que incluyen visitas de obra, entre otros) y plazos para responder, que se encuentran en el material de la FIDIC (en este caso, el famoso “Libro Rojo”). Su gran acogida por numerosos países, el respaldo que le da el Banco Mundial y los bancos más importantes en general dirigidos a megaproyectos de construcción nos da una idea porque debería ser mejor amparado legalmente en nuestro Ordenamiento.

Como se mencionó anteriormente, y las reglas que serán objeto de análisis de manera posterior en el trabajo posterior, también existen las reglas de la ICC, que fueron creadas el 01 de setiembre de 2004 y desde esa fecha ha sido ampliamente utilizado en todo el mundo; cabe resaltar que dicho reglamento es uno de los más importante en materia de DB toda vez que la CCI “(...) por su naturaleza, (...) es una institución que debe permanecer sensible a las

⁴⁸ CHERN, Op. Cit. p. 12-13

necesidades cambiantes en el mundo en materia de los negocios⁴⁹”. Este reglamento ha sido modificado en 2015.

La composición de estos paneles u órganos de decisión es distinta según la magnitud del contrato. Así [...] los DAB de tres miembros son habituales, pero esta composición no es obligatoria. Para el caso de los proyectos pequeños, que no puedan justificar gastos de una junta de 3, puede preverse la participación de un solo miembro [...]. Si se diera el caso de proyectos multidisciplinarios o proyectos de multi contratos sí podría darse el caso de la aplicación de 3 o más miembros⁵⁰. Cada parte selecciona a un miembro del DAB y estos dos seleccionan al tercer miembro, que, con la aprobación de las partes, actúa entonces como presidente (*chairsperson*). El presidente es nombrado por las partes directamente o por los dos primeros miembros sin que las partes tengan injerencia. Por último, existe un método de selección en el que las partes acuerden la identidad del presidente, que, una vez nombrado, trabaja con las partes la selección de los otros miembros. El éxito del DAB depende de la confianza de las partes en la experiencia de los miembros, en particular del presidente, que debe dirigir las reuniones y audiencias regulares de manera justa y firme⁵¹. En la ICC tienen reglas similares, se admite tanto uno o tres miembros, si es que las partes, por ejemplo, no eligen el tercer miembro, lo elegirá el Centro, y será este el presidente, salvo las partes decidan que otro sea este⁵².

En proyectos de construcción la mayoría de las cuestiones que se señalan a atención a un DAB tienen contenido técnico. En tales casos, un miembro con poca o nula comprensión de tales asuntos puede no apreciar el alcance de la controversia y, por lo tanto, no puede contribuir a los procedimientos. Además, los miembros deben conocer de administración de contratos y confiando en su capacidad para comprender e interpretar las disposiciones contractuales. Es habitual que los DABs publiquen sus dictámenes bien motivados. Sin embargo, en ciertas situaciones los DABs no pueden ser interpretados a la luz del contrato y los DABS tienen que

⁴⁹ CANORIO, Briana Luz; CAMPOS, S; ESPINOSA, O; SEGOVIA, J. Beneficios de la Junta de Resolución de Disputas en los contratos de obras públicas. PROGRAMA DE MAESTRÍA DE DERECHO DE LA EMPRESA UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS [en línea]. Marzo 2021 [Fecha de consulta: 09 de setiembre de 2021]. Disponible en <http://repositorioacademico.upc.edu.pe>

⁵⁰ CHERN, Op. Cit. p. 14

⁵¹ *Ibíd.*, p. 15

⁵² 7.5 “[...]El tercer Miembro del DB será propuesto a las Partes por los dos Miembros del DB en un plazo de 30 días contados a partir del nombramiento del segundo Miembro del DB. Si las Partes no nombran al tercer Miembro del DB propuesto dentro de los siguientes 15 días contados a partir de la recepción de la propuesta, o si los dos Miembros del DB no proponen al tercer Miembro del DB, el tercer Miembro del DB será nombrado por el Centro a petición de cualquiera de las Partes. El tercer Miembro del DB ejercerá las funciones de presidente del DB, salvo que todos los Miembros del DB acuerden, con el consentimiento de las Partes, que sea otro el presidente”. “Constitución de un *Dispute Board*”. Disponible en: <https://arbitratlaw.com>

tomar decisiones que no contravengan los principios contractuales, pero que sean lo suficientemente sólidos como para dar una clara y sensata orientación que sea aceptable para las partes. Los DAB deben brindar a las partes mecanismos para resolver el conflicto a la mayor brevedad. Esto permitirá que el proyecto siga adelante, sin obstáculos de tipo contractual⁵³.

En tal sentido, una característica de este tipo de MARCS es que pueden apartarse del contrato en ciertas ocasiones, pero nunca contraviniendo el sentido de las normas contractuales. Es necesario entonces que el miembro del DAB que realicen esto tome la mejor solución a cierta controversia, de acuerdo con los lineamientos técnicos, el contrato y el Derecho Administrativo (en el caso peruano) y evitando siempre emitir decisiones que perjudiquen la realización del proyecto materia de discusión.

En el caso de la ICC por ejemplo, deben determinar el o los idiomas del procedimiento ante el DB, teniendo en consideración todas las circunstancias pertinentes, inclusive el idioma del Contrato; requerir a las partes que aporten cualquier documento que el DB juzgue necesario para emitir una Determinación; convocar reuniones, visitas al sitio y audiencias; decidir sobre las cuestiones relativas al procedimiento que surjan durante las reuniones, visitas al sitio o audiencias; interrogar a las partes, a sus representantes y a cualquier testigo que el DB pudiera convocar, todo ello en el orden que el DB estime; emitir una Determinación incluso cuando una de las partes no haya acatado una solicitud del DB; tomar las medidas necesarias para el ejercicio de sus funciones como DB y tomar medidas para proteger el secreto profesional y las informaciones confidenciales⁵⁴. Esta última medida se diferencia un poco más del reglamento de FIDIC, ya que como se mencionó el Reglamento de la ICC se centra en contratos de carácter más comercial, encajando perfectamente los contratos de propiedad intelectual.

Las cualidades esenciales de los miembros de los DAB incluyen la apertura de mente y el respeto por las opiniones y experiencia de otros miembros. Para los DAB sobre los proyectos los miembros deben encontrarse presentes durante las visitas de sitio y durante las audiencias y deliberaciones. [...]. La imparcialidad y objetividad son cualidades vitales y no deben ser comprometidas, o siquiera parecerlo, por un miembro que tenga una afiliación profesional o personal con una organización involucrada en el proyecto. Las condiciones de nombramiento a veces prohíben a las personas que previamente han trabajado para cualquiera de las partes del contrato o que son de la misma nacionalidad de las partes contratantes⁵⁵. A diferencia de un árbitro o un juez que se aleja de la referencia de un laudo o los miembros de un DAB

⁵³ CHERN, Op Cit. p. 16

⁵⁴ Art 15 del Reglamento de *Dispute Boards* de la ICC,

⁵⁵ Chern Op, Cit., p. 16

permanecen con el proyecto hasta su finalización que puede ser muchos años después. [...]Por último, es importante que los DABS recuerden que no están contratados como consultores y que nunca deben intentar rediseñar el proyecto o asesora al contratista, sobre, como en su opinión, debería ser construido⁵⁶.

Se entiende entonces que los miembros de los DAB comparten las virtudes que muchos MARCS tienen, como son la imparcialidad, independencia y objetividad. Por lo que debe ser una persona totalmente desvinculada con las partes, incluso si compartiesen la misma nacionalidad que alguna de las partes. Esto a su vez denota una particularidad, hasta ahora no observada en ningún MARC, pues generalmente no es una característica de la imparcialidad que alguna parte o sujeto encargado de un MARC (pues en la mayoría de los casos son de la misma nacionalidad) no puedan tener la misma nacionalidad. La razón de ser de este presupuesto es porque muchos proyectos del DAB, además de ser públicos, se dan en base a un contrato binacional o entre varios países. Por ende, los miembros de la FIDIC, se cree crearon esta disposición, ante el caso que el miembro del DAB emita un pronunciamiento a favor de la parte con la misma nacionalidad, esto ocasionaría que no se logre a su vez un resultado justo y que la otra parte se encuentre en una situación de indefensión.

El DAB debe establecerse al comienzo de la construcción del proyecto, y debe existir durante el periodo del contrato. Esta es la característica que más diferencia a los DB de otras formas de adjudicación y arbitraje. [...]. Las citas tempranas y visitas regulares a los miembros del lugar permiten a los miembros del DAB familiarizarse con el proyecto y realmente observar los problemas en el sitio en caso se desarrollen. [...] Al haber sido testigos de las condiciones técnicas y físicas que prevalecían en ese momento, mediante visitas regulares (tres o más veces al año) al lugar durante el periodo que se da la construcción, se evitan las dificultades de las determinaciones ex post facto y la tarea de reconstruir eventos históricos se reduce. La experiencia indica que las operaciones de rutina al proyecto de un DAB se convierten en un foco para los partes y consultores profesionales.

Los reclamos y posibles reclamos sujetos a revisión regular (aunque general), no se pueden falsear, ni agravarse, ni mucho menos volver a aparecer como una disputa mayor tiempo después⁵⁷. Se desprende entonces la necesidad de que en este tipo de juntas es necesario que se designen sus miembros desde el inicio, pues es necesario que las personas que participan emitiendo dictámenes del DAB conozcan sobre el proyecto de obra puesto en marcha de manera más específica, y en base a la cronología de la misma, de acuerdo a las visitas necesarias, puedan

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 17

⁵⁷ *CHERN, Op. Cit.* p. 17

generar una decisión mejor fundada, en caso hubiese una controversia o conflicto entre las partes, o, de ser el caso, algún problema técnico o físico en la obra.

Podría ser ventajoso para la junta preparar un informe a la conclusión de cada visita regular. Esta debería indicar lo que ocurrió y hacer sugerencias sobre ciertos asuntos de interés sobre cómo las cuestiones de preocupación podrían avanzar hacia un acuerdo. [...] Aparte de las visitas regulares al sitio, los miembros del DAB deben ser informados de los progresos de la construcción de la forma regular, normalmente mediante el envío de copias o extractos, los informes de progresos rutinarios. [...]. La familiaridad total con el proyecto es esencial cuando se visita el lugar de trabajo y cada miembro del DAB debe pasar por un considerable tiempo de preparación. Pero la obligación de un miembro no es solo leer informes, los miembros deben estar disponibles con poca antelación para leer las presentaciones de las controversias, convocar audiencias y preparar decisiones. Esta disponibilidad es primordial y garantiza el anticipo que normalmente se paga⁵⁸.

Por ende, se podría concluir que, para poder ser miembro de este tipo de juntas, es necesario gozar con plena disponibilidad y compromiso para poder formar parte de ellas. Esto debido a que, es necesario realizar visitas de campo y realizar ahí deberes tanto de comprobación como de análisis, pues, debe tomar decisiones respecto a las controversias o posibles controversias que se podrían suscitar. Además, debe apoyarse en los informes técnicos, ya que, en base a esa disponibilidad, se debe tener en cuenta antes de realizar una audiencia o el mismo dictamen final vinculante entre las partes. De acuerdo con ello, se le otorga un anticipo a cada miembro por la labor realizada.

Así, se entendería la relevancia del DAB como un mecanismo que poco a poco se ha ido consolidando, sobre todo en proyectos de construcción. Las reglas del DAB impuestas por la FIDIC se caracterizan sobre todo por su carácter específico, sobre todo en las aptitudes que debe tener alguien que es miembro de este tipo de juntas. Las de ICC, si bien son muy parecidas, difieren en los aspectos de naturaleza al ser más comerciales. Por otra parte, es necesario que los miembros tengan la disponibilidad requerida de acuerdo con la magnitud del proyecto, pues ello es garantía del éxito de la figura. Es necesario, que estas realicen las visitas técnicas y audiencias requeridas, antes de emitir una decisión final.

2.3 Naturaleza jurídica

El DAB es un MARC considerado moderno y peculiar, que ha desarrollado sus reglas en base a su objeto, que, en este caso, vienen a ser los proyectos de construcción. Sin embargo,

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 18

para establecer su carácter jurídico es necesario primero analizar su naturaleza, en cuanto a su origen, sujetos, objeto y materia, ya que al tener un carácter específico marca una gran diferencia con los otros MARCS, además a causa de su novedad y falta de traducción en los documentos que contienen sus reglas (por lo general, todos son en inglés), existen muy pocos libros sobre estos mecanismos (sin embargo, cada vez hay más artículos, *papers* y conferencias).

Gustavo Paredes define a los DABS como [...] “Un método continuo, regular y eficiente para solucionar reclamos durante la ejecución del proyecto. Es continuo porque generalmente sigue el proyecto desde su inicio hasta el fin. Es regular porque requiere visitar el lugar de la obra periódicamente, siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, escuchando reclamos, preparando u absolviendo consultas durante el curso del proyecto; y finalmente es eficiente por su atractiva relación costo- tiempo y beneficio⁵⁹”. Tenemos así tres caracteres que definen su objeto: de ser continuo, regular y eficiente. Continuo porque, a diferencia de otros MARCS, se anticipa a los conflictos que se puedan presentar, por lo que podría considerarse un mecanismo *ex-ante*, de manera preventiva. Regular, como consecuencia del primer carácter, los miembros de la junta deben verificar la situación del proyecto y desacuerdos que pueden tener las partes. Eficiente, porque el plazo en el que resuelve la junta las distintas controversias es el idóneo, además de ejercer a su vez el cumplimiento obligatorio del dictamen entre las partes.

Por otra parte, las demás características que definen en concreto a este mecanismo, es que es un mecanismo de mutuo acuerdo (dado que deriva de un contrato), usa la equidad o la justicia en su motivación en lugar de referirse a un sistema jurídico en específico y. por otra parte, la independencia de sus miembros⁶⁰. No obstante, el primer aspecto que hay que analizar es si es considerado un MARC, o como su símil en inglés un ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Como se definió anteriormente, y de acuerdo con su origen, podemos dar cuenta que los MARCS sí son considerados un ADR, al ser la vía donde ciertas partes, previo contrato (generalmente de construcción) buscan solucionar las posibles desavenencias o conflictos que se podrían presentar o presentan en el proyecto. Al ser un tercero el que participa activamente en la junta, podríamos decir que es un mecanismo hetero compositivo, ya que es un tercero el que resuelve activamente y cuya decisión viene plasmada en un dictamen final, que finalmente

⁵⁹ PAREDES, Gustavo. *Dispute Boards y Arbitraje en Construcción ¿Compiten o se complementan?* Revista Arbitraje PUCP. Año III, N°3. 2013. P. 84-85

⁶⁰ MORTEZA, Adel; ANISI, Elham, Op. Cit. p. 3

si una de las partes no está de acuerdo puede llevar a un arbitraje. Lo que caracteriza esta figura es que los miembros del DAB no deciden en base a sus conocimientos, sino al contenido del contrato, y debe contener una motivación de acuerdo con esto, por lo que no es que estos deban basarse únicamente en sus conocimientos⁶¹. Por ello se entiende el cambio que se hizo de que los miembros del DAB debían ser abogados, al ser ellos generalmente los que se encargan del estudio y análisis de los contratos. Cabe resaltar que es que, al depender del contenido del contrato, son las partes las que determinen las reglas (en este caso el común denominador son las reglas FIDIC), por lo que están sujetos a la voluntariedad de los intervinientes.

Respecto a la naturaleza contractual de los DABS, no podemos decir que se reduzca únicamente en base a lo descrito en el contrato, ya que las decisiones de los miembros del DAB no es que sean vinculantes inmediatamente, debido a que la reunión de la junta versa sobre aquellos planes o procedimientos defectuosos del proyecto.

[...] Evidentemente, no constituye un laudo arbitral, pero sí tiene un aspecto contractual (al basarse el miembro del DAB en la decisión que tome de este). Segundo, la decisión de la junta es como una de la figura del *delocalized arbitration*⁶². Los *Dispute Boards* no son jurisdicción, y, por lo tanto, sus decisiones arbitrales no tienen fuerza ejecutiva (como los laudos arbitrales)⁶³. Tercero, no se debe comparar a un laudo arbitral con la decisión que emite un DAB ya que esta tiene una naturaleza independiente que requiere adoptar nuevas reglas para su respaldo jurídico⁶⁴. Cuarto, ambas figuras se basan en la equidad y no en un ordenamiento en específico⁶⁵.

Sin embargo, cabe señalar que, aunque similares, no son las mismas figuras. Se podría decir incluso, que son “mejores” que el arbitraje, por el hecho de que operan de manera mucho más eficiente, y es una vía mucho más barata y menos contenciosa. En base a la pregunta ¿cómo

⁶¹ MORTEZA, Adel; ANISI, Elham, *Ibíd.*, p. 10

⁶² Arbitration Law. Junio de 1999. Disponible en <https://www.arbitrationlaw.com/delocalization-international-commercial-arbitration-its-relevance-new-millennium-vol-10-no-2/> Traducción: [...] “Los arbitrajes transnacionales (*delocalized arbitration*) supone la existencia de un arbitraje internacional de las limitaciones de la *lex loci arbitri* (ley procesal del lugar de arbitraje), dejándolo así “flotar” con autonomía de la jurisdicción nacional, independientemente del lugar donde se celebró el arbitraje. Aunque fue rechazada inicialmente por los tradicionalistas, e incluso calificada por algunos como una “herejía peligrosa”, con el tiempo el concepto ha recibido un apoyo considerable de los comentaristas. Sin embargo, en los últimos años se ha observado en varias jurisdicciones un apoyo más firme a esta figura, en particular en el contexto de la ejecución de laudos anulados localmente”. Por ende, se entiende que son las mismas partes las que establecen las propias reglas de este procedimiento.

⁶³ HURTADO FALVY, Juan Manuel. De la Conciliación Decisoria a la Junta de Resolución de Disputas: Apuntes en Relación a la Junta de Resolución de Disputas Como Nuevo Método de Resolución de Conflictos para un Contrato de Obra Formalizado Bajo el Ámbito de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Derecho y Sociedad* [en línea]. Junio 2015, N° 44, pp. 203-210, pp. 207. [Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2020] Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1222>

⁶⁴ MORTEZA, Adel; ANISI, Elham, *Op. Cit.* p. 12

⁶⁵ MORTEZA, Adel; ANISI, Elham, *Ibíd.*, p. 23

distinguir el DAB del arbitraje? Dependerá de las partes, sin embargo, que las partes otorguen consentimiento al tercero miembro de la junta no significa que le hayan dado alguna misión jurisdiccional.

[...] Los miembros del DAB son independientes de las partes. La misión del arbitraje es judicial y la de los miembros del DAB es mucho más técnica. Este razonamiento da a entender que, a pesar de la naturaleza de la decisión, esta es vinculante a las partes y son generalmente firmes si ninguna de las partes presenta una nota de insatisfacción en el periodo que se presenta en la subcláusula 20.4 de los contratos FIDIC⁶⁶.

Del texto precedente (que está basado en el Derecho Común), hay que tener en cuenta que se engloba al arbitraje como una figura “judicial”. Debido a que, como se analizará con posterioridad, no es una figura judicial, al menos para nuestro ordenamiento, sería mejor calificar a esta vía como algo extrajudicial, o, si es que la parte lo requiriese (ya que, en la gran mayoría de los casos, las partes no desean ir al Poder Judicial a resolver sus conflictos) como una vía de reemplazo a cualquier proceso judicial. Por ende, la similitud que aprecia el autor, y es lo que se observa en la práctica, consiste en que los miembros del DAB pueden ser personas de cualquier parte del mundo, al no tener jurisdicción específica (aquí el parecido con la figura del *delocalized arbitration*). Si las partes desean participar únicamente deben tener cumplir con el compromiso de cumplir con las visitas, posteriores audiencias y el análisis en base a las pruebas para la toma de la decisión final.

Los DAB no tienen fuerza ejecutiva, de acuerdo con lo expresado por la doctrina mencionada anteriormente, sin embargo, debemos recordar que el DAB, de acuerdo con la primera acepción, es un contrato. Por tanto, está sujeto a la esfera de la voluntad, y así, de acuerdo con el autor Momberg:

[...] El principio de la fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda* es uno de los pilares básicos del derecho de contratos, reconocido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos y consagrado positivamente tanto en las codificaciones decimonónicas como en las contemporáneas. Dicho principio, lo mismo que los principios de libertad contractual y del efecto relativo de los contratos, se considera el corolario necesario del dogma de la autonomía de la voluntad. En términos generales, la fuerza obligatoria del contrato implica que las partes deben respetar las obligaciones que válidamente han contraído, teniendo esta fuerza vinculante para ellas y por tanto exigibilidad para su cumplimiento. En su concepción tradicional supone también la

⁶⁶ MORTEZA, Adel; ANISI, Elham, *Ibíd*, p. 16

intangibilidad del contrato, de manera que ni las partes (con la obvia excepción del mutuo consentimiento) ni el juez pueden variar los términos de un contrato válidamente celebrado, independientemente de cuánto hayan cambiado las condiciones presentes a la celebración de este. La protección de la libertad individual y la seguridad jurídica son consideradas bajo este prisma como valores absolutos a ser amparados por el derecho⁶⁷.

Por ello es una razón de respeto a las partes y a la seguridad jurídica que debe ser cumplido. Por otra parte, el mismo Código Civil Peruano incide que [...] “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos⁶⁸.”

Respecto a la naturaleza de las decisiones, por ejemplo, en el caso de FIDIC, en caso no se presente una nota de insatisfacción en el plazo de 28 días, estas son vinculantes (entre las partes), y firmes (salvo el caso en que las partes decidan resolver esto mediante arbitraje). La razón de ser de tan pronta decisión se debe a la especial naturaleza de los contratos de construcción, y por ello la necesidad de encontrar una solución inmediata a los conflictos que se puedan presentar [...] De acuerdo con el artículo 20, los miembros del DAB tienen la potestad de tomar decisiones que serán vinculantes entre las partes, incluso si cualquiera de ellas ha presentado una nota de insatisfacción en determinado periodo o no. Pero en el caso en el que ninguna de las partes ha presentado esta, el dictamen se torna firme y no puede ser revisado después a través de otras vías de resolución. [...] En la FIDIC, debido al carácter vinculante de sus decisiones y el efecto inmediato de la decisión de un DAB, se ofrece una solución para evitar la merma de derechos, que es la nota de insatisfacción, esto a su vez impide que la decisión sea firme y sea sometida a arbitraje. Así que se podría considerar a este último como una especie de apelación, que no tiene ningún efecto en la actuación del DAB (sin dudar del especial valor que les daría el árbitro a estos casos). En los Reglamentos de la FIDIC si la objeción se ha hecho en el plazo establecido, se convierte en firme. De lo contrario, si determinada materia no se ha presentado ni objetado en el plazo establecido, el árbitro declararía improcedente el arbitraje por falta de competencia⁶⁹.

