

Club Español  
e Iberoamericano  
del Arbitraje

*Comisión de*

# *DISPUTE BOARDS*

# Índice

<b>1</b>	<b>ARTÍCULOS</b>	<b>3</b>
	<b>Risteard de Paor, Karina Zambrano, Andrea Dalceggio, Augusto Gutiérrez y Alba Briones</b>	<b>4</b>
	Desde el Boundary hasta el más allá: el uso de dispute boards (principalmente bajo FIDIC y NEC) en España, Inglaterra y Perú – ¿cómo es?	
	<b>Francisco Coronel Uriona</b>	<b>18</b>
	El panel como herramienta para la gestión de proyectos públicos de infraestructura: cambios necesarios en la cultura y organización de la administración pública	
<b>2</b>	<b>PRÓXIMOS EVENTOS</b>	<b>51</b>

# 1

## *Artículos*



# Desde el *Boundary* hasta el más allá: el uso de *dispute boards* (principalmente bajo FIDIC y NEC) en España, Inglaterra y Perú – ¿cómo es?



**RISTEARD DE PAOR**

*Abogado de derecho inglés y francés especializado en controversias de construcción, ejerciendo en Madrid.*



**KARINA ZAMBRANO**

*Abogada y árbitro, fundadora del Centro de Arbitraje & Dispute Board de AZ Internacional, Perú.*



**ANDREA DALCEGGIO**

*Ingeniero y director comercial en una empresa de construcción, adjudicador certificado por la FIDIC.*



**AUGUSTO GUTIÉRREZ**

*Ingeniero y gerente de proyecto acreditado por NEC, gerente país de Gleeds.*



**ALBA BRIONES**

*Abogada y árbitro independiente, especializada en arbitraje internacional, basada en Madrid.*

## KEYWORDS

FIDIC 1999; FIDIC 2017; NEC4; *dispute boards*; collaboration culture; prevention focus; England and Wales; Spain; Peru; institutional *dispute boards*.

## 1. INTRODUCCIÓN Y BREVE HISTORIA

Según Steve Jobs, no se puede conectar los puntos mirando hacia adelante; solo pueden conectarse mirando hacia atrás. Si lo buscas bien, verás que mucha gente ilustre, como Martin Luther King y

Winston Churchill, estaban de acuerdo. Por lo tanto, un breve análisis de los orígenes y el desarrollo temprano de las *dispute boards* (“DBs”,<sup>1</sup> o juntas de resolución de controversias) es un ejercicio útil para considerar lo que su futuro podría deparar a actores interesados como nosotros. Este será el objeto de la primera sección de este artículo (Sección 1).

El enfoque principal de este artículo es el análisis del lugar y la práctica de los DBs en los formularios de contrato Federación Internacional de Ingenieros Consultores (“FIDIC”) y *New Engineering Contract* (“NEC”). El objetivo es mostrar al lector cómo los DBs funcionan de manera diferente en cada uno de estos contratos estandarizados (Sección 2) y proporcionar una visión general de las cuestiones prácticas que surgen al resolver disputas a través de los DBs (Sección 3), ya que los lectores de este boletín se componen principalmente de profesionales y los autores confían en que este será un ejercicio útil para evaluar cuándo cabe considerar o defender el uso de DBs para resolver desacuerdos.

La elección de los contratos FIDIC y NEC para ese propósito es fácil de explicar. En primer lugar, son los formularios de contratos de construcción internacionales más utilizados, por lo que las lecciones aprendidas son muchas y beneficiarán igualmente a muchos. En segundo lugar, permite un análisis comparativo entre jurisdicciones de derecho civil (donde se utilizan principalmente formularios FIDIC) y jurisdicciones de derecho común (donde se utilizan principalmente formularios NEC) en términos del uso de DBs en cada una de ellas. El lector verá, sin embargo, que hay una mezcla de aguas cada vez mayor en relación con el uso de estos mecanismos en los diferentes ordenamientos jurídicos. Nos enfocaremos en España, Inglaterra y Perú, jurisdicciones en las que los autores tienen dilatada experiencia. En tercer lugar, una mirada general a la historia de los DBs en estos contratos explica esencialmente cómo llegó a crecer su uso: a base de prueba y error en grandes proyectos de

construcción en todo el mundo, de manera muy similar a como la regulación de los propios contratos ha evolucionado en general.