Por ende, habría que tener en cuenta que es de suma importancia presentar la nota de insatisfacción en el plazo de 28 días en caso alguna parte tenga algo que objetar, ya que, de lo contrario al ser una decisión firme, el árbitro no tendría competencia para intervenir. En esto

⁶⁷ MOMBERG, Rodrigo. El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de Derecho* [en línea]. Julio 2013, nº01. [Fecha de consulta: 09 de setiembre de 2022] Disponible en: <https://www.scielo.cl>

⁶⁸ Artículo 1361 del Código Civil Peruano

⁶⁹ MORTEZA, Adel; ANISI, Elham, *Ibíd*, p. 16-17

difiere a su vez con la naturaleza del arbitraje, pues los laudos arbitrales son inapelables⁷⁰. En el caso del DAB, el arbitraje actúa como si fuese segunda instancia, en caso alguna parte que no esté de acuerdo con el dictamen de la junta presentase una nota de insatisfacción.

Se concluye así que la naturaleza de la figura no difiere mucho a la mayoría de los MARCS que se conocen (cómo se verá, a mayores rasgos, más adelante). Sin embargo, el DAB tiene su propia particularidad, al tener esa vinculatoriedad entre las partes, basada en lo previsto en el contrato, y en su firmeza en los dictámenes debido a la naturaleza de este, buscando siempre preservarlo. Esta firmeza, de acuerdo con los DABs más conocidos, solo se podría apreciar hasta ahora en figuras como el arbitraje, por lo que lo hace una vía idónea para resolver las controversias que se puedan presentar en los distintos proyectos, debido a la inmediatez con la que se deben resolver estos.

2.4 Casuística internacional

Tal como se mencionó con anterioridad, generalmente los DABS están previstos en los contratos de construcción. Así, en la actualidad

(...) existen numerosos importantes proyectos en los que los “*dispute boards*” han sido empleados; a saber, en el Aeropuerto de Hong Kong; el proyecto hidroeléctrico de Ertan en China; el proyecto de Túnel para el tren bajo el Canal de la Mancha en Gran Bretaña; el túnel de Eisenhower en Colorado, Estados Unidos; la autopista de *mount baker ridge* en Washington; el túnel de *Chambers Creck* en Washington, el proyecto de la Central Hidroeléctrica el Cajón, en Honduras. En forma más reciente, en los mediados de los años 1990s el mecanismo de los paneles técnicos también han sido incorporados en los Estados Unidos en otro tipo de obras de construcción, por ejemplo, autopistas, edificios públicos, y otros tales como *American Telephone & Telegraph*, *The Hawaiian Department of Transportation* y el Fondo Monetario Internacional⁷¹.

El autor Juan Eduardo Figueroa Valdez manifiesta que:

(...) Por su parte, en los últimos años en Latinoamérica, se ha ido extendiendo el uso del mecanismo pre-arbitral de DB. Es así como en Ecuador se desarrolló el contrato de construcción de la Central Hidroeléctrica Coca Codo-Sinclair, que implicó una inversión de más de 1.5 billones de dólares; en Honduras, se llevó a cabo la construcción de la autopista Tegucigalpa-San Pedro que implicó una inversión de cerca de 150 millones de dólares; en Panamá, se han llevado adelante importantes obras de construcción del Canal en contratos por cerca de 3.3. billones de dólares, como

⁷⁰ Artículo 59.1 del DL 1071.

⁷¹ JENKINS, Janet. *International Construction Law*. 2.nd ed. Londres: Wolters Kluwer, 2006, p. 66.

asimismo, la construcción de la Central Hidroeléctrica Changuinola y del Proyecto Hidroeléctrico Dos Mares; luego, en Perú se ha empleado el mecanismo de DB en el contrato de construcción de la planta de tratamiento de aguas Proyecto Huachipa; y en Chile en la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Chacayes, que representó una inversión de 275 millones de dólares; como asimismo, ha sido usado en diversos contratos de construcción de obras civiles subterráneas para la gran minería del cobre por encargo de la empresa estatal Codelco; al igual que, por mandato legal, en los contratos de concesiones de obras públicas en Chile⁷².

Así, se puede observar en la Tabla 1 el cuadro comparativo, la aplicación de la figura DAB adaptada a distintos ordenamientos y a través de distintos dispositivos legales, utilizando las tres variantes con sus particularidades:

Tabla 1

Cuadro comparativo de ordenamientos jurídicos

	Chile	Ecuador	El Salvador
Nombre	Panel Técnico	Junta Combinada de Resolución de Disputas	Mesa de Resolución de Disputas (Mesa Decisoria de Disputas/ Mesa Adjudicatoria de Disputas)
Objetivo	Absolver consultas y resolver discrepancias entre las partes de carácter técnico o económico que se produzcan dentro de ejecución del contrato de concesión, que podrá someterla a la decisión de una Comisión Arbitral que nace junto con la adjudicación del contrato de concesión o de la Corte de Apelaciones de Santiago ⁷³	Vigilar el cumplimiento del contrato, facultado para encontrar posibles problemas, emitir comunicados a las partes y, si la etapa de negociación fallaba, ser el foro en donde se resolvieran las controversias, de lo contrario se acudiría a un arbitraje internacional ⁷⁴ .	La Corporación del Reto del Milenio de los Estados Unidos de América (MMC por sus siglas en inglés) donó al país de El Salvador la suma de US\$ 460 millones de dólares no reembolsables, siendo el objetivo de dicha donación que en un lapso de 5 años El Salvador realizará una serie de obras sociales y de infraestructura, las cuales tenían como objetivo reducir la pobreza en 94 municipios de la zona norte de dicho país. Con dicho propósito se realizaron una serie de trabajos de conectividad vial, consistentes en la construcción de la carretera longitudinal del norte ⁷⁵

⁷² FIGUEROA VALDEZ, Juan Eduardo. *Dispute Boards: La visión de las partes y su coexistencia en los Contratos Administrativos. Experiencias en Chile. Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencia y retos.* Lima: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L., 2014, pp. 125-126

⁷³ FIGUEROA VALDEZ, Juan Eduardo. *Dispute Boards...*Ibid. p 135

⁷⁴ PROAÑO ALCÍVAR, David Eduardo; GUEVARA RUALES, Marco Mateo. Las virtudes de los *Dispute Boards* y su aplicación en Ecuador. *Law Review. USFQ Law Review*, Vol. 6, n.º 1, 2019, pp. 165-77,

⁷⁵ RODRÍGUEZ PORTAL, Lizeth Rosemary. Las juntas de resolución de disputas reguladas en la nueva ley de contrataciones del Estado peruano y su reglamento: Ley N° 30225 y D.S. N°350-2015-EF. Universidad de Lima [en línea]. Junio 2017. [Fecha de consulta: 12 de setiembre de 2022]

Variante	DRB	CDB	DRB/DAB
Casos emblemáticos	Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago ⁷⁶ “Aeropuerto El Tepual de Puerto Montt” ⁷⁷ Codelco	Coca Codo Sinclair (Hidroeléctrica)	Proyecto Fomilenio- Carretera Longitudinal del Norte Proyecto Fomilenio II
Aplicación	Construcción/Minería	Construcción	Construcción
Particularidad	Conforme a la Ley N°20.410, el Panel Técnico se encuentra compuesto de cinco profesionales. De ellos, dos deben ser abogados, dos ingenieros, y el quinto un profesional con especialización en las ciencias económicas o financieras. Los miembros del Panel Técnico son nominados por el Consejo de la Alta Dirección Pública. El mandato de cada miembro tiene una duración de seis años, sin la posibilidad de reelección ⁷⁸ .	La junta combinada de disputas estará integrada por tres miembros, estableciéndose que el presidente sería un abogado con experiencia internacional con experiencia en ejecución de obras de gran escala y con conocimiento de normas legales vigentes en Ecuador, con dominio del castellano. Adicionalmente, las partes convinieron que los miembros de la JCD debían ser de nacionalidad distinta a la ecuatoriana y china a fin de promover la imparcialidad de estos ⁷⁹ . El artículo 30 del contrato se incluyó tres formas de resolver los conflictos de forma escalonada: (i) la negociación; (ii) la junta combinada de disputas, lo que atañe a este artículo; y, (iii) el arbitraje en la CCI. El contrato regula las dinámicas que se debe seguir. En caso de controversias, el procedimiento	El primer intento de resolver el conflicto será a través de negociación directa entre las partes contratantes. Si no se resuelve dentro de los 30 (treinta) días, cada uno designará un experto con experiencia/capacitación relacionada con el asunto controvertido. Después de que los dos miembros elijan al tercero que será integran la Junta, los miembros proponen alternativas que resuelvan el conflicto, las cuales caracteriza el papel de un conciliador, en principio. Además, la mesa adoptará la modalidad de Junta de Revisión de Disputas ⁸¹

⁷⁶ OSORIO, Valentina. Panel Técnico de Concesiones rechaza compensación económica por sobrecostos de construcción solicitada por Nuevo Pudahuel. Santiago: Diario Financiero [en línea]. Octubre 2021 [Fecha de consulta: 09 de setiembre de 2022] Disponible en: <https://www.df.cl/empresas/construccion/panel-tecnico-de-concesiones-rechaza-compensacion-economica-por>

⁷⁷ FACULTAD DE DERECHO DE LOS NEGOCIOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Panel Técnico de Concesiones emitió su Recomendación en Discrepancia correspondiente al contrato de concesión “Aeropuerto El Tepual de Puerto Montt”. Revista de Derecho [en línea]. Abril 2021 [Fecha de consulta: 11 de setiembre de 2022] Disponible en: <https://derechodelosnegocios.udp.cl/>

⁷⁸ FIGUEROA VÁLDEZ, Juan Eduardo; SCHUBERT, William. *Dispute Boards* en los Proyectos de Infraestructura de Chile. Revista de Arbitraje PUCP [en línea]. 2016, N°6 [Fecha de consulta: 11 de setiembre de 2022] Disponible en: <https://www.camsantiago.cl>

⁷⁹ ESCOBAR Andrea. *Dispute Board* como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2014. [Fecha de consulta: 11 de setiembre del 2022]. Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4183>

⁸¹ MEUS, Juliana. O *Dispute Boards* como meio adequado à resolução de conflitos nos contratos de construção. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017. [Fecha de consulta: 11 de setiembre del 2022]. Disponible en: <https://lume.ufrgs.br>

		comienza con la negociación, dando diez días para poder llegar a un acuerdo, plazo que es completamente prorrogable. Caso contrario, se procedería a convocar a la JCD para que, en un lapso no mayor a cuarenta y cinco días, investigue el problema en concreto, convoque a las partes para que expongan sus argumentos y analice las pruebas para dar recomendaciones a las partes. El cumplimiento de estas decisiones en este contrato fue facultativo. Si alguna de las partes incumplía o no estaba de acuerdo con la resolución del JCD, el tema litigioso se resolvería por medio de arbitraje en la CCI ⁸⁰
Fecha de aplicación y dispositivo legal	20 de enero de 2010- Ley 20.410	9 de octubre de 2009 - Contrato para el Desarrollo de Ingeniería entre la compañía pública hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. y la empresa extranjera Synohidro S. A
		05 de mayo de 2013- Decreto N° 379 Ley Especial de Asociaciones Público-Privadas

Nota. Elaboración propia

Por ende, se puede constatar que, a nivel regional, se ha aplicado las 3 variantes de los *Dispute Boards* (DRB, DAB Y CB) y si bien generalmente se aplica a la construcción, existen algunos países como Chile lo ha destinado a otros sectores, como es el de la minería. Si bien se entiende que algunos países han desarrollado con mayor amplitud la figura que otros, debido a factores como la flexibilidad de contratación en la administración pública respecto a la contratación administrativa o la misma regulación de la figura, aún queda mucho por desarrollar tanto legislativa como pragmáticamente. Pero el hecho de que cada vez sean más países los que la adoptan va augurando que tendrá un lugar en el sector público, al menos, con el correr del tiempo.

⁸⁰ PROAÑO ALCÍVAR, David Eduardo, GUEVARA RUALES, Marco Mateo. Las Virtudes de los *Dispute Boards*. Op Cit.

2.5 Aplicación en el Perú

En el Perú, también se han aplicado los DABS, en base a las reglas FIDIC en los Contratos de Construcción. Esta es una industria muy conflictiva debido a la complejidad de la relación contractual (que cada vez va incrementándose más), aspectos culturales, sociales de diseño, las necesidades del público y por ende el proyecto también va cambiando. La gran ventaja de la aplicación de esta figura es disminuir o mitigar el conflicto que se genere antes de la etapa de ejecución, ahorrando al contratista costos que en otro momento pudiesen ser aplicados a arbitrajes, que por más que destaquen por su celeridad muchas en la práctica esta no se aplica. Sin embargo, debemos diferenciar tanto la aplicación de los DABS (aquellos que cuenten con Reglamento FIDIC o el que acuerden las partes) como la de las juntas, como se analizará más adelante.

Perú ha acogido la junta permanente (y prueba de ellos es que muchos centros de arbitraje cuentan con un centro de resolución de disputas, siendo nuestro país pionero ya que en otros países las juntas se regulan a sí mismas) que abarca un grupo de expertos técnicos que acompañan desde el inicio hasta ejecución de la obra y esta ejercen tres tipos de funciones preventiva (adelantan a las partes ciertas situación que podrían generar a algún conflicto, y da posibilidad de que estas brinden toda la información que esta sea recíproca), constructiva (a través de consulta q hacen conjuntamente al panel de manera informal o formal, cuando es formal la junta emite opinión q no es vinculante para las partes) y la decisoria (cuando ya se genera la controversia lo que las partes hacen, lo que las partes interponen es una petición donde plantea la controversia, que es vinculante y obligatoria para estas)⁸². Su implementación ha sido bastante lenta, esta se incorpora en 2016 pero no es hasta el 2018 que se formó primera junta, esto porque era facultativo y nadie recurría a los DABs. De hecho, el primer proyecto que se formó fue el Proyecto Amojao, en Jaén en la selva norte de nuestro país en el año 2018⁸³. La cuestión a partir de las características que se van a desglosar de ahora en adelante es analizar si es la junta de disputas un *Dispute Board*.

2.6 Antecedentes

Para poder situarnos en el contexto, habría que recordar los antecedentes de la aplicación del DAB. En el Perú hasta antes de la vigencia de las juntas, los únicos mecanismos que recoge la Ley N° 26850- Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- del año 1997, en dicha

⁸² I Conferencia Internacional de *Dispute Boards* y Arbitraje IPA. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima: 29 de diciembre de 2020.

⁸³ Contrato de Obra N° 001-2017-MINAGRI-PEJSIB-DE/LP; Resolución Directoral N°83-2021-MIDAGRI-PEJSIB-DE

norma los únicos MARCS considerados eran la conciliación y el arbitraje. La aplicación de la junta de resolución de disputas en Perú de manera general es relativamente reciente, ya que se da con la publicación del periódico *El Peruano* el día 11 de julio del 2014 a partir de la vigencia de la ley N° 30225- Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Sin embargo, en una disposición complementaria modificatoria, como se verá más adelante, ya se había previsto. Y de hecho se aplicaron para el Proyecto de Mejoramiento Sanitario de las Áreas Marginales de Lima, Lotes 1, 2 y 3, Licitación Pública Internacional N° 0004-2007/JBIC-SEDAPAL Llave en Mano-Suma Alzada para la Contratación de la Bocatoma, Planta de Tratamiento de Agua Potable de Huachipa y Ramal Norte(se precisó en las Condiciones Generales del Contrato, se estableció en el punto 20.2 la cláusula de resolución de conflictos, siendo una cláusula estándar del Libro Rojo FIDIC, una Junta de Resolución de Disputas⁸⁴).

No obstante, la falta de éxito de la conciliación y el arbitraje se dio por las siguientes razones, [...] la conciliación aún no ha encontrado en los funcionarios públicos los suficientes incentivos para recurrir a ella [...] y el arbitraje, si bien, más ágil que la jurisdicción ordinaria, aún no lo suficientemente expeditiva⁸⁵. Esto quiere decir, que a pesar de en su momento haber sido vistos como una solución, para la sociedad peruana ambos no fueron vistos como medios eficientes para la solución de conflictos. Si bien es cierto, se debía seguir un procedimiento, podría ocurrir que la cuestión materia de litis u objeto de la controversia desaparezca, perdiendo a su vez las partes interés en seguir en el conflicto.

Cabe resaltar que el Perú ya había adoptado un *Dispute Board* a su ordenamiento, pero no era el DAB sino un *Dispute Review Board*. Esto es la llamada “Conciliación Decisoria”, contenida en los contratos que se formalizan bajo las normas de los Bancos de Desarrollo Multilaterales originados en los contratos de préstamo suscritos con la República de Perú, que tiene suscritos con diversos Organismos Internacionales(como el Banco Interamericano de Desarrollo- BID, el Banco Mundial- BM, entre otros), sendos contratos de préstamos para cumplir diversos objetivos sociales en el Perú, estableciendo en las cláusulas de estos, que las adquisiciones de bienes, servicios u obras, para cumplir dichos fines, serán llevadas a cabo por

⁸⁴ FREITAS CABANILLAS, Rodrigo Andrés. ¿A qué tenemos miedo? Conozcamos los *Dispute Board* para los contratos de construcción. IUS 360 [en línea]. 06 de Julio de 2017 [Fecha de Consulta: 24 de enero de 2020] Disponible en: <https://ius360.com/a-que-tenemos-miedo-conozcamos-los-dispute-board-para-los-contratos-de-construccion/>

⁸⁵ HURTADO FALVY, Juan Manuel. De la Conciliación Decisoria a la Junta de Resolución de Disputas: Apuntes en Relación a la Junta de Resolución de Disputas Como Nuevo Método de Resolución de Conflictos para un Contrato de Obra Formalizado Bajo el Ámbito de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. Derecho y Sociedad [en línea]. Junio 2015, N° 44, pp. 203-210. [Fecha de consulta: 27 noviembre de 2020] Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1222>

las políticas de estos organismos financiadores⁸⁶. Y de hecho se aplicó en el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud – PARSALUD 11, un programa adscrito al Ministerio de Salud y el cual fue financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Internacional de reconstrucción y Fomento, mediante Contrato de Préstamo N° 2092/OC-PE y el Contrato Préstamo N° 7643-PE, respectivamente, entre sus actividades a regular se encuentran los Contratos de Obra sobre infraestructura hospitalaria y en ellos se ha establecido el uso de la Junta de Resolución de Disputas, bajo el mecanismo de la Conciliación Decisoria⁸⁷.

El objetivo de los MARCS citados en la primera ley (que es la misma finalidad que la de los MARCS en general) no fue otro que reducir las litis que se presentan en los contratos de administración pública. Así, dado que [...] los funcionarios públicos, cada vez en mayor proporción, actúan en su labor diaria considerando que sus decisiones pueden ser materia de una acción por responsabilidad administrativa, civil y/o penal, por lo que evitan tomar decisiones, inclusive así sean debidamente fundamentadas. Esta ausencia de gestión se acentúa más en la ejecución contractual de obras, cuando las distintas figuras que se suelen presentar (como las ampliaciones de plazo y reconocimiento de gastos generales) son simplemente denegadas por los funcionarios públicos, originando que el Contratista recurra al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, a fin de que en dicha instancia el árbitro la otorgue, de ser el caso, evitando así “asumir” la responsabilidad[...] Esto sumado a la naturaleza conflictiva de la actividad de la construcción[...]. He aquí que sea oportuno contar con un medio alternativo de conflictos que permita reducir dicha litigiosidad que dilata, innecesariamente, la ejecución contractual incrementando los costos de transacción para las partes, retrasando el cumplimiento del interés público⁸⁸. La experiencia fue más que suficiente para tener en cuenta que esos métodos no eran tan eficientes como se buscaba, después de todo.

Cabe resaltar que el primer precedente de las juntas que aparece en la Undécima Disposición Complementaria de la Ley 30114, que modifica el número 9.6 del artículo 9 del Decreto Legislativo 1012 que aprobó la "Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada". Este indica que los Contratos de Asociación Público-Privada deberían incluir la vía arbitral como mecanismo de controversia y que deben contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual.

⁸⁶ HURTADO FALVY, Op. Cit. p. 208

⁸⁷ FREITAS CABANILLAS, Op. Cit.

⁸⁸ HURTADO FALVY, Op, Cit. p. 207

Cuando en los contratos se establecía una etapa de Trato Directo previa al inicio de un arbitraje nacional, las partes podrían acordar la intervención de un tercero neutral, denominado Amigable Componedor, quien será designado por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. El Amigable Componedor propondría una fórmula de solución de controversias, quede ser aceptada de manera parcial o total por las partes, producirá los efectos legales de una transacción.

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 serían 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. Tanto el Amigable Componedor, como los miembros de la Junta de Resolución de Disputas podrán ser terceros neutrales de nacionalidad distinta a la de las partes [...]”⁸⁹.

Con la presente ley, observamos que el primer precedente de la Junta de Resolución de Disputas se refiere al ámbito de la contratación de Asociaciones Público-Privadas. Por otra parte, no especifica en qué fase podría participar un DAB, es decir no existiría de por sí un carácter preventivo, sino únicamente cuando se suscitaban conflictos, además que a diferencia del arbitraje no es obligatorio. Sin embargo, en caso las partes no lleguen a un acuerdo podrían someterse a Arbitraje, y a diferencia de otras figuras similares al DAB, la nacionalidad se tornaba indiferente. Cabe resaltar que se menciona además los miembros del DAB (1 o 3 miembros), de acuerdo con las reglas ya mencionadas anteriormente creadas por FIDIC. A pesar de en ese momento no contemplar en un dispositivo legal más concreto, se empezó a regular desde esta disposición la aplicación de los DABS en el Perú.

2.7 La junta de resolución de disputas en el ordenamiento peruano

Es por ello, tal vez tardíamente, que el Estado Peruano comprendió las juntas, como un símil de los DABS en la nueva Ley de Contrataciones por el Estado (Ley N° 30225), como un

⁸⁹ Artículo 9.6 del DL 1012

nuevo mecanismo durante la fase de ejecución contractual de obras, con la finalidad de coadyuvar a contar con decisiones expeditivas e inmediatas sobre su desarrollo⁹⁰. El reglamento se encuentra en el Decreto Supremo N° 344-2018-EF-Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que comprende desde el artículo 243 al 252 del mencionado reglamento.

De acuerdo a la autora Daniel Cuentas Pino sobre los factores por los cuales la Junta de Resolución de Disputas en materia de Asociaciones Público-Privadas no goce de tanta popularidad son el tiempo de duración de contrato, el costo asociado, la posibilidad o imposibilidad de someter una decisión de la JRD a arbitraje o la figura del peritaje técnico⁹¹. No obstante, como se ha explicado anteriormente, se otorga dicha posibilidad de resolver controversias de manera preventiva mediante la Undécima Disposición Complementaria de la Ley 30114.

2.8 Valor referencial, posibilidad y plazo para acudir a arbitraje

Es así como en el artículo 45 de la mencionada ley (modificada por Decreto Legislativo N°1444) indicó que las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo con el valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes, siempre y cuando las controversias surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento⁹².

Como se puede apreciar se establece un plazo distinto al de las normas FIDIC, ya que este contaba a partir de 28 días una vez presentada la nota de insatisfacción de la parte o partes que no estaban de acuerdo con el dictamen de la junta para recién ahí poder recurrir al arbitraje, de lo contrario no habría competencia para el árbitro. En este artículo, solo da un plazo de caducidad de 30 días contados desde la fecha de recepción de la obra. Por otra parte, se menciona en el artículo, de acuerdo con el valor referencial del proyecto, las partes estarían facultadas de acudir a la Junta de Resolución de Disputas en base a lo dispuesto en el

⁹⁰ HURTADO FALVY, *Ibíd*, p. 209

⁹¹ CUENTAS PINO, Daniel; NUVIALA LAPIEZA, Irene. El alma, corazón y vida de los *Dispute Boards*: Reflexiones acerca de su regulación en Latinoamérica y el Perú [en línea] Lima: Advocatus, 2022. [fecha de consulta: 30 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5755>

⁹² Artículo 45 de la LCE.

reglamento. No obstante, para algunos expertos como Jaime Gray, los DABs y JRDs llevan una relación género-especie.

Este establece que la junta de resolución de disputas, de acuerdo con el artículo 243 del Reglamento que las JRD resuelven las controversias que surjan desde el inicio del plazo de ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma, pudiendo pronunciarse sobre la resolución de esta, además de no poder someterse a pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previsto en la normativa además de un límite a los montos en los contratos de obra⁹³.

El presente artículo y sus respectivos incisos regula varios aspectos de la junta para las contrataciones públicas. El primero, es que la junta se regula desde la fase de ejecución hasta la recepción de la obra, por lo que solo puede presentarse durante la fase de ejecución de la obra, esto a diferencia de los DAB, en el que la vigencia de la participación del Board se da incluso en la liquidación de la obra y en etapas finales de la misma, participando incluso en la entrega de esta. Por otra parte, no puede someterse a la junta pretensiones de carácter indemnizatorio, por conceptos no previstos en la Ley de Contrataciones Públicas. Esto, de acuerdo con Jaime Gray, a diferencia de los contratos FIDIC, donde sí se han previsto las liquidaciones e indemnizaciones. Se entiende pues, que al ser contratos públicos generaría un gasto que el Estado considera excesivo, por lo que es facultad de las partes que decidan contratar con él someterse a sus potestades.

Este inciso podría parecer redundante, ya que, por principio de legalidad, todo aspecto objeto de Contratación Pública debe estar regulado por ley. Por otra parte, los dos últimos incisos del mencionado artículo se refieren a la aplicación del DAB. Esta puede darse de manera facultativa cuando el monto contractual sea superior a los S/. 5'000,000.00 (cinco millones de soles) y de manera obligatoria cuando sean mayores a S/. 20'000, 000.00 (veinte millones de soles). Por otra parte, respecto al número de miembros, el aspecto en común es que deben ser uno a 3 miembros, sin embargo, en base a las normas de FIDIC estos podrían ser más (aunque es una situación no tan común), sin embargo, la norma es más específica respecto a la cantidad de miembros de acuerdo con los montos. No obstante, mantiene la lógica de las normas de FIDIC, pues esta sugería que cuando el monto del proyecto sea menor, lo más acorde sería que existiese un solo miembro del DAB. Existe entonces mayor discrecionalidad al elegir en las normas de construcción inglesa, ya que la normativa peruana es mucho más concreta. Cabe resaltar, que, de acuerdo con la Decimonovena Disposición Complementaria del Reglamento

⁹³ Artículo 243 del RLCE

antes mencionado, la obligatoriedad de someter a Junta de Resolución de Disputas las controversias surgidas en los contratos de obra por montos superiores a 20 millones de soles a la que se refiere el numeral 243.4 del artículo 243 es aplicable para los procedimientos de selección convocados a partir del año 2020.

En base a esto, de acuerdo con la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD indica que las partes pueden pactar en el contrato de obra o bien acordar incorporar a un contrato ya suscrito que la solución de controversias esté a cargo de un DAB en aquellos contratos cuyos montos sean iguales o superiores a cinco millones de soles. Los contratos con monto superior a 20 millones están obligados a introducir esta figura.

2.9 Centros a cargo de la JRD

Respecto a qué organizaciones serán las encargadas, el artículo 244 del RLCE indica que serán administradas por un Centro que preste servicios de organización y administración de estas (algo distinto a los DABs que se aplican a nivel mundial). Por otra parte, establece que las personas que formen parte de las juntas deben cumplir con ciertos requisitos mencionados en las directivas, como la experiencia en arbitrajes. A pesar de no encontrarse en las reglas DAB de la FIDIC, podría ser relevante este requisito, pero siempre teniendo en cuenta que no se puede equiparar a los DABs o a las juntas con los arbitrajes, como se analizará más adelante, su naturaleza es distinta. La entidad encargada del manejo de esta figura será la OSCE y se establecen distintas reglas para en este mismo artículo sobre aspectos procedimentales de las mismas⁹⁴.

En la actualidad, tenemos 15 centros que administran JRDS⁹⁵. El más característico y pionero es, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante CARC), siendo que el 1ero de enero de 2021 su Reglamento entró en vigor y cuya aplicación es tanto para los DB como las JRD⁹⁶. Este reglamento, por ejemplo, establece el tipo de junta (si es decisoria o revisora), el carácter vinculante de estas (incluso con una cláusula similar a FIDIC respecto si una parte está en desacuerdo de la decisión vinculante, respecto al plazo de 28 días) o si será una junta ad hoc o permanente⁹⁷.

⁹⁴ Artículo 244 del RLCE

⁹⁵ Gobierno Nacional del Perú [Fecha de Consulta: 12 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osce/campa%C3%B1as/2073-listado-de-centros-que-organizan-y-administran-la-jrd>

⁹⁶ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP [Fecha de Consulta: 12 de junio de 2022]. Disponible en: <https://carc.pucp.edu.pe/servicios/junta-de-resolucion-de-disputas/normativa/>

⁹⁷ Art3, Ídem.

2.10 Requisitos e impedimentos para conformar una JRD

El artículo 245 del RLCE asimila los impedimentos del árbitro con los de los miembros del DAB. En este caso se asemejan a lo brindado por la FIDIC, y a los impedimentos para ser árbitro en el Ordenamiento Peruano ⁹⁸, y que menciona que los requisitos del adjudicador miembro del DAB se encontrarán en la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD, específicamente en el numeral 7.1 establece ciertos requisitos adicionales que los Centros que ejercen como DAB deben tener, estos son: Tener 4 años de experiencia actuando como institución arbitral, contar con un código de ética propio aplicable para miembros de la JRD, el cual debe contener como mínimo los supuestos de infracción establecidos en el artículo 254 RCLE para los árbitros. Dicho código debe ser adecuado a la naturaleza, funciones y responsabilidades de los miembros de la JRD y mantenerse vigente al momento de la selección del Centro correspondiente, 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, estar constituida como persona jurídica, con o sin fines de lucro, poseer un tarifario de honorarios de los miembros de la JRD y de los gastos administrativos del Centro, los que deben ser difundidos para conocimiento público a través de su página web, contar con un plantel de profesionales que brinde soporte y asistencia a la JRD y poseer como infraestructura mínima una (1) sala de audiencias, una (1) oficina para el plantel de profesionales, un (1) ambiente para la atención al público y usuarios, un (1) ambiente para el archivo de documentos y expedientes, así como contar con una página web y correo electrónico institucional en funcionamiento⁹⁹.

La posición de la OSCE, al incluir a árbitros o miembros de un tribunal arbitral como miembros de la junta es válida, sin embargo, podría originar la falsa percepción que el DAB, juntas y el arbitraje son símiles, cuando su misma naturaleza es distinta. De hecho, no es requisito para los miembros de los DABs haber sido árbitros, sino que sean personas calificadas académica y profesionalmente, que tengan experiencia relevante en un puesto superior, conocimiento y experiencia con la documentación contractual pertinente, que hayan recibido capacitación y asesorías en DAB, que tengan excelentes habilidades de comunicación interpersonal y la capacidad de ser imparcial y objetivo¹⁰⁰. Pero dado que las figuras del arbitraje contienen deberes de imparcialidad e independencia, está justificada la relación con el

⁹⁸ Artículo 245 de la RLCE

⁹⁹ Directiva N° 012-2019-OSCE/CD

¹⁰⁰ Fidic Dispute Adjudication Boards. DABS UNDER FIDIC CONDITION OF CONTRACTS. Disponible en: <http://fidicdab.com/index.php/dab-members/>

artículo 254 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, en el caso de las juntas. Dado que se refiere a las contrataciones públicas es necesario que existan documentos que acrediten debidamente los costos tanto administrativos como de los honorarios, para evitar situaciones de corrupción.

El Reglamento del CARC, en sus artículos 10 y 37, siguiendo lo indicado por la OSCE hace hincapié en que estos deben formar parte de la lista de adjudicadores y en que, en caso se resuelva el contrato, se pague únicamente los honorarios por servicios no prestados. Además, dedica un artículo referido a la independencia de los adjudicadores, que, dentro de los 05 días de haber sido designados, deben de informar a las partes de cualquier hecho que ponga en duda su independencia o imparcialidad, y teniendo esa misma facultad las partes, en el caso designe alguno con cuestionamiento de ello la parte contraria, teniendo también 05 días de plazo desde que se tomó conocimiento de dichos hechos¹⁰¹. Por otra parte, cabe resaltar que los DABs anglosajones la designación de miembros está regulada por pactos en base a normas de comercio internacional (como las de las Cámaras de Comercio) o las reglas FIDIC. Por otra parte, cabe resaltar que, de acuerdo con Jaime Gray, si bien la norma peruana indica que los miembros de las juntas deben ser arquitectos o ingenieros nada impide que pueda estar abierto a otros profesionales, como es el caso de los abogados.

El artículo 246 del RLCE da luces respecto al compromiso que deben mantener los miembros de la junta,¹⁰² que es lo que recalca las reglas de FIDIC respecto a que las partes deben estar disponibles para todas las situaciones que se presenten en el proyecto. Sin embargo, en el reglamento de la CARC como se mencionará posteriormente, en caso sean renuentes a participar en alguna etapa del procedimiento, no hará que se suspenda este¹⁰³

2.11 Posibilidad de someter a arbitraje

Respecto al artículo 248 del RCLC se brinda la posibilidad de que las partes puedan acudir al arbitraje, en caso la junta se pronuncie y notifique extemporáneamente, pues de acuerdo con el reglamento esto deviene en ineficaz, siempre que exista previo acuerdo y el mismo sea anterior al plazo original para notificar y anterior a la recepción, en base a la materia de lo que no se pronunció las partes pueden ir a arbitraje¹⁰⁴. De lo mismo se puede abstraer dos ideas: la primera, que ya se ha mencionado antes, el compromiso que deben tener los miembros de las juntas, y la segunda que en caso no se llegue a ese compromiso, las partes no tendrán otra

¹⁰¹ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, Op. Cit. art 6.

¹⁰² Artículo 246. del RCLC

¹⁰³ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, Op. Cit. art 16.

¹⁰⁴ Artículo 248 del RCLC.

que acudir al arbitraje. Es por ello por lo que las partes deben tomar la mejor decisión a la hora de elegir a los miembros, ya que de lo contrario podrían enfrentar una pérdida de tiempo y dinero en caso estas no tomen la mejor decisión respecto a los miembros.

2.12 Dictamen final

Adicionalmente, el artículo 249 prevé que en el caso en que la junta debe emitir el dictamen final después de la recepción de la obra esta se computará al día siguiente de notificada la misma¹⁰⁵. Sin embargo, respecto a ello el RLCE no ha previsto cómo se desarrolla la JRD, algo que sí se ha previsto en el reglamento de la CARC. Este establece que no será necesario la participación de las partes si éstas no lo desean (previa consulta de las partes), que puede que se desarrolle o no una audiencia de acuerdo a la JRD, y de desarrollarse esta de esta forma: Presentación del caso, por la parte solicitante seguida por la parte que responde; indicación de la JRD a las partes de las cuestiones que requieren mayores aclaraciones para su dilucidación; aclaración por las partes de las cuestiones identificadas por la JRD; contestación de cada parte a las declaraciones presentadas por la otra parte. La JRD estará facultada para citar a testigos, expertos, peritos o requerir se actúe cualquier prueba que considere conveniente o necesario¹⁰⁶. Es acertado que lo haya previsto el reglamento de la CARC, ya que no existe noción exacta de cómo se desarrolla las JRDs más que lo que establece el reglamento FIDIC, y la RLCE no podría haberlo comprendido más que de manera enunciativa.

En el artículo siguiente de citado cuerpo legal se ratifica la obligatoriedad y vinculatoriedad de la decisión entre las partes desde su notificación, vencimiento del plazo para su corrección o aclaración, o una vez corregida o aclarada la decisión, además de que una vez transcurrido dicho plazo, ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir el cumplimiento de las decisiones. Al ser una obligación esencial, en caso se dé un incumplimiento la parte afectada es libre de resolver el contrato. Si es que alguna de las partes está en desacuerdo con alguna decisión emitida por la junta, tiene plazo de 7 días para demostrar su inconformidad (no se refiere al dictamen final, que tiene otro plazo)¹⁰⁷. Respecto a la obligatoriedad de los DABs, las decisiones son obligatorias para las partes (ya que se basa en un contrato); en las juntas, como se puede observar en el artículo analizado, son obligatorias ipso iure. Este plazo es el mismo que el del reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Disputas de la PUCP¹⁰⁸,

¹⁰⁵ Artículo 249 del RCLE.

¹⁰⁶ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, Op. Cit. art 16.

¹⁰⁷ Artículo 250 de la RCLE

¹⁰⁸ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, Op. Cit. art 6.

y se entiende para efectos pragmáticos, ya que un plazo mayor podría acarrear mayores costes en las obras.

En el inciso 250.6 se refieren al plazo contemplado en el artículo 251 de 30 días, este se refiere al dictamen final (sin dejar de lado la liquidación final del contrato, que puede acumularse en el arbitraje). Cabe resaltar que el plazo es distinto al presentado por las reglas de FIDIC, que es de 28 días, para que esta decisión pueda ser llevada a arbitraje en base a una nota de disconformidad, o si se da el caso en el que la junta no haya podido ser conformado; o si no emite y notifica a las partes su decisión en el plazo previsto en las reglas de procedimiento respectivas; o si la junta se disuelve antes de la emisión de una decisión; o si se ha producido la recepción total de la obra, salvo el supuesto de excepción previsto en el artículo 247, que se refiere en caso exista falta de pago, y las partes tengan la posibilidad de subrogarse. Además, menciona los plazos de caducidad, que corre una vez se producen los hechos arriba mencionados. En caso la entidad decida recurrir a arbitraje debe remitir un informe técnico legal fundamentado, que sustente la necesidad de recurrir al arbitraje y evaluando sobre todo los costos-beneficios, así como la expectativa de éxito en dicha vía y los riesgos de no adoptar la decisión. Ya la ley, con este inciso da indicios de lo costoso y tedioso que puede resultar un arbitraje¹⁰⁹. En el caso de la JRD mencionada en el reglamento del CARC, en el artículo 3, se especifica que, si la junta es decisoria, se daría un incumplimiento contractual grave en caso de que pasados los 28 días (similar al reglamento de FIDIC, es decir que la decisión se torne final) se lleve arbitraje¹¹⁰.

Respecto al último artículo mencionado en el reglamento, se refiere al cómputo de los plazos de caducidad, que en caso no se haya podido conformar por algún motivo la junta, el Centro encargado a pedido de oficio o parte notifica a las partes, y desde ahí se computa el plazo. El mismo plazo correría si es que el DAB se disuelve antes de la emisión de una decisión¹¹¹. Esta misma situación la tuvo en cuenta la CARC, al incluir en su artículo 21 la JRD como un presupuesto de arbitrabilidad, y si en caso esta no se haya podido conformar, se da esa misma posibilidad de acudir al arbitraje¹¹². Estos artículos son más que necesarios para dar cuenta de que el DAB no descarta al arbitraje, simplemente es un medio que, en primera instancia, no es lo más idóneo para el sector de construcción, por lo que el hecho de pactar una

¹⁰⁹ Artículo 251 del RCLE

¹¹⁰ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, Op. Cit. art 3.

¹¹¹ Artículo 252 del RCLE

¹¹² Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, Op. Cit. art 21.

JRD beneficiaría a las partes no solo económicamente respecto a la obra, sino también respecto al pago de honorarios tanto del adjudicador como el árbitro.

La consulta que surge es, ¿qué pasaría con aquellos contratos anteriores a la vigencia del Decreto Legislativo N°1444, cuando aún no se preveían las juntas? Al respecto, el OSCE indicó, mediante Opinión N°196-2019/DTN, incluye en sus conclusiones que, de acuerdo con lo expresamente dispuesto en el artículo 205 del anterior Reglamento (modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF) y la Directiva N° 020-2016-OSCE/CD, las partes podían acordar someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, lo cual implicaba que una vez iniciada la ejecución de ésta no podía incorporarse dicha cláusula al contrato de obra. Por ende, si es que en un contrato público es de anterior vigencia, dependerá de si este se encuentre o no en ejecución para que la junta pueda participar.

Por otra parte, la Opinión N° 014-2020/DTN, en el apartado 2.1.2 indicó que no se ha establecido un hito o límite de plazo hasta el cual las partes pueden acordar incorporar a la cláusula de solución de controversias que las soluciones de estas estén a cargo de una junta, lo que implica que aún después de iniciada la ejecución de la obra podría incorporarse dicha cláusula al contrato.

Cabe resaltar que el 04 de Setiembre del 2020, en pleno Estado de Emergencia, se publicó el Decreto Supremo n 250-2020-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano*, se estableció en el artículo 2 que, de manera excepcional, las partes pueden acordar incorporar en la cláusula de solución de controversias del contrato, que la Junta de Resolución de Disputas estén a cargo de las soluciones de estas, independientemente del monto del respectivo contrato de obra, sólo en los casos en los que no se hubiera pactado en el contrato de obra original vigente. Por otra parte, confirmó a través de la modificación de los numerales 4 y 5 del artículo 243 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, a fin de establecer que, en caso de no haberse pactado en el contrato original, las partes pueden acordar incorporar a la cláusula de solución de controversias del contrato que las soluciones de estas sean sometidas a una junta de resolución de disputas en los contratos de obra inferiores o iguales a S/. 20 000 000,00; siendo esta incorporación obligatoria para contratos cuyos montos sean superiores (Confirmando la Opinión N°196-2019/DTN). Además, se establece que la Junta de Resolución de Disputas 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 Junta de Resolución de Disputas se integra por 1 miembro cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor menor a cuarenta millones con;

y, por 3 miembros, cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a dicho monto”.

Podemos concluir entonces, que la regulación que recoge la figura de las juntas en Perú, únicamente las ampara para contrataciones públicas. No se ha previsto en nuestra legislación la aplicación de las juntas para situaciones de Derecho Privado. Por otra parte, el hecho de que, a diferencia de las reglas de FIDIC, consideren únicamente a árbitros como miembros de la junta podría dar lugar a confusiones sobre sus miembros, ya que no son árbitros, y la naturaleza de ambas figuras son distintas. Otro aspecto no previsto en la norma es sobre la internacionalidad de sus miembros, aspecto distinto al DAB anglosajón, ya que al ser expertos no necesariamente debían residir en el mismo país donde se realizaba la junta, solo bastaba el compromiso, además de que ni la ley, ni el reglamento ni ninguna directiva de la OSCE ha regulado información sobre los gastos y honorarios de los miembros. Si bien, a lo largo de estos dos últimos años han aparecido más normas que regulan la figura, estas no tienen rango de ley y no generan uniformidad, por lo que no se pueden establecer reglas claras de la figura, a diferencia de las reglas de FIDIC (que como se ha visto, ambas regulaciones son distintas). Es una figura que se caracteriza principalmente por su función preventiva, ya que lo que busca es evitar disputas (aspecto que también se ve reflejado en la función consultiva¹¹³ a menores rasgos). Lo que se busca es que esas diferencias que se puedan presentar no escalen. Por ende, reducir a un miembro de un Board o junta a un mero perito es erróneo, pues es una figura con identidad propia: tanto los aspectos técnicos y jurídicos en un contrato de obra están intrínsecamente ligados, por lo que los miembros de la junta deben ser profesionales que hayan tenido experiencia en el tema.

2.13 DAB en el Perú

Respecto a los *Dispute Adjudication Boards*, cabe resaltar que en la actualidad recién se ha recogido en una directiva para el nombramiento de los miembros de un DB (en este caso, para la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios), que se puede encontrar en la Resolución de Gerencia N° 00007-2021-ARCC/GG¹¹⁴. Además, como ya se ha indicado con

¹¹³ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, Op. Cit. art 12.