En cuarto y último lugar, la adopción de contratos estandarizados tales como los propuestos por FIDIC y NEC permiten el acceso a este tipo de mecanismos de resolución de disputas, que resulta, en la práctica, extremadamente eficaz para prevenir el arbitraje o la litigación en el contexto de la ejecución de proyectos de construcción. Una vez sorteadas las dificultades culturales y establecidas los DBs, resultan de gran utilidad para evitar la escalada de las disputas y la interrupción o paralización de los trabajos. Las decisiones emitidas por los DBs, en el mejor de los casos, permiten la resolución ágil del conflicto y, en el peor, facilitan la organización de la información y el acotamiento de la disputa en caso de que finalmente resulte sometida a los tribunales judiciales o arbitrales.

Este artículo concluye con una mirada al horizonte que, en opinión de los autores, indica claramente que el futuro de los DBs es brillante.

## 1.1 LOS ORÍGENES DE LAS DISPUTE BOARDS: ESTADOS UNIDOS

La evolución de los DBs en Estados Unidos surgió como respuesta a la ineficiencia de los métodos tradicionales de resolución de disputas, como el arbitraje y el litigio, que resultaban costosos y lentos, llegando a representar entre el 25% y 30% del valor de las disputas en la industria de la construcción.<sup>2</sup>

El primer antecedente de los DBs se encuentra en el 1960 con el proyecto de la presa Boundary Dam, en el estado de Washington. Durante su construcción, se creó el “*Joint Consulting Board*”, un órgano técnico que resolvía disputas de forma temprana, evitando que estas llegaran a los tribunales.<sup>3</sup> Este modelo resultó exitoso.<sup>4</sup>

1. En este artículo nos referiremos indistintamente a las juntas de resolución de controversias, de forma general, como “DBs”, quedando englobadas dentro de esa definición las distintas modalidades de junta a las que se hará referencia de forma individualizada según corresponda (DRB, DAB, DAAB, SDB, etc.).

2. APPUHN, Richard, “History and Overview of Dispute Boards Around the World”, *Dispute Prevention and Settlement*, 2017, pp. 1-63.

3. Ese órgano estuvo compuesto de 4 expertos en las distintas áreas técnicas que abarcaba el contrato.

4. CHERN, Cyril, *Chern on Dispute boards*, Londres, *Informa Law from Routledge*, 4th Ed., 2019, p. 13.

En 1972, la Academia Nacional de Ingeniería (“NAE”) de EE. UU. creó el Comité de Tecnología de Tunnelling, que en 1974 recomendó el uso de DBs para resolver disputas en proyectos de construcción.<sup>5</sup> Al Matthews<sup>6</sup> fue clave en el desarrollo del concepto de *dispute review boards*, proponiendo el nombramiento de un tercero neutral para mediar en conflictos durante la ejecución de proyectos.

La primera DB formalmente reconocida fue implementada en 1975, en el proyecto del túnel I-70 (“Eisenhower”) en Colorado, dentro del sistema federal de carreteras de EE. UU. Se trató de una *dispute review board* de tres expertos en construcción que ofreció decisiones no vinculantes para resolviendo las disputas surgidas.<sup>7</sup> La DB fue introducida para evitar los problemas financieros sufridos en su proyecto predecesor, el túnel paralelo Edwin C. Johnson, que había duplicado su presupuesto debido a múltiples disputas. Inicialmente diseñado como una *ad hoc dispute board* (que solo se constituía cuando surgía una disputa) las partes optaron posteriormente por una *standing dispute board*, que se mantuvo activa a lo largo de todo el proyecto. Solo se presentaron formalmente tres disputas, y las decisiones de la DB fueron respetadas por ambas partes, evitando así el arbitraje o litigio.<sup>8</sup>

En 1978, la United States National Academy of Science (“NAS”) publicó un informe con recomendaciones para mejorar la construcción de proyectos subterráneos. Propuso la creación de un panel de tres a cinco expertos cualificados para ayudar en la resolución de reclamaciones y disputas. Este panel tendría la facultad de emitir resoluciones, sentando así las bases del concepto de *dispute board*.<sup>9</sup>