¹¹⁴ Y eso se indica en las página 1, 2 de la Resolución de Gerencia N° 00007-2021-ARCC/GG [...] “ Que, en el marco de lo establecido en el artículo 7° de la Ley N° 30556, la ARCC suscribió el Acuerdo de Gobierno a Gobierno para el Programa de Reconstrucción con el Departamento de Comercio Internacional del Gobierno del Reino Unido y, posteriormente, el Contrato Operativo con el Equipo de Implementación del Reino Unido (UKDT), relativo a la asesoría y asistencia especializada en la gestión de la implementación del PIRCC, el cual desarrolla cuatro (4) líneas de apoyo: Gestión de proyectos, Asistencia técnica en salud, educación y soluciones integrales, Procura y Transferencia de conocimientos; Que, dentro de las estrategias de procura para la atención de las intervenciones priorizadas, el UKDT ha previsto el uso de los Contratos New Engineering and Construction - NEC 3, opción F: Contrato de Ingeniería y construcción con modalidad de Gestión, lo cuales contienen cláusulas estándar de construcción o ingeniería que han sido diseñadas para

anterioridad, tenemos noción de que hay estudios que se encargan de conformar al DAB. Uno de ellos es el Estudio Navarro Sologuren, Paredes, Grey (NPG).

El caso más resaltante de los *Dispute Boards* es de los Juegos Panamericanos 2019 (y que de hecho es el caso más famoso en Perú). En este caso, de acuerdo con Jaime Gray, indicó que se utilizó un contrato NEC de servicios, modificado con cláusula que remitía al reglamento CCI para DBS. Estos fueron aprobados por la Resolución Jefatural N° 074-2018-MTC/PEJP-2019.01.03, en el que propiamente se previeron cláusulas de mecanismos de prevención y solución de conflictos¹¹⁵.

Por otra parte, y situándonos en la figura adaptada en nuestro ordenamiento, la primera junta de resolución de disputas en Contratos de Obras en el que se aprobó este Decreto ocurrió en la tercera semana de noviembre del 2020. Se incorporó al contrato de obra N°:124-2019-MTC/20.2 para el mejoramiento de la carretera Chuquicara – Puente Quiroz – Tauca – Cabana – Huandoval – Pallasca, del tramo: Tauca – Pallasca; la Junta de Resolución de Disputas mediante la suscripción de un contrato tripartito entre Provias Nacional, representantes del Consorcio ICC, a cargo de la ejecución de esta obra, y los miembros adjudicadores que integran la junta de resolución de disputas, conformada por tres miembros que forman parte de la relación de adjudicadores adscritos al Centro de Arbitraje y Resolución de Disputas del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú; de acuerdo a las exigencias de la norma¹¹⁶.

simplificar una eficiente gestión de los proyectos en los que se utilizan y se han diseñado con un enfoque basado principalmente en los principios de colaboración mutua, flexibilidad, claridad, simplicidad e incentivos a la buena gestión; Que, en atención a dichos principios, el mecanismo de solución de controversias previsto en los Contratos NEC3F que está utilizando la ARCC es el de *Dispute Adjudication Board* (DAB) regulado por el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el cual para efectos de la presente Resolución es denominado Junta de Resolución de Disputas; Que, conforme se aprecia en los fundamentos del Reglamento de la ICC, el propósito de la Junta de Resolución de Disputas es el de dar un soporte permanente a las Resolución de Gerencia General partes para evitar y resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera darse durante la ejecución de los Contratos NEC3F; Que, en la medida que no existe normativa nacional que regule el funcionamiento de los *Dispute Boards* en el marco de Contratos de Ingeniería y Construcción, resulta necesario contar con un documento interno que defina los aspectos operativos y de coordinación interna que deben realizarse por parte de los órganos de la ARCC para poder nombrar a los integrantes de las Juntas de Resolución de Disputas de forma transparente y eficiente y de común acuerdo con los respectivos Contratistas; Que, en ese orden, la presente Directiva plantea un procedimiento sencillo para i) preparar adecuadamente a las partes del Contrato NEC3F para que realicen el proceso de elección y nombramiento de los integrantes de la Junta, ii) constituir una comisión que cuente con la participación de todos los órganos que participan, directa o indirectamente, en la gestión de los Contratos NEC3F para seleccionar y nombrar de forma transparente, ordenada y de común acuerdo con el Contratista, a dichos integrantes y, iii) definir la forma como se gestionará los contratos tripartitos que la ARCC y el Contratista suscribirán para recibir los servicios de los integrantes de la Junta de Resolución de Disputas [...]"

¹¹⁵ I Conferencia Internacional de *Dispute Boards* y Arbitraje IPA. Op. Cit.

¹¹⁶ PROVÍAS NACIONAL. Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Viceministerio de Transportes. [fecha de consulta: 06 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.pvn.gob.pe>

Si bien, en los últimos años se ha implementado centros que se encargan de gestionar conflictos a través de las JRD, tenemos por ejemplo el caso del CARC antes mencionado. A la fecha se han manejado 22 JRDs, de las cuales 18 se encuentran en trámite. De acuerdo con la investigación realizada, (y que se maneja en estricto privado, por lo que este párrafo será meramente enunciativo) lo que se observa en dichos informes son: las partes, adjudicadores, plazo de ejecución de la obra, monto del contrato y normativa aplicable. Luego se mencionan los antecedentes y las visitas con fotografías que sirven de sustento, además del número de controversias, además de otros aspectos relevantes. Las entidades y empresas que han participado en el proceso son la SBS, Consorcio Biotec, Universidad Nacional del Santa, Consorcio Bagua, Proyecto Especial Jaén San Ignacio Bagua-PEJ SIB (adscrito al MIDAGRI), Consorcio Buenaventura, Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima, Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) entre otros¹¹⁷.

Para poder diferenciar entonces el DAB y las juntas en rasgos generales, las juntas están reguladas en normas administrativas, y de manera supletoria, por lo dispuesto a los centros de JRDS; mientras el DAB es meramente contractual y no implica necesariamente la participación de la Administración Pública. Sin embargo, este último se rige bajo las normas de contratación internacional. Por otra parte, como ya se ha mencionado anteriormente, las juntas son obligatorias porque así se encuentran regulados, en cambio los DABS al basarse en un contrato, las decisiones son obligatorias para las partes. Pero lo que sí es obvio, es que las juntas nacieron en base a la figura de DAB regulado en los libros de FIDIC, y, por ende, su ámbito de aplicación es únicamente para el ámbito del Derecho de la Construcción¹¹⁸.

Tabla 2

Comparación DAB y JRD

	DAB	JRD
Origen	Suiza	Perú
Regulación	Sujeto por normas de contratación internacional y Derecho Contractual.	Sujeto por normas de Derecho Administrativo (Ley de Contrataciones con el Estado)
Vinculatoriedad	Son vinculatorias y finales para las partes al encontrarse sujetas por un contrato	Ley
Vigencia	Participa incluso en la etapa de liquidación de la obra	Puede regir hasta antes de la etapa de ejecución
Plazo de dictamen final	28 días	30 días

Nota. Elaboración propia

¹¹⁷ Cabe resaltar que la información recabada es parte de un conjunto de informes de carácter privado, por lo que no se puede hablar con detalle al respecto. Consulta al CARC PUCP.

¹¹⁸ Sin embargo, existe una excepción de los libros de FIDIC, referido al Libro Blanco, que se utiliza para la consultoría de ingeniería, y para evitar confusiones, no llama como DAB al mecanismo ahí mencionado. GRAY JAIME

Capítulo 3

Comparación DAB con Ley de Conciliación Extrajudicial

3.1 Nociones generales

La conciliación es una figura muy utilizada actualmente, esencialmente para resolver conflictos de naturaleza civil, y que no demandan soluciones complejas. La finalidad de la misma institución no es más que las partes lleguen a un común acuerdo, a través de una persona que brinda soluciones a estas para que intenten llegar a un punto medio. Esa persona recibe el nombre de conciliador, y comparten muchos principios de los MARCS, como son la imparcialidad y la independencia, esenciales para poder llevar a las partes a una solución equitativa y justa, que beneficie a ambas.

Según Iván Ormachea Choque, este tercero conciliador en su afán de realizar una óptima gestión se moviliza en tres niveles: facilitación, impulso y proposición. En este sentido, el conciliador es un facilitador ya que procura que el proceso de toma de decisiones y solución de problemas sea manejado eficientemente; es un impulsor del proceso conciliatorio en tanto que lo conducirá activamente hacia la búsqueda de 2 soluciones y es un proponente de soluciones al conflicto en tanto que puede participar muy activamente en la generación de alternativas de solución¹¹⁹.

Proviene del latín *conciliatio*, verbo *conciliare*, significa ajustar los ánimos de los que se oponen entre sí, avenir sus voluntades y pacificarlos; instituto que tiene como misión facilitar un proceso judicial o extrajudicial, mediante un acuerdo amigable las diferencias de sus derechos, cuidando los intereses de libre disposición, y respetando el debido proceso en caso de encontrarse en el Órgano Jurisdiccional¹²⁰. Así, existen dos tipos de conciliaciones, la judicial (dentro del proceso), y la extrajudicial (fuera del proceso, y la más común en nuestro país). El conciliador recogerá los aspectos comunes en las voluntades de las partes y buscará llegar a la mejor solución para ambas.

La conciliación judicial, puede definirse como una forma especial de conclusión del proceso en virtud de la cual las partes en un proceso judicial arriban a un acuerdo con el que se pone fin al proceso, el mismo que tiene el efecto de cosa juzgada. En la conciliación judicial el Juez está obligado a formular una propuesta conciliatoria que las partes tienen el derecho de aceptar o rechazar. La conciliación extrajudicial es aquella en la que las partes acuden ante un

¹¹⁹ ORMACHEA CHOQUE, Iván. El Modelo Conciliatorio en el CPC Peruano: ¿Conciliación o Coerciliación? *Revista de la Academia de la Magistratura del Perú*. Lima: N° 1, pp. 175-187, 1998.

¹²⁰ GALARRETA ANGULO, Julio Alfredo. La Conciliación. Poder Judicial [en línea]. [Fecha de consulta: 06 de diciembre del 2020]. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/>

Centro de Conciliación, Juez de Paz Letrado o de un Conciliador en Equidad, a fin de que les asista en la búsqueda de una solución consensual a su conflicto de intereses.

El acta que contiene el acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución, de forma que se facilite el ejercicio de los derechos que puedan haberse otorgado en la conciliación¹²¹.

La conciliación suele ser un procedimiento sencillo, que no requiere mucho tiempo de resolución, incluso mucho más celeridad y eficaz que otros MARCS. Si ambas partes acuden, generalmente deben tener la mejor disposición para llegar a un acuerdo, estar abiertos a cualquier sugerencia que presente el conciliador y así este pueda ayudar a mejorar la situación de ambas partes. El conciliador, a su vez, al tener experiencia y conocimientos de la materia, debe de hacer que las partes, a través del respeto y generosidad, pueden aportar su punto de vista, y que ambas se escuchen.

En el Perú fue publicada el 13 de noviembre de 1997 en el Periódico “El Peruano” la Ley de Conciliación Extrajudicial. Esta marca un hito muy importante para los MARCS en el Perú, ya que era necesaria la descongestión del Poder Judicial y así poder formalizar estas vías de solución. De hecho, como se verá más adelante, es uno de los pocos MARCS previstos legalmente en nuestro ordenamiento jurídico (además del arbitraje, que está previsto constitucionalmente) a diferencia de otros MARCS básicos para otros ordenamientos, como es el caso de la mediación (por ejemplo, en el caso de Chile). Esta ley promovió la creación de Centros de Conciliación, que como se observa en la actualidad, ha servido de base para resolver muchas disputas de carácter privado, disminuyendo la carga procesal del Poder Judicial.

3.1.1 Definición y origen

Respecto a su origen, en la antigua China la conciliación era el principal recurso para resolver desavenencias. Según Confucio, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción. Confucio hablaba de la existencia de una armonía natural en las relaciones humanas, que no debía interrumpirse. La conciliación a gran escala se sigue ejerciendo en la actualidad en la China¹²². Es así como, se debe tener en cuenta que, gracias a la aplicación de la figura, que en el último siglo se ha visto favorecida a su vez por el movimiento ADR de los Estados Unidos, ha permitido la disminución gradual de la carga procesal que poseen muchos tribunales a nivel mundial.

¹²¹ GARCÍA MONTUFAR. Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos. Derecho y Sociedad [en línea]. 2001, N° 16, pp. 141-147, pp. 144. [Fecha de consulta: 08 de diciembre de 2020]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1355>

¹²² GUZMÁN BARRON, César. La Conciliación: Principales antecedentes y características. Revista de Derecho de PUCP [en línea]. 1998, Lima: N°52, pp. 67-74, 1998. [Fecha de Consulta: 08 de diciembre de 2020]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/inicio/?#about>

De acuerdo con el Seminario Web de la Universidad ESAN la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos busca solucionar los conflictos de manera pacífica y sin acudir al Poder Judicial. Se trata de un mecanismo que busca una solución directa y amistosa de las diferencias que puedan surgir de una relación contractual o extracontractual. En dicha solución las partes en conflicto cuentan con la colaboración activa de un tercero llamado conciliador. De esta manera la conciliación viene a ser una negociación asistida, dada la intervención de un tercero aceptado por las dos partes y en el que ambas reconocen la capacidad de proponer fórmulas conciliatorias. El conciliador extrajudicial debe tener otras características como la capacidad de fomentar la comunicación entre las partes, el manejo racional de la información, la capacidad de síntesis de los puntos de vista divergentes, la comprensión de los intereses de ambas partes, etc.¹²³. Es así como el tercero que forma parte del proceso no toma decisiones por las partes como si fuese un juez o un árbitro, sino que es un tercero que recoge los intereses de las partes y abstrae lo que tienen en común para llegar a una solución pacífica y en beneficio de ambas.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú define a la Conciliación Extrajudicial como una manera rápida y económica de resolver los conflictos con la colaboración de un tercero llamado conciliador. A través del diálogo, el conciliador facilita la comunicación entre las partes, lo que permite superar las diferencias y arribar a acuerdos que satisfacen a todos. Luego, se suscribe un Acta de Conciliación que es el documento que contiene el acuerdo al que se ha llegado. Está firmada por las partes y el conciliador, que representa la conclusión de un procedimiento conciliatorio. Además, constituye título ejecutivo; es decir, en caso de incumplimiento del acuerdo adoptado se podrá solicitar ante el juez su cumplimiento¹²⁴.

En base a lo dispuesto por el MINJUS, se abstrae que el Acta de Conciliación constituye el final del procedimiento conciliatorio. Pero este, a diferencia del proceso judicial, o el laudo arbitral, como se verá más adelante, no tiene calidad de cosa juzgada, sino título ejecutivo, donde recién en caso de incumplimiento las partes podrán acudir al Poder Judicial a resolver la cuestión materia de litis.

De lo leído se puede concluir lo siguiente: Es aquel procedimiento flexible e informal al que acuden las partes a partir de un conflicto, en la cual participa un conciliador. Para que las partes vean satisfecho su interés y logren superar el conflicto, es necesario que estas negocien

¹²³ CONEXIÓN ESAN. ESAN. 02 de marzo de 2017. [Fecha de consulta: 08 de diciembre de 2020]. Disponible en <https://www.esan.edu.pe/apuntes-empresariales/2017/03/la-conciliacion-un-mecanismo-alternativo-para-resolver-conflictos/>

¹²⁴ MINISTERIO de Justicia y Derechos Humanos. [Fecha de consulta: 08 de diciembre de 2020]. Disponible en <https://www.minjus.gob.pe/conciliacion-extrajudicial/>

directamente, previa aceptación, ya que no es obligatorio conciliar (de acuerdo esto, se puede apreciar la intención de ambas partes a solucionar la cuestión materia de litis), por ende, el llegar a un acuerdo no es obligatorio (si bien puede darse el caso que algunas partes, que sí desean llegar a un proceso judicial, utilizan esta vía como requisito de procedibilidad para llegar a este).

3.2 Naturaleza jurídica

Como se ha descrito hasta ahora, la conciliación es aquella vía en la que las partes, se apoyan a través de un tercero que interviene en el proceso, que recibe el nombre de conciliador. Cabe resaltar que este tercero, no interviene en la decisión de las partes, sino que, respetando los intereses de estas, a través del fomento del diálogo y el respeto, propone y sugiere la mejor fórmula que los satisfaga de manera equitativa. Así, de llegar al acuerdo, constará en el acta de conciliación, que a su vez serviría de título ejecutivo¹²⁵, donde en caso de incumplimiento, las partes podrán recurrir al Poder Judicial.

Para poder desglosar el concepto de conciliación (para efectos prácticos se hará referencia a la extrajudicial) es necesario saber los componentes de la figura. Así este procedimiento flexible e informal (esto en base a la no existencia de etapas y la utilización de un lenguaje sencillo y directo, así como no requiere del patrocinio de un abogado ni pago de aranceles o cédulas, pues si bien la ley otorga ciertos requisitos, da libertad a las partes respecto al desenvolvimiento de ellas en las audiencias¹²⁶) exige la presencia de un conflicto, y de un tercero que no ejerce la labor de árbitro ni de juez, sino de una especie de asesor o intermediario que sugiere la mejor solución, respetando y teniendo en cuenta los intereses de las partes.

Esto quiere decir que ese tercero no puede intervenir directamente en el proceso, sino que debe promover que sean las partes las que establezcan la mejor solución, o que él en última instancia brinde una recomendación justa. Además, es necesario que esta persona sea especializada, generalmente un abogado, en este caso en nuestro país autorizado por el MINJUS¹²⁷ a diferencia de otros MARCS, como la mediación, en el que cualquier persona sin necesariamente ser abogado puede ejercer de mediador. Otra característica es que la audiencia de conciliación es única¹²⁸, y tiene un plazo de 30 días¹²⁹ contados a partir de la fecha de la primera sesión realizada.

¹²⁵ Artículo 18 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹²⁶ Artículo 14 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹²⁷ Artículo 20 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹²⁸ Artículo 10 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹²⁹ Artículo 11 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

Es por ello por lo que se necesita una negociación y comunicación directa entre las partes. De hecho, son ellas mismas las que resuelven el conflicto. Esto implica, a su vez que éstas compartan valores de empatía y respeto, y que estén dispuestas a escuchar y tratar de entender la posición y punto de vista de la otra parte, por más difíciles que sean las circunstancias, para así poder hallar un punto en común, y resolver el conflicto con la mejor celeridad y eficacia posibles. La carga de responsabilidad para llegar a un acuerdo no va para el conciliador, sino para los intervinientes.

Otra característica es que no existe obligatoriedad para que se dé la conciliación, pues desde que las partes asisten al centro de conciliación ya existe una aceptación manifiesta de querer solucionar el conflicto. De esto deriva también de que no sea obligatorio llegar a un acuerdo, que es una posibilidad que podría darse, si es que los intereses de las partes no hallan un punto en común o son tan contradictorios entre sí que no hay otra solución más que resolver el conflicto en sede judicial. Aunque evidentemente, la mejor opción es conciliar.

Se concluye entonces que el hecho de que la conciliación sea un procedimiento informal y flexible ha favorecido, poco a poco su popularidad y preferencia en estos últimos años. Sin embargo, aún no ha sido del alcance la información de su existencia para ciertos sectores de la población, ignorando que para ciertas situaciones se requiere conciliar, ya que es un requisito de procedibilidad del proceso judicial, como es el interés para obrar¹³⁰, y estas acuden al poder judicial ignorando que sus demandas pueden ser rechazadas por improcedencia.

3.3 Aplicación en el Perú

En el Perú, se cuenta con una Ley de Conciliación Extrajudicial desde el 13 de noviembre de 1997. El objetivo de esta, como los objetivos de otros MARCS no era otro que promover una cultura de paz¹³¹, para concientizar a los ciudadanos de que existían otras vías distintas al Poder Judicial, y con muchos menos trámites y formalidades. Este MARC fomentaba además la aplicación de ciertos principios, que, si bien algunos de estos podrían englobarse dentro del grupo de los mecanismos, al estar previsto en una ley eran mucho mejor desarrollados. Sin embargo, en la actualidad, existe un gran número de personas que acude a los Centros de Conciliación simplemente porque es un requisito de procedibilidad para poder interponer la demanda. En el año 1998 se aprobó su reglamento (que posteriormente, fue derogado en 2005).

Así, de acuerdo con lo observado por Karla Vilela, dicha norma legal se encontraba bajo *vacatio legis* como consecuencia de las diferentes normas legales que han postergado su

¹³⁰ Artículo 6 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹³¹ Artículo 2 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

aplicación en el tiempo, pues prevista inicialmente para ingresar en vigencia a los dos años de su publicación, la imposibilidad de lograr su aplicación forzosa en todo el territorio nacional y el riesgo de su inadecuada implementación se dispuso que esto ocurra recién el 14 de enero de 2001¹³². Lo que se buscaba entonces, era un cambio de mentalidad en el pueblo, y que se añada la cultura de acudir a un centro de conciliación, y que los peruanos en un tiempo prudente puedan conocer de los alcances de la aplicación de la norma. En esa fase nos encontrábamos, a lo que denomina la autora Shirakawa en una “etapa de implementación¹³³”. No obstante, el reglamento fue derogado en 2005, cuando ni siquiera había entrado en vigencia.