## 1.2 LA EXPANSIÓN INTERNACIONAL: LATAM, ASIA Y AFRICA

El primer uso de DBs fuera de Estados Unidos fue en el proyecto de la presa hidroeléctrica El Cajón, en Honduras, en 1980, financiado por el Banco Mundial. El contrato incluía un sistema de resolución de disputas en tres fases: intervención de un ingeniero, una *claim review board* con recomendaciones no vinculantes, y arbitraje como último recurso. Ninguna de las cinco disputas surgidas fue llevada a litigio.<sup>10</sup>

Más tarde, el complejo hidroeléctrico Ertan, en China, también financiado por el Banco Mundial, adoptó el uso de DBs entre 1991 y 2000. La DB resolvió múltiples disputas técnicas y contractuales sin recurrir a arbitraje,<sup>11</sup> consolidando su reputación en la gestión de megaproyectos. En 1994, el Banco Mundial adoptó el uso de los DBs en los proyectos que financiaba.

En África, la presa de Katse (1991-1997) en Lesoto fue la primera infraestructura en implementar una DB, compuesta por tres miembros. De las 16 recomendaciones emitidas por aquella DB, solo una fue llevada a arbitraje, y la recomendación fue confirmada.<sup>12</sup> Este éxito reafirmó la efectividad de los DBs en proyectos internacionales.

## 1.3 LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DISPUTE BOARDS POR FIDIC Y NEC

El éxito demostrado por los DBs en proyectos internacionales motivó a instituciones como FIDIC y NEC a incorporarlos en sus modelos contractuales, formalizando su adopción en proyectos de construcción e ingeniería.

5. CHERN, p. 14.

6. Al Matthews fundó la Dispute Resolution Board Foundation (“DRBF”) en 1996, convirtiéndose en su primer presidente. La fundación ha trabajado permanentemente para desarrollar programas y recursos de capacitación enfocados en los DBs.

7. APPUHN, pp. 1-63.

8. “History of the Dispute Board process and the DRBF”, <<https://www.drb.org/history>> consultado el 30 de octubre de 2024.

9. U.S. National Committee on Tunnelling Technology, “Better Contracting for Underground Construction: Report of a Study Conducted by Standing Subcommittee No. 4, Contracting Practices, of the U. S. National Committee on Tunnelling Technology” National Academy of Sciences, 1974.

10. “Project Database through April 2017”.

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*

La primera fue FIDIC quien, en el 1995, introdujo las *dispute boards* en su Libro Naranja, un modelo contractual para proyectos de diseño y construcción o llave en mano basado en la experiencia del Banco Mundial. En lugar de recurrir al ingeniero para resolver disputas, se creó una junta de adjudicación de disputas (“DAB”, por sus siglas en inglés, *dispute adjudication board*), compuesta por uno o tres miembros seleccionados por el empleador y el contratista al inicio del proyecto, con los costos compartidos por ambas partes.<sup>13</sup>

Un año después, en el 1996, FIDIC publicó un suplemento a los Libros Rojo (4ª edición) y Amarillo (3ª edición), ambos publicados en el 1987, permitiendo la incorporación de una DAB con procedimientos estandarizados, como primera instancia de resolución de disputas, siendo la segunda el arbitraje.<sup>14</sup>

Fue en 1999 cuando FIDIC consolidó la implementación de *dispute boards* en todos sus modelos de contrato con la introducción de la *Rainbow Suite*, que incluía el Libro Rojo para obras de ingeniería civil, el Libro Amarillo para trabajos eléctricos y mecánicos, y el Libro Plata para proyectos llave en mano. Todos estos modelos incluían una cláusula de resolución escalonada de disputas, estableciendo la decisión del ingeniero como primer paso y las *dispute boards* como segundo, antes de recurrir como tercer paso, al arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”). Dependiendo del modelo de contrato, FIDIC ofrecía dos tipos de DBs: *Standing Dispute Board*” y “*Ad Hoc Dispute Board*”.<sup>15</sup>

En el Libro Dorado de FIDIC de 2008, se amplió aún más el rol de la DB, introduciendo una nueva cláusula de “Prevención de Disputas”. Esta cláusula permite a las partes acordar que la DB ofrezca asistencia informal en cualquier cuestión o desacuerdo entre ellas, sin que dicha asistencia sea vinculante si las partes deciden proceder a una resolución formal del conflicto.<sup>16</sup>

La edición de 2017 de la *Rainbow Suite*, adoptó, en todos sus modelos de contrato, los DBs permanentes de la *Rainbow Suite* y la prevención de disputas del Libro Dorado 2008. Estas DBs ahora se denominan *Dispute Avoidance/Adjudication Boards* (DAAB), y bajo ese nombre se destaca su importancia como un medio para prevenir disputas.