De acuerdo con lo mencionado por Karla Vilela [...] “es que casi todos los gobiernos la han ignorado o no tienen una visión clara de lo que desean para desarrollar esta institución pues ha sido postergada hasta ahora y en el 2005 se da un nuevo reglamento, perdiendo la oportunidad de dictar una nueva ley que enmiende los errores de la ley del 97. Y en junio de 2008 se ha dictado el D. Leg 1070 que la modifica en muchas de sus normas, pero sólo la maquilla y no elimina los errores. El 29 de agosto de 2008, se expide el DS 014-2008-JUS, que contiene el nuevo Reglamento de la ley de conciliación, el mismo que ha sido modificado mediante el DS 006-2010-JUS. Asimismo, se ha publicado un cronograma de aplicación progresiva de la norma, mediante el DS N° 005-2010-JUS el mismo que indica que en el Distrito judicial de Piura dicha norma entró en vigor el 1 de noviembre de 2010”¹³⁴. Es así, que esa tardía respuesta de las autoridades retrasó la aplicación de la norma con la excusa de la implementación. Además, el hecho de no tener una noción clara del desarrollo de la figura en nuestro país generó la aplicación y posterior modificación del Reglamento. Un ejemplo claro de que la ley y posteriores modificaciones no tenían un rumbo claro es que, en un principio, la primera facultaba no solo a los centros de conciliación, sino también a los juzgados de paz letrados a que ellos también se consideren conciliadores. Esto fue un craso error, primero porque prácticamente absorbía la aplicación de un MARC en un poder del Estado, cuando estos son totalmente independientes. Lo segundo, porque la misma ley da a entender que los conciliadores deben ser personas especializadas, como se mencionó anteriormente, y es evidente que al ser personas que tienen funciones distintas (no son similares, porque el juez

¹³² VILELA CARBAJAL, Karla Patricia. Algunas cuestiones acerca de la Ley de Conciliación Extrajudicial. Revista Ita Ius Esto [en línea]. 2011, Piura: Año IV N°8, pp. 114-135. [Fecha de Consulta: 14 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.itaiusesto.com/algunas-cuestiones-acerca-de-la-ley-de-conciliacion-extrajudicial/>

¹³³ SHIRAKAWA OKUMA, Rosely E. La conciliación extrajudicial en el Perú, como medio para promover una cultura de paz. Revista de Derecho de PUCP [en línea]. 1999, Lima: N°52, pp. 197. [Fecha de Consulta: 14 de diciembre de 2020]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6401>

¹³⁴ VILELA CARBAJAL, Op. Cit. p. 114-115.

resuelve, el conciliador solo propone una recomendación) el conciliador se encuentra mucho mejor facultado que un juez de paz letrado¹³⁵, además de aplicar principios distintos. Por otra parte, existen requisitos que se comparten con lo previsto en los procesos civiles, así, por ejemplo, la regla de competencia, que es la misma que la del Código Procesal Civil, en la que se refiere que rige el juez (en este caso conciliador) del domicilio del demandado (en este caso, sería de la parte que no invita a conciliar)¹³⁶.

De acuerdo a lo señalado los principios que ampara la Ley de Conciliación Extrajudicial son los siguientes: equidad (que se refiere a la justicia aplicada a cada caso en particular); veracidad (se debe llegar a un acuerdo sobre lo que realmente quieren las partes); buena fe (necesidad de que las partes procedan de manera correcta); confidencialidad (facultad de guardar silencio y reserva sobre todo lo actuado de tal manera que lo que se dice en el centro de conciliación no puede presentarse en el proceso judicial, si lo hubiese); imparcialidad (supone la intervención del conciliador sin identificarse con alguno de los intereses de las partes); neutralidad (no debe haber existencia de algún vínculo entre las partes y el conciliador); legalidad (que el acuerdo conciliatorio guarde conformidad con el Ordenamiento Jurídico); celeridad (que el conflicto sea solucionado rápida y eficazmente) y economía procesal (que este fomente el ahorro del tiempo y dinero)¹³⁷.

Respecto a la obligatoriedad o no de la conciliación, esta dependía de la *vacatio legis*. En aquellos distritos judiciales donde no había entrado en vigor la Ley de Conciliación Extrajudicial, evidentemente no es obligatorio que se dé la aplicación de esta. El problema de esta exigencia radica, en que muchas veces las partes no quieren llegar a conciliar. Es por eso por lo que en la Res. Ministerial 070-2018-JUS del 5 de marzo del 2018 propuso eliminar esta exigencia, al considerar, entre la razón mencionada anteriormente, que la conciliación no había concretado “promover la cultura de paz”, que mencionaba el artículo 2 de la Ley. Esta opinión, al parecer, no tomó en cuenta que esta se debió en gran parte al retraso de las autoridades para aplicar la conciliación, y de las posteriores modificaciones que no guardaban sentido con la Ley de años atrás (que también tenía ciertas inconsistencias). Como se menciona el texto citado anteriormente, [...] “no se tuvo en cuenta que los medios extrajudiciales funcionan mejor en la medida que el aparato estatal no los regule en exceso y, lamentablemente, en el caso de la conciliación el legislador la ha regulado de manera abundante y al detalle, como si se tratara de

¹³⁵ Cabe resaltar que el Capítulo VI de la Ley de Conciliación Extrajudicial fue derogado por la Única Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1070, publicado el 28 junio 2008, por lo que ya no sería de aplicación al juez de paz letrado en la Conciliación.

¹³⁶ Artículo 13 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹³⁷ VILELA CARBAJAL, Karla Patricia. Pro-Manuscrito. Sistemas Alternativos de Conflictos. 2017

otro proceso judicial¹³⁸” Y esto es verdad, pues el problema que el legislador ha tenido con este MARC(y tal vez otros MARCS) es equiparar a la figura con requisitos exhaustivos y excesivamente específicos, tal cual fuera un procedimiento judicial. Si bien es necesario estar recogido en un sustento legal, a veces se corre el riesgo de confundir tanto las figuras que, como se explicó con anterioridad, terminan siendo un derivado del proceso judicial, cuando en la práctica no lo son¹³⁹.

Respecto a las materias sobre las cuales se puede conciliar, la Ley propone determinadas o determinables que versen únicamente sobre derechos disponibles de las partes, así como algunos asuntos relacionados con Derecho de familia o controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme¹⁴⁰.

Así es obligatorio que la Conciliación siempre verse sobre derechos disponibles, alimentos, régimen de visitas y violencia familiar (estas últimas a pesar de no ser derechos disponibles, por la carga sensible y delicada que conlleva involucrarse en un ámbito tan personal como el familiar, es necesario promover la búsqueda pacífica de soluciones antes de acudir al proceso judicial, teniendo en cuenta principios claves como el interés superior del niño). Sin embargo, existen materias¹⁴¹ que no están englobadas en el concepto de derechos disponibles, algunos ejemplos son: cualquier proceso de ejecución, procesos de tercería, procesos de prescripción adquisitiva de dominio, procesos de retracto, impugnación judicial o nulidad de acuerdos societarios, procesos de indemnización(ocasionados por delito o falta), procesos de indemnización derivados de materia ambiental, procesos de familia en los que las partes no tengan libre disposición, procesos de garantías constitucionales, procesos contenciosos administrativos.

No obstante, podría darse el caso en los que no se va a proceder con la conciliación, por distintas situaciones, como por ejemplo, cuando no se sabe el domicilio de la persona con la que se quiere conciliar, ya que al estar en un procedimiento distinto, ni siquiera se podrá notificar por edicto(ya que como se recuerda, no estamos ante ninguna variante del proceso judicial); en los mal llamados procesos cautelares; en los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad del acto jurídico, en los procesos de herencia, en los casos en los que en la demanda

¹³⁸ VILELA CARBAJAL, Op. Cit. p. 116.

¹³⁹ Artículo 4 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹⁴⁰ Artículo 9 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹⁴¹ Artículo 9 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

se acumule esta petición y el reconocimiento de la condición de heredero; cuando hay una demanda de por medio, entre otros.

Sin embargo, existe un conflicto entre normas para ciertas materias, que supuestamente no son conciliables para la ley, pero para el reglamento¹⁴² son facultativos (se le da potestad a las partes para que escojan si llevarlo a conciliación o no), como es el caso de las materias que se ventilan ante el proceso contencioso-administrativo o lo referido a sociedades. No obstante, hay que recordar que la norma con mayor jerarquía es la ley, por lo que está predominará a pesar de que el reglamento establezca algo contrario a esta.

Respecto a cuáles son los requisitos para que un conciliador pueda ejercer sus facultades, se requiere que sea ciudadano en ejercicio, que haya aprobado el Curso de Formación y Capacitación de Conciliadores dictado por entidad autorizada por el Ministerio de Justicia, que carezca de antecedentes penales y que cumpla con los demás requisitos que exija el Reglamento¹⁴³

Por ende, la persona que ejerza de conciliador debe ser una persona preparada, y tomar el Curso que exige el MINJUS, para su posterior acreditación, además de no contar con antecedentes penales. No es necesario que la persona que ejerza de conciliador sea abogada, pero sí que tenga interés de servicio y promueva la comunicación entre las personas. Sin embargo, a pesar de que no sea obligatorio, es sugerible que sea una persona que conozca de Derecho, pues gracias a sus conocimientos generalmente cuentan con los valores y aptitudes para resolver mejor los conflictos. Sino un Abogado, de acuerdo con lo estipulado en la Ley, se encargará de velar por la legalidad de los acuerdos¹⁴⁴.

Respecto a la celeridad de la conciliación, el conciliador debe ser designado hasta el día hábil siguiente, y este deberá invitar a las partes en los dos días hábiles siguientes, pero puede darse la posibilidad de que, en caso las dos partes, presenten la solicitud, y de acuerdo con la disponibilidad del centro de conciliación, las partes se reúnan, podría ser en el mismo día en el que se presenta la solicitud. Además, se prevé el caso en el que terceros formen parte del proceso, si no están notificados, se les debe comunicar y la cita debe darse cuando ellos se presenten al proceso. En caso no lleguen a la audiencia, el conciliador solo se podrá pronunciar en la materia que corresponde a las partes asistentes¹⁴⁵. Aquí se observa también que no son las

¹⁴² Artículo 8 del Decreto Supremo N° 014-2008-JUS-”

¹⁴³ Artículo 22 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹⁴⁴ Artículo 29 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹⁴⁵ Artículo 15 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

partes las que designan al conciliador. Esto por razones de imparcialidad, en caso de que situaciones en concreto lo ameriten.

Por otra parte, respecto a los plazos que corren una vez enviada la solicitud, dentro del periodo de los 7 días siguientes a la notificación, deben mediar, por lo menos 3 días entre la recepción de la invitación y fecha de la audiencia. sí una de las partes no concurre, en ese caso el conciliador señalará una nueva fecha de audiencia, notificando en el acto a la parte presente¹⁴⁶. Esto por una obvia razón de celeridad y eficacia, pues de lo contrario, tardarían tan excesivamente como los procesos judiciales formular un acuerdo decisorio que satisfaga los intereses de las partes.

Respecto a la conclusión del procedimiento conciliatorio, esta puede darse por acuerdo total o parcial de las partes, falta de acuerdo entre ellas, inasistencia de una parte a dos (2) sesiones, inasistencia de ambas partes a una (1) sesión y que la decisión debidamente motivada del Conciliador en Audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la Conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la Audiencia o por negarse a firmar el Acta de Conciliación¹⁴⁷.

La conclusión bajo los tres supuestos no produce la suspensión del plazo de prescripción contemplado en el Artículo 19 de la Ley, para la parte que produjo aquellas formas de conclusión. La formulación de reconvencción en el proceso judicial, sólo se admitirá si la parte que la propone no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio al que fue invitado, bajo los supuestos de los incisos d) y f) contenidos en el presente artículo. La inasistencia de la parte invitada a la Audiencia de Conciliación produce en el proceso judicial que se instaure, presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el Acta de Conciliación y reproducidos en la demanda. La misma presunción se aplicará a favor del invitado que asista y exponga los hechos que determinen sus pretensiones para una probable reconvencción, en el supuesto que el solicitante no asista. En tales casos, el Juez impondrá en el proceso una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal a la parte que no haya asistido a la Audiencia.

Así la inasistencia de las dos partes no solo genera la conclusión, sino que también va a generar la ineficacia de la suspensión del plazo de prescripción (va a dejar de operar la suspensión, se va a reanudar el conteo del plazo de prescripción que había quedado suspendido cuando se invitó a conciliar), en el mismo caso de que la conclusión del procedimiento conciliatorio se dé por decisión del conciliador, pero se adiciona el tiempo transcurrido

¹⁴⁶ Artículo 12 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

¹⁴⁷ Artículo 15 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872).

anteriormente. Por otra parte, la reconvencción se daría si es que la parte que lo propone no provocó la conclusión del proceso. El artículo mencionado anteriormente también propone que lo constatado en el Acta de Conciliación es considerado presunción relativa de verdad, esto en cierta forma ratifica el carácter procesal de la figura de la Conciliación.

La Conciliación es entonces, una figura de aplicación necesaria en los últimos tiempos. Si bien existe discusión del carácter de obligatoriedad para ciertas materias, nadie discute que al menos redujo la carga procesal que tenía el Poder Judicial. Sin embargo, esto se dio paulatinamente por el tardío y progresivo periodo de implementación, que a su vez en cierta forma afectó la reputación de la figura, cuando en la Res. Ministerial 070-2018-JUS se propuso retirar la obligatoriedad de esta. Se debe discutir sobre la obligatoriedad de esta, pues crea innecesariamente más tramitación para partes que quieren llevar su proceso al Poder Judicial.

3.4 Comparación con el DAB

El DAB y la Conciliación se asemejan en muchas características. Si bien son figuras que se han consolidado en periodos distintos (siendo más antigua la conciliación que el DAB, como se ha explicado hasta ahora), ambos han sido desarrollados en nuestro Ordenamiento (aunque la Conciliación prácticamente tiene Ley propia, a diferencia del DAB, con su especial JRD, que es mencionado en menor amplitud en la Ley de Contrataciones del Estado). Además, ambas figuras aún generan mucha desconfianza, a pesar de que la Conciliación ha ido consolidándose a lo largo del tiempo (ejemplo de esto, es la usual inasistencia a los centros de conciliación por preferir recurrir al Poder Judicial cuando esta es obligatoria), y en el caso de los DABs, al ser un MARC nuevo y recién conocido en nuestro ordenamiento, la falta de capacitación de los árbitros (de acuerdo a los requerimientos normativos) o las personas que quieren especializarse en esa rama.

Por otra parte, ambas llevan implícitas la finalidad de descongestionar el Poder Judicial, pues las partes que recurren a estas vías saben lo tedioso y burocrático que puede llegar a ser tramitar demandas por los conflictos que se puedan suscitar. Ambos también llevan un proceso en el que debe existir al menos coordinación entre el tercero que interviene en el conflicto y las partes que quieren resolver este. Además, tanto el DAB como la conciliación buscan una mayor celeridad en sus respectivos procesos a través de sus plazos.

Las diferencias entre estas figuras, en cambio, son mucho más marcadas: así, en el caso de la conciliación se consideraría un mecanismo autocompositivo, pues son las mismas partes las que resuelven el conflicto, en cambio el DAB al resolver la junta es un mecanismo heterocompositivo. Por otra parte, el DAB está sujeto a menor voluntariedad que en la conciliación, pues en el primero son las partes las que deciden que reglas se van a seguir en base al contrato,

en cambio en la conciliación van a ser las partes las que tomarán la decisión apoyada por el conciliador. Por otra parte, las materias que regulan tanto el DAB como la conciliación son distintas, pues como se ha explicado anteriormente en el primero se puede aplicar tanto para los contratos de construcción, como de electricidad (más adelante se explicará que también puede aplicarse a contratos privados), mientras que la materia de la conciliación generalmente es de carácter patrimonial y no de Derecho Público. Ambos deben versar sobre derechos disponibles.

La Junta de Resolución de Disputas generalmente cuenta con 3 miembros. El conciliador es únicamente un asesor que participa en una audiencia única que puede darse en varias sesiones. El DAB puede tener varias sesiones, además de las visitas que debe hacer periódicamente para tener en cuenta cómo el estado del objeto materia del contrato. La conciliación tiene únicamente carácter nacional, al someterse al Ordenamiento Peruano. Esto no pasa con el DAB, pues incluso los miembros de la junta no es necesario que sean ciudadanos peruanos, suelen participar personas especializadas extranjeras, al aplicarse un contrato estándar.

Así, se puede observar que son dos figuras distintas, y en el Ordenamiento Peruano (respecto a las juntas), una más regulada que otra. Es indiscutible que ambas figuras han pasado por un proceso de implementación, demasiado extenso en el caso de la conciliación, y sería bueno que el Estado tome en cuenta con esa experiencia, que el hecho de haber regulado tan excesiva y desordenadamente este MARC ocasionó la desconfianza de cierto sector, que incluso intentó derogar la ley. Recogiendo esa experiencia, sería bueno que en caso se regule los DABs no sean detallados tan excesivamente, teniendo en cuenta que una de sus características que esta se establece por la voluntariedad de las partes, pues éstas pueden escoger aplicar las reglas que mejor se les acomoden.

Tabla 3

Comparación entre DAB/JRD y la conciliación

Origen	DAB/JRD	Conciliación
	Suiza	Antigua China
Regulación	Sujeto por normas de contratación internacional y Derecho Contractual.	Previsto en la Ley N° 26872
Carácter	Hetero compositivo	Autocompositivo
Grado de voluntariedad	Menor, al depender lo que indique el DAB	Mayor, al intervenir las partes apoyadas por el conciliador
Número de miembros	1-3	1
Nivel de contacto	Mayor, a el DAB o JRD involucrarse en la obra y tener varias sesiones	Menor, al darse una única audiencia
Nivel de internacionalidad	Carácter internacional o de acuerdo con la Ley de Contrataciones con el Estado	Depende de los casos sujetos a ley

Nota: Elaboración propia

Capítulo 4

Comparación del DAB con la Ley de arbitraje

4.1 Nociones generales

El Arbitraje es quizás, el MARC más utilizado en el Perú. Es un MARC hetero compositivo, y que puede parecer tener distintas fuentes de poder al ser regulado tanto por Derecho Público, como por el Derecho Privado. A pesar de que se aplica muchas veces para el primero (está regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y en el DL N°1071), sin embargo, no persigue una finalidad pública, sino únicamente un fin privado, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, de lo que se encuentra previsto en el contrato. Por esa misma razón se discute su naturaleza contractual. Así, la solución de conflictos va a trabajarse bajo la justicia privada (se nombra a un tercero que en este caso será el árbitro).

Por otra parte, el arbitraje es el único MARC reconocido en nuestra Constitución, específicamente en el artículo 139 CP¹⁴⁸, en el que indica que la facultad de administrar justicia le corresponde al Estado, y que no existe ninguna otra jurisdicción independiente “con excepción a la jurisdicción arbitral”. Esto da a entender que el arbitraje es considerado una verdadera jurisdicción. Sin embargo, teniendo en cuenta que las facultades de la jurisdicción son la *notio* (conocer el conflicto planteado), *vocatio* (obligar a las partes a comparecer), *coertio* (empleo de la fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso), *iudicium* (poner término al conflicto mediante una decisión definitiva) y *executio* (ejecutar forzosamente lo resuelto mediante la fuerza pública)¹⁴⁹, se puede dar cuenta de que el arbitraje no cuenta propiamente con la última facultad, que corresponde primordial y únicamente al Poder Judicial. Por ello, no se debe hacer una interpretación literal a lo indicado en ese apartado de la Constitución.

Además, de acuerdo con lo mencionado en el párrafo anterior, no se debe confundir entonces al arbitraje con un proceso judicial, pues claramente equipararlos es un craso error. Los terceros que intervienen en el proceso son personas con atribuciones distintas, siendo el juez legitimado por las propias leyes en consecuencia de la Constitución, y en el caso del árbitro, la fuente mediata es la ley que va a permitir la delegación de la función de juzgar a los particulares y la fuente inmediata es la zona de autonomía de los particulares¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Art 139 de la CP

¹⁴⁹ REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. Encuentros y desencuentros de la jurisdicción. Sobre el diseño constitucional de la Resolución de Conflictos. Ius et Veritas [en línea]. 2000, N° 20, pp. 239-256, p. 243. [Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2020] Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15936>

¹⁵⁰ VILELA CARBAJAL, Karla Patricia. Pro-Manuscrito. Sistemas Alternativos de Conflictos. 2017

Además, el juez al poseer la facultad de *executio*, puede ejecutar sus decisiones sin más, algo que no está del todo previsto para el árbitro.

Para definir a la figura, entonces habría que indicar que es aquel MARC hetero compositivo que cuenta con sus características propias en el que un tercero, que se denomina árbitro (o árbitros) es designado de acuerdo con lo consignado por las partes, para resolver una controversia o futura controversia que se suscita en determina. La decisión emitida por el árbitro se llama laudo arbitral, que una vez transcurrido el plazo tiene calidad de cosa juzgada (siendo la única figura de los MARCs que goza de tal jerarquía). Es por esta razón que no se pueden revisar laudos en sede judicial.

4.1.1 Definición y origen

El origen del arbitraje data del Imperio Romano. Proviene del latín *arbitrare*, que quiere decir “juzgar como árbitros”. De acuerdo con lo mencionado en la tesis de Aníbal Quiroga en lo que respecta a su evolución:

[...] Posteriormente se consolidó como institución a lo largo de la Edad Media y será reconocido en distintos cuerpos legales como el Fuero Juzgo en 1241 y posteriormente en las Partidas elaboradas durante el reinado de Alfonso X. En 1812, con la promulgación de la Constitución de Cádiz, el arbitraje adquirirá rango constitucional, toda vez que su artículo 280 estableció que «No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes»¹⁵¹».

Así ha sido una figura que ha pasado por distintas etapas de evolución, siendo en España el primer lugar que le dio rango constitucional.

[...] Desde fines del siglo XX, luego de la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de su propia justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde jueces particulares, a través de un laudo, resuelven una determinada controversia con toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial¹⁵².

Es importante tener, en cuenta, de acuerdo con lo analizado anteriormente, al menos en nuestra legislación, al no contar el árbitro con la facultad de *executio*, los conceptos de “juez”

¹⁵¹ QUIROGA LEÓN, Aníbal. La Naturaleza Procesal del Arbitraje. Tesis para optar el Grado de Magíster en Investigación Jurídica. PUCP [en línea].2017. pp.48- 49. [Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2020]. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9141>

¹⁵² QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Ibíd.* pp. 50.

y “árbitro” no son símiles. Para efectos pragmáticos, algunos lo equiparan, tal vez debido a que ambos son vías hetero compositivas.

Así, el concepto de arbitraje suena un poco complejo de desglosar, más aún cuando muchos autores equiparan al árbitro con un juez. Sin embargo, para definirlo, de acuerdo con la cátedra de la Dra. Vilela, hay que abstraer 4 notas que caracterizan a la Institución. Estas son:

- a) Actividades: Por la existencia de un convenio arbitral (aquel medio que va a vincular a las partes al arbitraje, y, por tanto, va a excluir de los órganos jurisdiccionales); el otorgamiento de la “jurisdicción” (dado por las partes al árbitro para que resuelva el conflicto) y el procedimiento arbitral (concluye con la emisión de un laudo, al que se dota por ley como cosa juzgada y ejecutivo (se convierte en título ejecutivo).
- b) Causa del arbitraje: Por la existencia de una controversia, aunque no se exige que la misma sea actual, sino que inclusive puede ser futura.
- c) Su elemento característico: La controversia se va a resolver por un tercero que no es juez, su decisión tendrá la misma eficacia que la de una sentencia judicial, aunque no cuenta con la potestad que tienen los órganos jurisdiccionales de ejecutar la sentencia, en este caso el laudo.
- d) La justificación: como institución para la solución de cuestiones litigiosas se encuentra en la voluntad de las partes¹⁵³.

Se puede abstraer entonces que es una institución, que en base a la existencia de un convenio arbitral se le otorga ciertas potestades para resolver una controversia en un procedimiento arbitral, que puede ser futura. Esta controversia va a ser resuelta por alguien distinto a un juez, al que se le denominará árbitro, pero su decisión tendrá la misma eficacia que la de una sentencia judicial, que se denomina laudo arbitral, a pesar de no contar con la misma potestad de un órgano jurisdiccional de ejecutar la misma. La justificación de la existencia de esta figura se encuentra en la voluntad de las partes. Es por ello por lo que se le denomina “justicia especializada”.

Por otra parte, se define al árbitro como aquel que tiene a su cargo el procedimiento arbitral y que se encarga de emitir una decisión que recibe el nombre de laudo arbitral, y quien finalmente recurre al juez para poder hacer efectivo ese laudo arbitral. Cabe resaltar que tiene una jurisdicción temporal, la cual está definida por dos criterios: material (sus facultades van a alcanzar exclusivamente a aquellos asuntos para los cuales fueron nombrados) y temporal (la

¹⁵³ VILELA CARBAJAL, Karla Patricia. Materiales Académicos del Curso de Sistemas Alternativos de Conflictos de la Universidad de Piura. 2017-II.

jurisdicción del árbitro comienza desde el momento que es nombrado hasta el momento en que emita el laudo o cuando se le haya vencido el plazo que se le señalo al árbitro para laudar)¹⁵⁴.

Así, el arbitraje, que es considerado un MARC hetero compositivo, es un concepto antiguo, y poco a poco, en algunos ordenamientos tiene el rango de una institución constitucional. Es importante considerar que el árbitro y el juez no son figuras equiparables: la primera porque el árbitro no tiene las mismas facultades de la jurisdicción (no tiene la facultad de executio), y por otra parte el arbitraje se diferencia del proceso judicial en que el primero persigue una finalidad privada, a diferencia del segundo, que persigue una pública.

4.2 Naturaleza jurídica

Hay dos tesis respecto a la naturaleza del arbitraje. Estas son, de acuerdo con la cátedra de la Dra. Vilela:

- a) Tesis Contractualista: El arbitraje es una institución del derecho privado, regido por la voluntad de las partes y no por la voluntad del estado. El laudo y el pacto arbitral son partes estructurales de un negocio jurídico complejo que por sus características hace poco conveniente la intervención del estado directamente o por conducto de sus órganos jurisdiccionales. La parte positiva de una posición como la antes señalada, está en que los árbitros tendrían una mayor libertad y flexibilidad para determinar la forma de solucionar la controversia puesta a su consideración sostiene que el arbitraje no es otra cosa que una transacción anticipada, limitándose los árbitros a cumplir su función en la forma determinada por las partes, dentro de un ámbito previamente delimitado en el pacto arbitral¹⁵⁵. El argumento que avala esta tesis radica en que el árbitro no cuenta con la potestad de hacer cumplir el laudo. Si se parte de un concepto de jurisdicción donde el juez tiene una doble actuación: juzga y hace cumplir su mandato. El árbitro no cuenta con la segunda actividad, entonces, no es posible afirmar que la actividad realizada por el árbitro reviste el carácter de función jurisdiccional¹⁵⁶.
- b) Tesis Jurisdiccional: Entiende que la institución arbitral tiene un carácter eminentemente jurisdiccional por cuanto lo conforma un juez denominado árbitro quien resuelve un determinado asunto sometido a su conocimiento por las partes de manera voluntaria generalmente, en este sentido al resolver un conflicto lo que hace

¹⁵⁴ VILELA CARBAJAL, Karla Patricia. *Ibíd.*

¹⁵⁵ SALCEDO FLORES, Álvaro. En torno a la naturaleza jurídica del Arbitraje. *Revista Análisis Internacional*. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano N° 2 [en línea]. 2010. pp.148- 149. [Fecha de consulta: 17 de setiembre de 2022].

¹⁵⁶ VILELA CARBAJAL, Karla Patricia. *Op, Cit.*

el árbitro no es más que administrar justicia al caso concreto razón por la cual un sector de la doctrina estima que el juicio arbitral es un tribunal al cual la ley reconoce atribuciones jurisdiccionales¹⁵⁷. Por lo tanto, el acuerdo arbitral va a operar como un elemento a través del cual se va a actuar la disposición legal va a permitir de forma general que determinados particulares ejerzan la función jurisdiccional. Esta tesis no deja de reconocer el origen contractualista (el que radica en la voluntad de las partes), pero va a poner énfasis en que por el principio de la autonomía de la voluntad se reconoce a un tercero para que sea el que resuelva el conflicto y a su vez su decisión sea revestida con la misma fuerza que la de una sentencia judicial (carácter de cosa juzgada y que se convierta en un título ejecutivo)¹⁵⁸.

Evidentemente, nuestra Constitución, en el artículo 139 mencionado anteriormente, da a entender que nuestro Ordenamiento se acoge a la segunda tesis (jurisdiccional). Sin embargo, de acuerdo con lo visto anteriormente, el arbitraje no es del todo una jurisdicción, pues para ejecutar sus laudos recurre al Poder Judicial, y que la fuente inmediata del arbitraje es la autonomía de las partes. Y así, lo justifica el Magistrado Gonzáles, en el fundamento del fallo de la Sentencia N°6167-2005-PHC/TC, concretizando el discutido concepto de "jurisdicción":

[...] Por lo que hace al primer tema, he de indicar que la "Jurisdicción" es una potestad que originariamente corresponde al Pueblo como titular de la soberanía. En el Estado Constitucional de Derecho no hay jurisdicciones (en plural), sino una sola, como recuerda la primera parte del artículo 138° de la Constitución, al establecer que "La potestad de administrar justicia emana del pueblo (...)". Como única potestad que es, dictada una Constitución, como acto de ejercicio pleno de la soberanía popular, el pueblo soberano, materializado en la decisión constituyente, encomienda su ejercicio al Estado. Éste, en el Estado legal de derecho, lo ejercía únicamente el Poder Judicial. (...)

[...] Lo que significa que no hay ejercicio de jurisdicción privada o de "carácter eminentemente privado", como se afirma en el Fund. Jur. N°. 8 de la sentencia. (...).

¿La composición de conflictos mediante dichos institutos o entes constituye un ejercicio de la jurisdicción? La respuesta (...) es que no. No sólo por lo que antes se ha dicho. (que la jurisdicción es única y ésta la ejercen los órganos estatales en nombre del Pueblo); si no, además, porque a la misma conclusión se puede arribar al comprender,

¹⁵⁷ RAMÍREZ DÍAZ, Sebastian. La autonomía de la voluntad en la institución arbitral y el arbitraje forzoso como una figura contradictoria. Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad Finis Terrae [en línea]. 2014. pp. 18. [Fecha de consulta: 17 de setiembre de 2022].

¹⁵⁸ VILELA CARBAJAL, Karla Patricia. Op, Cit.

en la unidad que representa la Constitución, que el vocablo "jurisdicción" utilizado por los artículos 139.10 y 1490 de la Constitución, y también en otros de la misma Ley Fundamental, no tiene un significado unívoco. (...) De modo que no siempre que se la utilice la Ley Fundamental hay que entenderla en el sentido de la potestad jurisdiccional a la que antes se ha hecho referencia. Es en el sentido constitucionalmente polisémico del término "jurisdicción" en el que, a mi juicio, debe entenderse el artículo 139.1 de la Constitución. En definitiva, no en el sentido de que el arbitraje, como mecanismo de composición de controversias privadas, constituya una manifestación estatal de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino como la garantía constitucional de un instituto -el arbitraje en sí mismo-. Por su virtud, pues, se garantiza y otorga validez a una forma compositiva de controversias, de carácter no estatal, en los temas previamente delimitados y limitados por la ley, entre las personas que libremente decidan resolver sus diferencias por medio de éste¹⁵⁹.

Por ende, es un error indicar que existen varias jurisdicciones. El concepto de jurisdicción, de acuerdo con lo manifestado por Hugo Alsina, es la facultad concedida a ciertos órganos para administrar justicia en casos litigiosos¹⁶⁰. No puede ser símil de soberanía, o competencia territorial o material. Y de esto el Magistrado Gonzáles se ha dado cuenta, al observar que sus pares interpretaban lo previsto en la Constitución, cuando únicamente se refería a competencia material. Por ello, claramente el único poder con jurisdicción es el Poder Judicial y es incorrecto denominar "jurisdicción" al procedimiento arbitral. Razón de ello es que cuando se quiera impugnar un laudo, en el plazo adecuado, el único capacitado es el Poder Judicial. Lo que el legislador ha intentado es delimitar la competencia para evitar que toda controversia sea absorbida en fuero judicial, y se permitan otras vías, como las MARCS.

Se concluye así que la tesis jurisdiccional, que es aplicada en nuestro país, puede llevar a errores, pues el Estado no ha otorgado potestades públicas a los árbitros para resolver controversias, y no es cierto que el arbitraje tenga jurisdicción. El árbitro tiene sus potestades gracias al convenio arbitral, es por ello por lo que hubiese sido más idóneo aplicar la teoría contractualista en nuestro país. Una correcta interpretación al artículo 139 CP en lo que respecta al arbitraje indicaría que la denominación "jurisdicción" únicamente se refiere a la independencia y competencia en el arbitraje.

¹⁵⁹ STC N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 1 y 2 del voto del Magistrado Gonzales Ojeda.

¹⁶⁰ ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo. Los Conceptos de Jurisdicción y Competencia. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [en línea]. 1991 [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2020]. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

4.3 Aplicación en el Perú

El arbitraje se ha aplicado desde antes de la Época Republicana. Así, en la Constitución de Cádiz de 1812 se estableció en los arts. 280° y 281° el derecho de los españoles de no privarlos del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes; la sentencia que expidieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieran reservado el derecho de apelar¹⁶¹. De hecho, se mantuvieron estas disposiciones al no oponerse a la independencia y fueron formalizadas posteriormente en la Constitución de 1839 en el artículo 164 con: “[...] Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros” y en la Constitución de 1855 el artículo 11 con “[...] Todo individuo en la República tiene el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros conforme a las leyes¹⁶².” La noción “arbitraje” fue mencionada por primera vez en 1919, así, en el art. 48.0 referidos a “Los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio¹⁶³”.

Por otra parte, fue recogida en la Constitución de 1979 en el artículo 233 [...] “Son garantías de la administración de justicia: 1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación¹⁶⁴”. Esta disposición es muy parecida al artículo 139.1 de la actual Constitución, mencionado anteriormente.

El derogado Decreto Ley N° 25935 fue el primer antecedente de la actual Ley de Arbitraje, y si bien no definía lo que es el arbitraje establecía en su artículo 1° que podían someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de disposición, extinguiendo respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse. De igual forma era materia arbitrable las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles u obligaciones del estado y sus dependencias, de los Gobiernos Central, regional y local y de las demás personas de derecho público, siempre que derivasen de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En esos casos el arbitraje sería necesariamente de derecho. El art. 2° por otra parte, contenía números clausus respecto de las materias no arbitrables, estableciendo cinco supuestos: 1) las que sean de competencia exclusiva del Poder Judicial o de la jurisdicción

¹⁶¹ García Belaunde, Domingo, 2006. *Las Constituciones del Perú*, Tomo I, pág. 73. Lima: Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres.

¹⁶² García Belaunde, Domingo, 2006. *Las Constituciones del Perú*, Tomo I, *Ibíd*, pág. 334.

¹⁶³ García Belaunde, Domingo, 2006. *Las Constituciones del Perú*, Tomo I, *Ibíd*, pág. 395.

¹⁶⁴ García Belaunde, Domingo, 2006. *Las Constituciones del Perú*, Tomo I, *Ibíd*, pág. 529.

militar; 2) las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial; 3) aquellos sobre los que ha recaído resolución judicial firme, salvo los que surjan de cómo consecuencia de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso; 4) los que interesan a la moral, al orden público o a las buenas costumbres o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme; 5) los directamente concernientes a las atribuciones o funciones del estado o de personas o entidades de derecho público.

Luego apareció la Ley N° 26572 en 1996 que desarrolló con mayor amplitud la figura del arbitraje. Actualmente utilizamos el Decreto Legislativo 1071, convirtiéndose así la Ley de Arbitraje en una norma de vanguardia que ha entrado en vigor el 1° de setiembre de 2008, y que tiene como base la ley modelo de UNCITRAL¹⁶⁵. De acuerdo con Mario Reggiardo “[...] El Decreto Legislativo 1071 fue diseñado para que sea muy difícil que las partes que suscribieron el convenio arbitral sometan sus controversias al Poder Judicial minimizando los efectos de dicho convenio. El Decreto Legislativo 1071 fue diseñado a partir del principio de inevitabilidad del arbitraje, que resulta un criterio de interpretación esencial para el inicio, desarrollo y ejecución del arbitraje en el Perú¹⁶⁶”. Así, la finalidad del arbitraje es esencialmente la misma que la de los MARCS, que es descongestionar el Poder Judicial.

Respecto a la relevancia, el autor Roger Rubio Guerrero menciona que:

[...] La Ley de Arbitraje del 2008 es considerada una de las leyes de arbitraje más modernas del mundo. Fue trabajada sobre la base de la Ley Modelo UNCITRAL de Arbitraje Comercial Internacional (versión 2006) y la Ley de Arbitraje española (2003), pero se revisaron las legislaciones y los reglamentos arbitrales más importantes del mundo, así como la reciente jurisprudencia internacional y la propia experiencia local, a fin de proponer un marco legal eficiente. No hemos encontrado, en estos cinco años, distorsiones que merezcan una modificación; los problemas están más en la práctica arbitral que en el texto mismo de la ley. No obstante, debo mencionar que la aplicación del artículo 14, sobre extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, genera diversidad de criterios en los tribunales arbitrales y también en las cortes. Aquí es necesario nutrirse de la experiencia internacional, para entender el propósito y los

¹⁶⁵ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia. [Fecha de Consulta: 02 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/interna.php?comando=10342>

¹⁶⁶ REGGIARDO, Mario. 2014. Una Revisión Funcional al Recurso de Anulación de Laudo en el Perú. Revista de Derecho Forseti. Lima: Derup Editores, N° 1. ISSN: 2312-3583

alcances de la norma por parte de todos los operadores: abogados, árbitros, instituciones arbitrales y jueces¹⁶⁷. Por ende, al ser uno de los dispositivos legales más reconocidos de nuestro ordenamiento no debería ser modificado.

Sin embargo, de acuerdo con Víctor Sebastian Baca:

[...] El ámbito donde el arbitraje ha tenido un impulso definitivo como modo de solución de controversias entre el Estado y los administrados es en los contratos de gestión patrimonial, desde la original Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (aprobada mediante Ley 26850, de 1998) hasta la vigente Ley de Contrataciones del Estado (aprobada mediante Decreto legislativo 1017, en adelante LCE). Así, en estas normas se establece un sistema de arbitraje obligatorio (entendiéndose incluida la cláusula arbitral tipo si el contrato no dice nada) y de derecho para cualquier controversia surgida una vez suscrito el contrato. Es decir, cualquier controversia que surja entre las partes del contrato (incluso si esta se refiere a la anulación de oficio de un contrato ya suscrito que realice la Administración) se resuelve mediante arbitraje, salvo lo dispuesto por el art.41 LCE, respecto de las decisiones de la Entidad o de la Contraloría de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, así como las controversias referidas a la ejecución de prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de Contraloría General de la República¹⁶⁸.

4.4 Comparación con el DAB

El arbitraje y el DAB, son métodos hetero compositivos, con 1 o 3 miembros. Sin embargo, en esencia, son distintos; el arbitraje termina siendo complementario al DAB, pues en caso no se esté de acuerdo con la decisión emitida por el board o junta, esta es susceptible de ser revisada en vía arbitral. Así, si se acude a un arbitraje para cuestionar la decisión de la JRD, el tribunal tiene todas las facultades para modificar, cuestionar y revisar esa decisión. El acceso al procedimiento arbitral se da luego de la finalización de la obra, efectuada la recepción de esta. En ese momento podrán someterse a arbitraje todas o algunas de las decisiones comprendidas en la JRD, siempre que se haya manifestado su desacuerdo en su oportunidad. Debe tenerse en cuenta el plazo de caducidad para poder acceder a un arbitraje, ya que para ello se establece un plazo de 30 días siguientes a la recepción de la obra. Lo lógico es aplicar el

¹⁶⁷ RUBIO GUERRERO, Roger. 2013. Los Desafíos del Arbitraje en el Perú. Lima: IUS ET PRAXIS, n.º44, pp. 254

¹⁶⁸ BACA ONETO, Víctor Sebastián. 2013. Contratación Pública Doctrina Nacional e Internacional, Volumen II. Arequipa: Adrus Editores.

mismo criterio que se utiliza en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje respecto a la renuncia al derecho a objetar, la cual dice lo siguiente:

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este decreto legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dicha circunstancia¹⁶⁹.

Primero, como se ha señalado en la Normativa Constitucional, el arbitraje está regulado por el artículo 139.1, y es más antiguo que el DAB, que se considera nuevo. Además, debemos de entender la naturaleza de las *Dispute Boards*, que tiene naturaleza preventiva¹⁷⁰. Y esto porque lo que busca tal como se ha explicado anteriormente, no es que se llegue al conflicto como tal, sino que cualquier aspecto que sea materia de duda o se encuentre inconcluso, tal sea caso por ejemplo de la imputación de los gastos materia de algo, podría ser materia de consulta en un *board*. Por ende, se puede acudir al *Board* incluso si no ha escalado a conflicto. En cambio, en el arbitraje no existe función preventiva, sino que, existiendo el conflicto, se requiere es que el árbitro resuelva, y su decisión como tal tiene carácter de una sentencia judicial. Sin embargo, tiene un plazo para que este último se torne firme, siempre y cuando no se le haya interpuesto el recurso de revisión¹⁷¹.

Por ende, no es correcto indicar que los DB tienen naturaleza arbitral. Se podría decir que es un MARC de carácter más técnico, que incide más en situaciones dubitativas y que se presentan del día a día, como es el caso de la construcción. En cambio, el arbitraje en sí busca que un tercero resuelva un conflicto que no se puede resolver de manera sencilla en un board, sino que en sí conlleva a un proceso. Por ende, se puede discutir que el primero tiene mucho menos formalidad, al no ser vinculantes para nadie más que para las partes. En cambio, en el

¹⁶⁹ GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. El Nuevo Medio de Solución de Conflictos: Los *Dispute Boards*. Ius et Praxis [en línea]. Julio 2021, N° 52, pp. 284. [Fecha de consulta: 29 de enero de 2022] Disponible en: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/issue/view/350

¹⁷⁰ PAREDES, Gustavo. *Dispute Boards* y Arbitraje ¿Compiteen o se complementan? Arbitraje PUCP [en línea]. Julio 2021, N° 52, pp. 284. [Fecha de consulta: 29 de enero de 2022] Disponible en: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/issue/view/350

¹⁷¹ “El inciso 1, literal a), del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, establece que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. El literal a) señala de manera expresa una causal de anulación no prevista anteriormente. Dicha causal está referida a la posibilidad de interponer recurso de anulación contra un laudo cuando el convenio arbitral sea inexistente, nulo, anulable, ineficaz o inválido.” CASTILLO FREYRE, MARIO; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura; CHIPANA CATALÁN, Las Causales de Anulación del Laudo Arbitral en la Ley de Arbitraje del Perú. LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón [en línea]. Octubre 2014, N° 10, pp. 10. [Fecha de consulta: 29 de enero de 2022] Disponible en: <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/issue/view/57>

arbitraje se debe cumplir lo establecido en la Constitución y leyes, en los plazos previstos, y la decisión del árbitro es inapelable.

Tabla 4

Comparación entre arbitraje y DAB/JRD

	Arbitraje	DAB/JRD
Origen	Imperio Romano	Suiza
Regulación	Previsto en el artículo 139 de la Constitución y el DL 1071	Sujeto por normas de contratación internacional y Derecho Contractual.
Vinculatoriedad	Los laudos arbitrales emitidos tienen carácter de cosa juzgada.	Las decisiones emitidas por los DABs son vinculantes y finales para las partes ya que vinculan como contrato.
Nivel de contacto	Menor, depende del árbitro o tribunal arbitral el número de audiencias ¹⁷²	Mayor, de acuerdo con su carácter preventivo, de acuerdo con las visitas de los miembros del board, y el número de sesiones de esta.
Plazo de dictamen final	El plazo para emitir el laudo es convenido por las partes o por el tribunal arbitral ¹⁷³	30-28 días se debe emitir la decisión final
Carácter	Tiene un carácter adversarial más marcado, por lo que dificulta una reconciliación entre las partes o brindar las condiciones necesarias para que las partes lleguen a una solución amistosa fuera del procedimiento ¹⁷⁴	Tiene un carácter preventivo, se busca evitar el conflicto, y en caso exista, evitar en todo momento el arbitraje a través de una decisión que beneficie a las partes.

Nota. Elaboración propia

¹⁷² Artículo 33 Y 39 del DL 1071.

¹⁷³ Artículo 53 del DL 1071.

¹⁷⁴ POULSEN PINOCHET, Christian Andrés, CIFUENTES VERGARA, Sergio Andrés. *Los dispute board* como requisito de la arbitrabilidad de la controversia en los contratos internacionales de construcción. Universidad de Chile [en línea]. 2022, p. 66. [Fecha de consulta: 3 de febrero de 2022] Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/150674/Procedimiento-de-resoluci%C3%B3n-de-controversias-FIDIC-los-dispute-board-como-requisito-de-la-arbitrabilidad-de-la-controversia-en-los-contratos-internacionales-de-construcci%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Capítulo 5

Idoneidad del DAB/JRD en el Ordenamiento Jurídico Peruano

5.1 Análisis de la aplicación de la JRD en base al Ordenamiento Jurídico Peruano

Como ya se ha explicado anteriormente, es necesario diferenciar el DAB de la Junta de Resolución de Disputas. Ambas se han implementado en el país tanto en el sector público como el privado. Y aunque son figuras similares hay que diferenciar que mientras el DAB es una figura jurídica extraída del Sistema Anglosajón, que con el paso del tiempo se ha consolidado en el Derecho mundial, la Junta de Resolución de Disputas es una figura que nace de la figura mencionada anteriormente en nuestro país.

Así, en principio, tal como se ha mencionado, la Junta de Resolución de Disputas, se encuentra regulado en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, por lo que debe ceñirse estrictamente a estas y se aplica necesariamente a obras públicas, por las características mencionadas. De acuerdo a estas disposiciones, la JRD viene a ser una figura que se encargará de emitir decisiones vinculantes en las controversias de obras en un contrato público¹⁷⁵, así como las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato¹⁷⁶, desde el inicio del plazo de ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma, a excepción de las pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública¹⁷⁷.

De esta manera, las JRDs se aplicarán para aquellas controversias que surjan antes de la etapa de ejecución de la obra, siempre y cuando no sean superiores al valor referencial. No obstante, existen diversos artículos del Reglamento del citado cuerpo legal (DS N° 350-2015-EF) que nos dan matices en qué otras circunstancias se podrían aplicar, cómo cuando surgen discrepancias respecto a las valorizaciones o metrados, cuando esta 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 Junta de Resolución de Disputas, según corresponda; dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de haber tomado conocimiento de la discrepancia, sin implicar la suspensión del contrato ni el incumplimiento de obligaciones de las partes¹⁷⁸; en ciertos casos donde surgen discrepancias respecto de la formulación de una valorización de mayores costos y gastos generales¹⁷⁹, y en caso el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, luego de haber

¹⁷⁵ Artículo 45 de la Ley N° 30225

¹⁷⁶ Artículo 223 del DS N° 350-2015-EF

¹⁷⁷ Artículo 243 del DS N° 350-2015-EF

¹⁷⁸ Artículo 168 del DS N° 350-2015-EF

¹⁷⁹ Artículo 172 del DS N° 350-2015-EF

elevado al Titular de la Entidad todo lo actuado, estando obligado la Junta a resolver dentro de 30 días posteriores al pronunciamiento de la Entidad o al vencimiento del plazo en que este debió realizarse¹⁸⁰. Como podemos ver, el Ordenamiento Peruano únicamente ciñe la JRD a casos de obras públicas, y para situaciones en las que ocurren discrepancias, esto último similar al caso de las DB, de acuerdo con lo dispuesto por la FIDIC y el ICC¹⁸¹. Existen centros que el Gobierno Peruano ha autorizado como centros donde se aplicaría Junta de Resolución de Disputas, y se encuentran en la página del Gobierno¹⁸².

No obstante, se debe recordar que no se ha previsto JRD para otros ámbitos distintos al Derecho Administrativo. A diferencia del DAB, que como se ha visto anteriormente, existe la posibilidad de que se introduzca a otros sectores distintos al de la construcción, como el de la propiedad intelectual mencionado anteriormente, esto no ocurre con la JRD. Es por ello por lo que el objetivo de la presente tesis no será otro que delimitar el campo de aplicación para ambas figuras, a través de la experiencia en el sector construcción.

5.2 Naturaleza y características del DAB en el Ordenamiento Jurídico Peruano

Hay que tener en cuenta que la Ley que ha previsto la JRD (especie del DAB, como se ha mencionado anteriormente) prevé que esté sujeto a la voluntad de las partes, al nacer de un contrato público. Y así lo indica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (DS N° 350-2015-EF) el artículo 205 indica que la finalidad de las juntas es que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente sus controversias durante la ejecución de la obra, desde el inicio del contrato hasta la recepción total de la obra. En caso de resolución del contrato, la Junta de Resolución de Disputas es competente para conocer y decidir las controversias que surjan hasta que la Entidad reciba la obra. No pueden someterse a Junta de Resolución de Disputas pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa

¹⁸⁰ Artículo 178 del DS N° 350-2015-EF

¹⁸¹ “*Dispute boards* are often found in large construction projects to assist parties in resolving or avoiding disputes and, ideally, preventing such disputes from escalating to international construction arbitration.” C. CHERN, Chern on *Dispute Boards: Practice and Procedure* (3rd ed., 2015); OWEN, G y TOTTERDILL, B. *Dispute Boards: Procedures and Practice* (2007); BUNNI, N.G. *The FIDIC Forms of Contract* (3rd ed., 2005) and C. Chern, *The Law of Construction Disputes* (2010). [en línea]. https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/#_ftn1 (Fecha de consulta: 17 de enero de 2021)

“A *Dispute Board* (“DB”) is a standing body composed of one or three DB Members. Typically set up upon the signature or commencement of performance of a mid- or long-term contract, they are used to help parties avoid or overcome any disagreements or disputes that arise during the implementation of the contract.” International Chamber of Commerce (ICC) [en línea]. (Fecha de consulta: 17 de enero de 2021) [https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/#:~:text=A%20Dispute%20Board%20\(%E2%80%9CDB%E2%80%9D,the%20implementation%20of%20the%20contract](https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/#:~:text=A%20Dispute%20Board%20(%E2%80%9CDB%E2%80%9D,the%20implementation%20of%20the%20contract)

¹⁸² Plataforma Digital Única del Estado Peruano [en línea] <https://www.gob.pe/institucion/osce/campa%C3%B1as/2073-listado-de-centros-que-organizan-y-administran-la-jrd>. (Fecha de consulta: 17 de enero de 2021)

de contratación pública. Las partes pueden pactar hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, una cláusula de solución de disputas a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean superiores a veinte millones de Nuevos Soles (S/. 20 000 000,00), siendo sus decisiones vinculantes para las partes. La Junta de Resolución de Disputas 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 Junta de Resolución de Disputas se integra por un (1) miembro cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a veinte millones de Nuevos 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 Nuevos Soles (S/. 40 000 000,00)¹⁸³.

Así, la voluntad de la parte privada está sujeta a la voluntad del Estado, por lo que la característica “contractual” depende exclusivamente de la LCE. Esta [...] “se perfeccionan de manera diferente a lo previsto por el Código Civil peruano, puesto que conforme a este último cuerpo legal se genera el contrato cuando la aceptación llega a ser conocida por el oferente¹⁸⁴”.

Ahora, para el caso de a qué contratos públicos se aplica, hay que tener en cuenta que la misma ley peruana reduce el campo de aplicación a las obras, cuando perfectamente la norma podría haberlos incluido¹⁸⁵. Y así lo indica en todos los artículos de la LCE y la RLCE. En ese sentido, la misma LCE podría haber introducido la aplicación a los convenios de colaboración previsto en el artículo 5 de dicho dispositivo o en el artículo 87 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG). Si bien en el primer artículo forma parte de los supuestos de exclusión de la LCE, los mismos convenios podrían prever la ejecución de una prestación de obra. Por ejemplo, el convenio entre Servicios Industriales de la Marina S.A y Provias Descentralizado para la construcción de un remolcador (especie de embarcación)¹⁸⁶ podría ser perfectamente aplicable y podría actuar preventivamente para superar distintas desavenencias que se podrían presentar.

¹⁸³ Artículo 205 del DS N° 350-2015-EF

¹⁸⁴ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El régimen de los contratos estatales en el Perú. Revista de Derecho Administrativo. CDA. PUCP. [en línea]. 2006 [fecha de consulta: 17 de enero de 2021]. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

¹⁸⁵ Que, mediante la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado se establecen las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contratación de bienes, servicios, consultorías y obras que realicen. Considerando de la Ley N° 30225.

¹⁸⁶ Convenio específico de cooperación interinstitucional entre el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado-PROVÍAS DESCENTRALIZADO y la empresa Servicios Industriales de la Marina S.A. (SIMA PERÚ S.A.)

Por otra parte, hay que considerar que al igual del DAB, la JRD es un procedimiento tripartito. En este caso participa el contratista, el Estado y la JRD seleccionada para limar las distintas controversias que se puedan suscitar. Además, es de naturaleza temporal, ya que depende exclusivamente de la duración del contrato público. Se puede decir que respecto al carácter como MARC y al igual que el DAB es hetero compositivo, ya que es la JRD que interviene a solicitud de la parte (en este caso, al no existir plenamente libertad contractual sino estar sujeto a la potestad del Estado) y es esta la que emitirá una recomendación, que es vinculante para las partes.

Los autores Proaño Alcívar y Guevara Ruales además enumeran otras características respecto al panel que conforma el DAB (y, por consiguiente, y dado la similitud antes explicada también aplica a la JRD): celeridad; inmediatez; continuidad de la ejecución del contrato; revisión de la ejecución; confidencialidad; experticia; bajos costos; y, la mejor carta de presentación; una excelente experiencia en la práctica¹⁸⁷.

Así se puede decir que la JRD se ciñe únicamente a lo dispuesto por el contrato de carácter público, en el Ordenamiento Peruano se limita a las obras y en la temporalidad al mismo contrato, siendo el procedimiento tripartito (contratista, Estado y JRD) y hetero compositivo (al emitir la recomendación la misma JRD). Además, que es un contrato de ejecución de duración, es decir un contrato con varias prestaciones, por lo que su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes¹⁸⁸.

5.3 Vinculatoriedad del DAB

Como mencionamos anteriormente las decisiones de los DAB, a diferencia de los DRB son vinculantes y finales entre las partes. Sin embargo, en los inicios de los DB tenían el mismo carácter que estos últimos (...). Así en 1975, las partes no estaban obligadas a aceptar la opinión de esa junta. A finales de los años 80, con el mayor desarrollo del estudio de análisis de riesgos, las disputas de contratos pasaron a ser vistas bajo un prisma más amplio lo que, creemos, contribuyó para una mayor penetración de esa técnica. Los propietarios, sobre todo los de la iniciativa privada, pasaron entonces a comprender que la no solución o la dilación de la solución

¹⁸⁷ PROAÑO ALCIVAR, David Eduardo; GUEVARA RUALES, Marco Antonio. Las virtudes de los *dispute boards* y su aplicación en Ecuador. USFQ Law Review. [en línea]. 2019 [fecha de consulta: 07 de febrero de 2022]. Disponible en <https://www.usfq.edu.ec/es/revistas/usfq-law-review>

¹⁸⁸ MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, pág. 429-430.

de disputas surgidas en la implantación de un emprendimiento acababa por, la mayoría de las veces, encarecer el costo final de las obras¹⁸⁹.

De acuerdo con lo aplicado en las normativas de la ICC y FIDIC; como se ha explicado en los capítulos precedentes, la vinculatoriedad tiene el carácter de final y vinculante entre las partes. No obstante, como se ha explicado anteriormente, el dictamen es susceptible de ser revisado en un arbitraje. Lo sustancial para esta figura es que es vinculante por el principio *pacta sunt servanda*, que indica que los contratos son obligatorios en lo que se haya expresado en ellos.

Sin embargo, cuando es el caso de la Administración Pública, que tiene ciertas prerrogativas y potestades para la toma de la decisión final respecto a los contratos públicos, es lógico cuestionarse si siendo parte esta estaría vulnerando principios básicos de la Administración Pública, como es el de legalidad. Al respecto, tenemos la opinión de Gilberto José Vaz y Pedro Augusto Gravata Nicoli que indican lo siguiente:

[...]En cuanto a los modelos que establecen decisiones vinculantes de los *Dispute Boards*, existen dudas. No hay, como en el caso del arbitraje, instrumento legal específico que asegure la obligatoriedad y juridicidad de esas decisiones extraestatales. Así, una cláusula que establezca ser final la decisión de un *Dispute Board* puede, en tesis, ser cuestionada en función de los principios que rigen la Administración Pública. Eso porque [...], no hay instrumento legal específico que asegure el carácter ejecutorio de las decisiones finales extraestatales provenientes de los demás mecanismos alternativos de solución de controversias [...].

Por tal razón, una cláusula que establezca ser final la decisión de un *Dispute Board* podría ser tomada como incompatible con el principio de la legalidad que rige la Administración Pública. En ese mismo sentido, las decisiones finales y obligatorias de los *Dispute Boards* aún podrían ser desafiadas en función a conflictos con innumerables otros preceptos legales de orden público [...], que, en principio, no se conciliarían con la relativa informalidad de las normas procedimentales de los DB's, trazo que, a propósito, es justamente lo que confiere agilidad y eficacia a ese método de solución de controversias; y normas prescripcionales especiales, que no podrían ser derogadas por plazos prescripcionales establecidos en procedimientos de DB's, [...]. Todas esas circunstancias aquí expuestas llevan a creer que el modelo de DB más adecuado al

¹⁸⁹ JOSÉ VAZ, Gilberto; GRAVATÁ NICOLI, Pedro Augusto. Los *dispute boards* y los contratos administrativos: ¿son los db's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público?: *Dispute Boards* en Latinoamérica: Experiencia y retos. Op. Cit. pp. 102-103

régimen jurídico administrativo de los países de *Civil Law*, especialmente en el contexto latinoamericano, es el de emisión de decisiones no vinculantes, el cual aparejará la Administración Pública con la posibilidad de, ella misma, verificar la juridicidad de la manifestación emitida delante de reglas jurídicas a las cuales se encuentra encadenada, pudiendo acatarla en caso de conformidad con las mismas o simplemente rechazarla y someterla al Juicio Arbitral o al Poder Judicial, en caso de disconformidad con el ordenamiento jurídico, sin ninguna afrenta a los parámetros del Derecho Administrativo. No sólo eso, aún es preciso recordar que la falta de costumbre e intimidad con ese mecanismo específico de solución de controversia traerá una natural desconfianza inicial y, por lo tanto, la adopción de DB's con poderes de mera recomendación, en contratos públicos, será recibida con menor resistencia no sólo por la Administración Pública contratante, sino también por los órganos de control del Estado¹⁹⁰.

Sin embargo, a pesar de lo indicado en el texto precedente respecto a la aplicación de los DRB, en los países latinoamericanos analizados anteriormente se ha aplicado el modelo del DAB. La diferencia, como se ha explicado anteriormente, es que uno emite decisiones vinculantes y el otro no, sin perjuicio de ello, debemos entender que la JRD está sujeta a la Constitución y a las leyes peruanas, por ende, no existe objeción alguna para que la Administración Pública pueda cuestionar estas decisiones, y de acuerdo con cómo vincula y las diferencias de prerrogativas y potestades entre Estado y contratista, actuaría como un DRB. Los autores antes citados indican que la utilidad del DAB se fundamenta en el principio de eficacia¹⁹¹, contemplando en nuestro ordenamiento en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 que indica que los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio¹⁹².

¹⁹⁰ JOSÉ VAZ, Gilberto; GRAVATÁ NICOLI, Pedro Augusto. *Ibíd*, pp.113-115.

¹⁹¹ JOSÉ VAZ, Gilberto; GRAVATÁ NICOLI, Pedro Augusto. *Ibíd*, pp.116

¹⁹² Artículo IV de Ley N° 27444

Así, podemos indicar que este mismo principio de eficacia es el fundamento de las JRD en el Perú. La Administración Pública analizará si es que el tiempo invertido en el contrato público, además de los recursos económicos invertidos, y por supuesto si la decisión de la JRD no lesiona el interés público. Por ende, es necesario destacar que la aplicación constante de esta figura podría bajar la carga de los arbitrajes en nuestro país. Se podría decir entonces, que, al tener la fuerza de un contrato, la decisión tomada por la junta o el board será tomada como decisión, siempre y cuando no lesionen los principios de legalidad y fundamentado únicamente debido a la eficacia, de acuerdo con la naturaleza conflictiva de los contratos de construcción.

Concluimos así que el carácter vinculante del DAB, dependerá de los sujetos mediante los cuales se ha celebrado el contrato. Si es entre sujetos privados, el acuerdo será únicamente vinculante entre las partes. En cambio, si es entre la Administración y un privado, la decisión del DAB, y por sus características, de la JRD estará sujeta a la voluntad de la Administración, siempre y cuando se respete el plazo de caducidad de 30 días para recurrir al arbitraje previsto en el artículo 251.3 del RLCE¹⁹³.

5.4 La aplicación del DAB en determinados contratos civiles

Hay que reconocer que la presente tesis, y de hecho la aplicación de los *Dispute Boards*, se limita al sector construcción, y en concreto a los contratos públicos (como lo podemos ver con las JRD en nuestro país). Sin embargo, en algunos países se aplican los DABs para otras ramas del Derecho, entre ellas las que versan respecto al Derecho Civil.

De acuerdo con lo consultado a Jaime Gray, los *Dispute Boards* de carácter privado, (es decir, los propios del CCI) son los de tracto sucesivo (tienen que ser prestaciones no inmediatas, sino que se van desarrollando en el tiempo), contrato de suministro, de proyecto inmobiliario, proyecto de software o relaciones entre consorciados. Entonces de acuerdo con la clasificación de Messineo, los contratos civiles que serían susceptibles de ser sujetos al DAB son los de duración, sea continua (aquellos como la prestación es única, pero sin interrupción como el contrato de suministro) o periódica que se presentan en fechas establecidas de antemano, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes generalmente, como la renta y el contrato de obra¹⁹⁴. Esto porque, si es un contrato de prestación única, al ejecutarse en un solo acto (es decir, con una *solutio única*) con esto mismo queda agotado. La categoría no presenta ninguna particularidad y tiene también aplicaciones más bien escasas: venta, permuta, contrato estimatorio, reporto, mutuo sin interés, descuento, juego y apuesta, mediación¹⁹⁵. Por ende, de

¹⁹³ Artículo 251 de DS N° 350-2015-EF

¹⁹⁴ MESSINEO, Francesco. Doctrina General de Contrato... Op. Cit.

¹⁹⁵ MESSINEO, Francesco. Doctrina General de Contrato... Ibíd

aplicarse un DAB en este tipo de contratos, no tendría sentido, al generar muchos mayores gastos al atentar contra la simpleza de la naturaleza de este.

Para fundamentar que efectivamente podría aplicarse a los contratos de duración se hará un análisis respecto a las características de del contrato de suministro, y compararlo con la aplicación de las JRD, que calza, como se mencionó anteriormente, en el contrato de obra o construcción.

Este se encuentra regulado en el artículo 1604 CC, que indica lo siguiente (...) ‘por el suministro, el suministrante se obliga a efectuar en favor de otras personas prestaciones periódicas o continuadas de bienes’. En ese sentido en un contrato de construcción se solicita una obra, mientras que en el contrato de suministro civil en Perú se solicitan bienes y además en el contrato de obra existen prestaciones periódicas y continuadas. En este aspecto, tanto el contrato de obra como el contrato de suministro es de ejecución continua o periódica, por ende, si existiese algún conflicto, en el caso en concreto, entre el suministrante y suministrado, no se llegaría a concluir el objeto del contrato, pues no se debe cumplir una sola prestación, sino varias. Es por ello, que se correría el riesgo de en caso existiese una sola controversia de arriesgar el cumplimiento de las demás prestaciones.

Por ello la existencia de un DAB, o en el caso peruano, una JRD, efectuaría el carácter preventivo típico de este MARC, y se buscaría una solución rápida, eficaz y sin formalidades excesivas, además de la perspectiva económica, pues recordemos que el contrato de suministro también tiene un carácter temporal, y sería mucho más conveniente resolver la controversia o duda para evitar lesionar a las demás prestaciones y evitar perjuicios a las partes. Por ende, se podría decir que comparte ese carácter temporal con los contratos de obra, y esperar que cualquier conflicto sea resuelto en otra vía además de afectar a las partes, podría ser objeto de pretensiones indemnizatorias por la parte que en realidad se haya visto afectada.

Esto depende de la familiaridad de las partes con el DAB y que el objeto del contrato tenga un alto valor económico. Al ser una vía mucho más célere que los otros MARCs y en mérito de su informalidad, las disconformidades de las partes se resolverían en el menor tiempo, eso sí aplicando los plazos de la disconformidad que correspondan de acuerdo con lo propuesto por las partes. Las partes tendrían la libertad de decidir, de acuerdo con la complejidad de las cláusulas previstas en el contrato.

Se concluye entonces, que, en un contrato de duración, de acuerdo con la clasificación de Messineo, y específicamente en un contrato de suministro, podría aplicarse perfectamente una cláusula que prevea un DAB, evitando controversias que afecten las prestaciones de este tipo de contrato, en mérito de la duración mencionada y complejidad de este.

5.5 La aplicación del DAB en determinados contratos mercantiles

Respecto a los MARCS, debido a su versatilidad, también han sido aplicados a otras ramas del Derecho, como es en el caso mencionado anteriormente, aunque la difusión para su aplicación en estas haya sido baja. Así (...) en el ámbito mercantil, en especial el de índole internacional, una de las condiciones clave que permiten una rápida y eficiente interacción entre los actores involucrados será la de contar con la posibilidad cierta de recurrir a mecanismos determinados que permitan dar solución pronta a los conflictos que eventualmente pudiesen surgir en una relación de carácter privado e internacional, cuyo rasgo congénito consiste en una inevitable interrelación de los diversos ordenamientos jurídicos estatales concurrentes aplicables de acuerdo a los factores de conexión¹⁹⁶. Es por ello, que Juan Pablo Jacome indica que (...) los DB también son efectivos en otras áreas, como investigación y desarrollo, propiedad intelectual, producción compartida y acuerdos de accionistas¹⁹⁷.

La autora española Irene Nuviala indica que las disputas intrasocios en las sociedades también pueden ser prevenidas en los *Dispute Boards*, cuando en las dinámicas entre socios pueden existir relaciones tensas susceptibles de ser mediadas. Al nacer de la autonomía de la voluntad son “criaturas contractuales”, que quiere decir que son las partes las que diseñan y modulan cómo funcionan, por ello forman parte en las relaciones entre socios y los acompañan en la vida societaria. Para ella, también la doctrina internacional apunta hacia ese sentido como el futuro de los *Dispute Boards* en el sector privado. La autora también es consciente que la confidencialidad de las decisiones supone un reto a superar para la consolidación del estudio de los DB y su posterior inclusión en la normativa de países hispanoablantes¹⁹⁸.

Es por ello por lo que se analizará nuevamente las características de las últimas figuras mercantiles mencionadas para acreditar que sí es posible su aplicación con los DAB. Así, en el caso de la propiedad intelectual pongamos el ejemplo de un contrato de licencia de marcas. Entonces encontramos a la autora Ortuño Baeza que indica:

(...) aquel contrato por el que el titular (o el solicitante) de la marca, o cualquier persona con derecho a disponer de ella, de forma voluntaria y sin perder su derecho sobre la marca, concede a otra persona el derecho a realizar, en las condiciones y límites fijados

¹⁹⁶ POULSEN PINOCHET, Christian Andrés, CIFUENTES VERGARA, Sergio Andrés. *Los dispute board como requisito de la arbitralidad* ... Op. Cit.

¹⁹⁷ JACOME CARRERA, Juan Pablo. La función de los *dispute boards* como mecanismos de solución de conflictos en obras de infraestructura estatal que promueven la inversión extranjera. Universidad Andina Simón Bolívar [en línea]. 2020, p. 35. [Fecha de consulta: 3 de febrero de 2022] Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/>

¹⁹⁸ CUENTAS PINO, Daniel; NUVIALA LAPIEZA, Irene, Op cit.

en el mismo y sin ser titular de esta, actos de explotación de la marca, que a falta de tal consentimiento podrían prohibirse¹⁹⁹.

Por ende, el hecho de que el licenciataria pueda disponer de la marca podría acarrear controversias a futuro, si es que este abusa de su posición frente al licenciante o titular de la marca. Así, el hecho de que exista una cláusula de DB podría evitar que ello escale a más o que las dudas respecto al ejercicio del disfrute de la marca sean solucionadas por el panel, de acuerdo con lo indicado por el contrato. Así, con el personal especializado adecuado, el costo sería mínimo para ambas partes, y fruto de esa inmediatez se ahorrarían muchos más costos.

Otra situación en la que se podría aplicar los DABs es en los acuerdos societarios. Si bien en sí cada acuerdo no se considera un contrato, debemos tener en cuenta que estos actos tienen como base un contrato mediante el cual se funda una sociedad²⁰⁰. Y así, como ocurre en muchas sociedades, los socios no logran ponerse de acuerdo respecto al desarrollo de esta, y podría devenir en litigios societarios, que, si bien se podrían tramitar en sede judicial, no se gozaría de los principios de inmediatez y celeridad que si es que se encuentra prevista la conformación de un panel DAB en los estatutos que se elevarían a Escritura Pública para el Nacimiento de esta Sociedad. Por ende, y de la misma manera que en casos anteriores, se ahorraría tiempo, dinero y el panel estaría al alcance de los socios en caso se susciten conflictos.

Se concluye así, que es perfectamente aplicable un panel tanto en los contratos societarios como en los de propiedad intelectual, de manera en que en ambas situaciones se vinculen las partes y se logre un mismo objetivo común, de acuerdo con el contrato.

¹⁹⁹ ORTUÑO BAEZA, María Teresa. La licencia de marca. Madrid: Editorial Marcial Pons, Colección Garrigues & Andersen, 2000, p. 103

²⁰⁰ (...) “La interesante dicotomía entre el contrato de sociedad y “la sociedad” que parece preocupar más a la LGS no ha hecho más que esconder el verdadero sentido de la norma, ya que cuando el artículo 1 emplea fórmulas tales como “quienes constituyen la sociedad...”, o “...convienen en aportar bienes o servicios...”, está implícitamente reconociendo que el negocio fundacional es un contrato (García-Pita y Lastres, 2012, p. 48), con todas las consecuencias que de ello se derivan, incluida la aplicación de los principios relativos a la libertad de forma”. CALDERÓN BURNEO, Ernesto. Requisitos de forma desde la perspectiva del Contrato de Sociedad y Tipos de Sociedades Mercantiles. Revista de Derecho de Universidad de Piura [en línea], 2021, p. 7 [Fecha de consulta: 7 de febrero de 2022] Disponible en: <https://revistas.udep.edu.pe/derecho>

Conclusiones

Primero. Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARCS) buscan llegar a un resultado satisfactorio, acorde a los intereses de las partes, promoviendo la paz social y evitando el congelamiento de causas en el Poder Judicial.

Segundo. El DAB es aquel órgano que, de acuerdo a la voluntad de las partes, se encarga de prever y resolver aquellos conflictos que se pueden suscitar tanto por el contratista como con la persona encargada de la construcción de alguna obra específica. La junta de resolución de disputas o JRD, es una figura peruana adaptada del DAB, y que por ende está sujeta a las leyes peruanas y depende exclusivamente de un contrato público. Para poder diferenciar entonces el DAB y las juntas en rasgos generales, las juntas están reguladas en normas administrativas; mientras el DAB es meramente contractual y no implica necesariamente la participación de la Administración Pública.

Tercero. En caso se regule los DABs, a diferencia de la conciliación y el arbitraje, se recomienda que dicha regulación no sea detallada tan excesivamente, teniendo en cuenta que se rige por el principio *pacta sunt servanda*, pues las partes pueden escoger y establecer las reglas que mejor se les acomoden. La flexibilidad de las reglas es un elemento clave para el éxito del DAB.

Cuarto. No es correcto indicar que los DB tienen naturaleza arbitral. Se podría decir que es un MARC de carácter más técnico, que incide más en situaciones dubitativas y que se presentan del día a día, como es el caso de la construcción. En cambio, el arbitraje en sí busca que un tercero resuelva un conflicto que no se puede resolver de manera sencilla en un board, sino que en sí conlleva a un proceso. Por ende, se puede discutir que el primero tiene mucho menos formalidad, al no ser vinculantes para nadie más que para las partes, mientras que el segundo brinda mucha mayor inmediatez, y en consiguiente, celeridad para resolver los conflictos.

Quinto. Si bien no hay no hay instrumento legal específico que asegure el carácter ejecutorio de las decisiones finales del DAB, en los casos de los contratos de construcción, y específicamente las JRD, por el principio de eficacia jurídica, tanto la Administración Pública como el contratista se verían beneficiados por la aplicación del MARC, ya que la Administración Pública analizará si es que el tiempo invertido en el contrato público, además de los recursos económicos invertidos, y la decisión de la JRD, no lesiona el interés público. Por ende, es necesario destacar que la aplicación constante de esta figura podría bajar la carga de los arbitrajes en nuestro país.

Sexto. Se podría aplicar una cláusula del DAB en base a los contratos de duración y con cierta complejidad tanto para los contratos civiles (por lo que el campo de aplicación sería contratos de ejecución periódica y continua) como en contratos mercantiles, como los contratos de Propiedad Intelectual, además de los acuerdos entre socios.

Séptima. Los DABS y JRDs gozan de las siguientes funciones: preventiva (adelantan a las partes ciertas situación que podrían generar a algún conflicto, y brinda la posibilidad de que estas brinden información que sea recíproca para ellas), constructiva (a través de consulta que hacen conjuntamente al panel de manera informal o formal)y la decisoria (cuando ya se genera la controversia lo que las partes hacen, lo que las partes interponen es una petición donde plantea la controversia, que es vinculante y obligatoria para estas). Por ende, la aplicación de estos, beneficiarían a las partes, quienes verían superado su conflicto de una manera mucho más célere, a diferencia de otros MARCs ya previstos en nuestras normas



Lista de abreviaturas

DAB	<i>Dispute Adjudication Board</i>
DRB	<i>Dispute Review Board</i>
CDB	<i>Combined Dispute Board</i>
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
JRD	Junta de Resolución de Disputas
MARCS	Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos
MINJUS	Ministerio de Justicia
FIDIC	Federación Internacional de Ingenieros Consultores
ICC	Cámara de Comercio Internacional
CP	Constitución Política de Perú
OSCE	Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado



Referencias

- ALCALÁ ZAMORA, y Niceto CASTILLO. 1970. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Segunda. México: UNAM.
- ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE UNIVERSIDAD DE CHILE. 1968. *Cuarta Época* III (8). Último acceso: 2020 de octubre de 18. http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_simple/0,1362,SCID%253D2555%2526ISID%253D210%2526PRT%253D2554,00.html#:~:text=La%20Autotutel a%3A%20se%20denomina%20tambi%C3%A9n,poner%20t%C3%A9rmino%20a%20un%20conflicto.
- ARBITRATION LAV. 1999. junio. <https://www.arbitrationlaw.com/delocalization-international-commercial-arbitration-its-relevance-new-millennium-vol-10-no-2/>.
- ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo. 1991. *Los conceptos de jurisdicción y competencia*. Último acceso: 18 de diciembre de 2020. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.
- BACA ONETO, Víctor. 2013. *Contratación Pública Doctrina Nacional e Internacional*. Vol. II. Adrus Editores.
- CAIVANO, Roque. 1998. *Negociación, conciliación y arbitraje. Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*. Primera. Lima: APENA.
- CASE, WHITE &. 2016. <https://www.whitecase.com/publications/article/dispute-adjudication-boards-are-they-future-dispute->.
- CHERN, Cyril. 2015. *Chern on Dispute Boards. Practica and procedure*. Tercera. London: Informa Law from Routledge.
- CONEXIÓN ESAN. 2017. *ESAN*. 2 de marzo. Último acceso: 8 de diciembre de 2020. <https://www.esan.edu.pe/apuntes-empresariales/2017/03/la-conciliacion-un-mecanismo-alternativo-para-resolver-conflictos/>.
- Contrato de obra. s.f. «Contrato de Obra N° 001-2017-MINAGRI-PEJSIB-DE/LP.» *Resolución Directoral N° 83-2021-MIDAGRI-PEJSIB-D*.
- CUENTAS PINO, Daniel, y Irene NUVIALA LAPIEZA. 2022. *El alma, corazón y vida de los Dispute Boards: Reflexiones acerca de su regulación en Latinoamérica y el Perú*. Editado por Advocatus Lima. Último acceso: 30 de agosto de 2022. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5755>.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. 2006. «El régimen de los contratos estatales en el Perú.» *Revista de Derecho Administrativo. CDA. PUCP*. Último acceso: 17 de enero de 2021. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.

- DELGADO CASTRO, Jordi, Diego PALOMO VÉLEZ, y Germán DELGADO. 2017. «Autotutela solución adecuada del conflicto y reposición: revisión y propuesta.» *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Coquimbo) 24 (2). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200265.
- ESTRADA PROAÑO, Ramiro. 2017. «Verdad histórica y verdad procesal, Felipe Rodríguez Moreno [...] "Un tipo de verdad que se contruye mediante principios, leyes, razonamiento, argumentación, interpretación y la práctica de pruebas; es decir, la verdad procesal.» *Iuris Dictio* 18: 101-103.
- FIGUEROA VALDEZ, Juan. 2014. «Dispute Boards: La visión de las partes y su coexistencia en los Contratos Administrativos. Experiencias en Chile. Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencia y retos.» Estudios Mario Castillo Freyre S.C.R.L., Lima, 125-126.
- FISHER, Roger. 1996. *Más allá de Maquiavelo: Herramientas para afrontar conflictos*. Segunda. Barcelona: Ediciones Granica.
- FREITAS CABANILLAS, Rodrigo. 2017. *¿A qué tenemos miedo? Conozcamos los Dispute Board para los contratos de construcción*. 6 de julio. Último acceso: 24 de enero de 2020. <https://ius360.com/a-que-tenemos-miedo-conozcamos-los-dispute-board-para-los-contratos-de-construccion/>.
- GALARRETA ANGULO, Julio. 2020. *La Conciliación*. 6 de diciembre. <https://www.pj.gob.pe>.
- GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gustavo. 2021. «El nuevo medio de solución de conflictos: Los Dispute Boards.» *Ius et Praxis* (52): 284. Último acceso: 29 de enero de 2022. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/issue/view/350.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo. 1948. *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Último acceso: 19 de octubre de 2020. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.
- GARCÍA MONTUFAR. 2001. «Los medios alternativos de solución de conflictos.» *Derecho y Sociedad* (16): 141-147, 144. Último acceso: 8 de diciembre de 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/issue/view/1355>.
- GAYTAN BRUNET, María del Carmen. 2016. «La cultura de paz y los medios alternativos no adversariales de solución de conflictos en la formación del licenciado en Derecho.» Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Morelos. Último acceso: 25 de agosto de 2021. <http://ri.uaemex.mx/handle/20.500.11799/65920>.

- GORJÓN, Francisco, y Rafael SÁNCHEZ. 2011. *Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz*,. 1a. Madrid: Librería Editorial Dickinson.
- GRAY C., Jaime. s.f. «Contratos y Dispute Boards en el área de construcción.» *Colegio de Ingenieros Civiles de Honduras*. Último acceso: 6 de agosto de 2020.
- GUTIERREZ C., Walter. 2015. «Informe: La Justicia en el Perú. cinco grandes problemas.» *Gaceta Jurídica. Documento preliminar 2014-2015*. Último acceso: 19 de agosto de 2021. <http://www.gacetajuridica.com.pe/laley-adjuntos/INFORME-LA-JUSTICIA-EN-EL-PERU.pdf>.
- GUZMAN BARRO, César. 1998. «La conciliación: Principales antecedentes y características.» *Revista de Derecho de PUCP* (52): 67-74. Último acceso: 8 de diciembre de 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/inicio/?#about>.
- HURTADO FALVY, Juan. 2015. «De la conciliación decisoria a la junta de resolución de disputas: Apuntes en relación a la junta de resolución de disputas como nuevo método de resolución de conflictos para un contrato de obra formalizado bajo el ámbito de la Nueva Ley de Contrataciones.» *Derecho y Sociedad* (44): 203-210. Último acceso: 27 de noviembre de 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1222>.
- JACOME CARRERA, Juan. 2020. «La función de los Dispute Boards como mecanismos de solución de conflictos en obras de infraestructura estatal que promueven la inversión extranjera.» *Universidad Andina Simón Bolívar*, 35. Último acceso: 3 de febrero de 2022. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/>.
- JENKINS, Janet. 2006. *International Construction Law*. 2nd. Londres: Wolters Kluwer.
- JOSÉ VAZ, Gilberto, y Pedro GRAVATA NICOLI. 2021. «Los Dispute Boards y los contratos administrativos: ¿son los db's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público?» *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencia y retos*. 102-103.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. 2013. «Conflicto, autotutela y control jurisdiccional.» *IUS et Veritas* (46). Último acceso: 18 de octubre de 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/issue/view/1103>.
- LEGAL DICTIONARY. 2020. «The free dictionary by Farlex.» 15 de octubre. <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com>.
- MACHO GÓMEZ, Carolina. 2014. *Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del "movimiento ADR" en Estados Unidos y su expansión a Europa*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Tomo LXVII, fasc III, Anuario de Derecho Civil, fascículo 3, Cantabria: Ref.: Anu-C-2014-30093100996, 931-936. Último acceso: 4 de octubre

- de 2020. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2014-30093100996.
- MEDIATORS, MAINE. s.f. *Maine Association of Mediators*. Último acceso: 17 de octubre de 2020. <https://www.mainemediators.org/About-ADR>.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. s.f. Último acceso: 8 de diciembre de 2020. <https://www.minjus.gob.pe/conciliacion-extrajudicial/>.
- . s.f. *Dirección General de Defensa Pública y acceso a la justicia*. Último acceso: 2 de abril de 2021. <https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/interna.php?comando=10342>.
- MONROY CABRA, Marco. 1994. «Medios alternos de solución de conflictos.» *Ius Et Praxis* (24): 28-44.
- MONTES DE OCA VIDA, Alipio. 2018. «Mecanismos alternativos de solución de conflictos.» *Revista de la Facultad de Derecho de la UNIFE (Lumen)*. Último acceso: 20 de octubre de 2020. <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/512>.
- MORTEZA, Adel, y Elham ANISI. 2017. «Dispute Adjudication Boards: A new approach to dispute settlement.» *Intl. J. Humanities* 24 (2): 3-10, 16-17.
- NACIONAL, PROVIAS. s.f. *Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Viceministerio de Transportes*. Último acceso: 6 de diciembre de 2020. <https://www.pvn.gob.pe/noticias/se-incorpora-primera-junta-de-resolucion-de-disputas-en-contratos-de-obras>.
- NAVA GONZALES, Wendolyne, y José BRECEDA PÉREZ. 2017. «Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: Un acceso a la justicia consagrado como Derecho Humano en la Constitución Mexicana.» *Cuestiones Constitucionales*. Último acceso: 27 de agosto de 2021. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-9193201700020020.
- ORMAECHEA CHOQUE, Iván. 1998. «El Modelo Conciliatorio en el CPC peruano: ¿Conciliación o Coerciliación?» *Revista de la Academia de la Magistratura del Perú* 175-187.
- ORTUÑO BAEZA, María. 2000. *La licencia de marca*. Madrid: Editorial Marcial Pons. Colección Garrigues & Andersen, 103.
- PAREDES, Gustavo. 2021. «Dispute Boards y arbitraje ¿Compiten o se complementan?» *Revista Arbitraje PUCP. Ius et Praxis. Año III* (3, 52): 2, 84-85. Último acceso: 29 de enero de 2022. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/issue/view/350.

- PEÑATE GUZMAN, Carlos. s.f. «Las Mesas de Resolución de Disputas como Mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de Construcción: La Experiencia en El Salvador. Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencia y retos.» 86, 96-97.
- POULSEN PINOCHET, Christian, y Sergio CIFUENTES VERGARA. 2022. «Los dispute board como requisito de la arbitrabilidad de la controversia en los contratos internacionales de construcción.» Universidad de Chile, 23. Último acceso: 3 de febrero de 2022. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/150674/Procedimiento-de-resoluci%C3%B3n-de-controversias-FIDIC-los-dispute-board-como-requisito-de-la-arbitrabilidad-de-la-controversia-en-los-contratos-internacionales-de-construcci%C3%B3n.pdf?sequence=>.
- PROAÑO ALCIVAR, David, y Marco GUEVARA RUALES. 2019. «Las virtudes de los dispute boards y su aplicación en Ecuador.» *USFQ Law Review*. Último acceso: 7 de febrero de 2022. <https://www.usfq.edu.ec/es/revistas/usfq-law-review>.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. 2017. «La naturaleza procesal del arbitraje.» Tesis para optar el Grado de Magíster en Investigación Jurídica, PUCP, 48-49. Último acceso: 16 de diciembre de 2020. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9141>.
- REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. 2000. «Encuentros y desencuentros de la jurisdicción: Sobre el diseño constitucional de la Resolución de Conflictos.» *Ius et Veritas* (20): 239-256, 243. Último acceso: 16 de diciembre de 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15936>.
- REGGIARDO, Mario. 2014. «Una Revisión Funcional al Recurso de Anulación de Laudo en el Perú.» *Revista de Derecho Forseti*. (Derup Editores) (1 - ISSN: 2312-3583).
- ROBBINS, Stephen. 1994. *Comportamiento Organizacional, Conceptos, Controversias y Aplicaciones*. 6ta. San Diego: Prentice Hall.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano. 2006. «Maximiliano, 2006. El Contrato Internacional de Construcción: Aspectos Generales.» *Revista e- Mercatoria* 5 (1).
- RUBIO GUERRERO, Roger. 2013. «. Los Desafíos del Arbitraje en el Perú.» *IUS ET PRAXIS* (44): 254.
- SHIRAKAWA OKUMA, Rosely. 1999. «La conciliación extrajudicial en el Perú, como medio para promover una cultura de paz.» *Revista de Derecho de PUCP* (52): 197. Último acceso: 14 de diciembre de 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/640>.
- UNED. 2019. *Universidad Nacional de Educación a Distancia*. 14 de marzo. <https://derechouned.com/procesal/jurisdiccion/8640-concepto-de->

Documentos legales

Normas

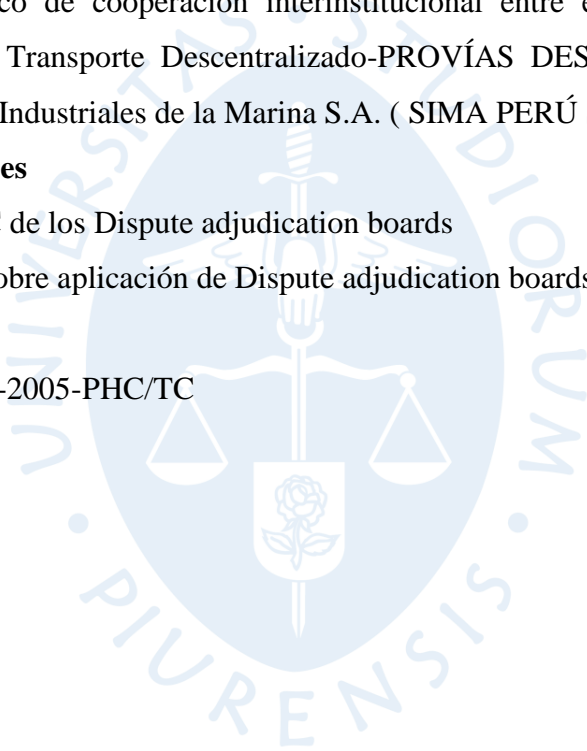
- Constitución Política del Perú
- Código Civil Peruano
- Ley de Conciliación Extrajudicial N° 26872
- Directiva N° 012-2019-OSCE/CD
- Ley N° 30225 Ley de Contrataciones con el Estado
- Decreto supremo N° 344-2017-EF Reglamento de la ley de contrataciones con el estado
- Directiva N° 020-2016-OSCE/CD
- DL N° 1071 Decretó legislativo que regula el arbitraje.
- Convenio específico de cooperación interinstitucional entre el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado-PROVÍAS DESCENTRALIZADO y la empresa Servicios Industriales de la Marina S.A. (SIMA PERÚ S.A.)

Normas Internacionales

- Reglamento FIDIC de los Dispute adjudication boards
- Reglamento ICC sobre aplicación de Dispute adjudication boards.

Expedientes

- Sentencia N° 6167-2005-PHC/TC



Anexos



Anexo A. Entrevista realizada para elaboración de tesis

Entrevista realizada a:

- Jaime Gray Chicchon

Pregunta: ¿En qué otros contratos, además de los de construcción, se usan los DABS?

Respuesta: Jaime Gray, socio fundador de Navarro Sologuren, Paredes, Gray (NPG Abogados)

Se aplica sobre todo a contratos de tracto sucesivo en el que las prestaciones no son inmediatas, sino que se van desarrollando en el tiempo; además del contrato de suministro, de desarrollo inmobiliario, proyecto de software y relaciones entre consorciados.