En el 2019, FIDIC publicó los Principios Dorados,<sup>17</sup> estableciendo las características esenciales de la marca FIDIC e indicando que sería engañoso e inapropiado referirse a un contrato que utiliza las condiciones generales de FIDIC como un “Contrato FIDIC” si no cumpliera con estos principios.<sup>18</sup> El Principio 5 indica que, a menos que exista un conflicto con la ley aplicable al Contrato, todas las disputas formales deben ser remitidas a una *Dispute Avoidance/Adjudication Board* (o a un *Dispute Adjudication Board*, si corresponde) para que emita una decisión provisionalmente vinculante, como condición previa al arbitraje.<sup>19</sup> La inclusión de estos mecanismos entre los Principios Dorados, implica que FIDIC considera que la disponibilidad de un DAAB o DAB independiente e imparcial para resolver (pro-

13. Sub-Clause 20.3 [Dispute Adjudication Board].

14. BUNNI, Nael. G., FIDIC Forms of Contract, Ed. 3ª, GB: Blackwell Publishing, 2005, p. 391-407.

15. La principal diferencia entre una “*Standing Dispute Board*” (SDB) y una “*Ad Hoc Dispute Board*” radica en su momento de constitución y su rol en la prevención de conflictos. Una SDB se establece al inicio del contrato y permanece durante toda la ejecución del proyecto, realizando visitas regulares al sitio y actuando de manera preventiva, con el fin de evitar que los desacuerdos se conviertan en disputas formales. En contraste, una *Ad Hoc Dispute Board* se forma únicamente cuando surge una disputa, sin tener una presencia constante en el proyecto, lo que la convierte en un mecanismo reactivo, diseñado para resolver conflictos ya existentes.

16. Sub-Clause 20.5 [Avoidance of Disputes] “If at any time the Parties so agree, they may jointly refer a matter to the DAB in writing with a request to provide assistance and/or informally discuss and attempt to resolve any disagreement that may have arisen between the Parties during the performance of the Contract. Such informal assistance may take place during any meeting, Site visit or otherwise. However, unless the Parties agree otherwise, both Parties must be present at such discussions. The Parties are not bound to act upon any advice given during such informal meetings, and the DAB shall not be bound in any future Dispute resolution process and decision by any views given during the informal assistance process, whether provided orally or in writing”.

17. En inglés, “The FIDIC Golden Principles”, y pueden ser descargados gratuitamente desde la página web <https://fidic.org/books/fidic-golden-principles-2019>.

18. En el texto original “it would be misleading and inappropriate to refer to a contract using the FIDIC GCs that does not comply with the GPs as a “FIDIC Contract”. The FIDIC Golden Principles, First Edition 2019, párr.2, p. 6.

19. En el texto original “Unless there is a conflict with the governing law of the Contract, all formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration.” The FIDIC Golden Principles, First Edition 2019, párr. 4, p. 10.

visionalmente) disputas es fundamental para un contrato justo y equilibrado.<sup>20</sup>

Por otro lado, los contratos NEC existen desde 1993. A pesar de estar enfocados hacia la colaboración entre las partes, el gerente de proyecto (*Project Manager*) y el *Supervisor*, a lo largo del proyecto, las primeras tres iteraciones de los contratos no incluían métodos de resolución de disputas basados en el pacto entre las partes (como es el caso de los DBs).

En el período entre 2005 y 2017, la organización matriz del NEC, el Instituto de Ingenieros Civiles (por sus siglas en inglés, "ICE"), formalizó su mayor compromiso por la solución y la prevención de conflictos, mediante la publicación de procedimientos de resolución de conflictos y la firma del "Compromiso para Evitar Conflictos" (*Conflict Avoidance Pledge*), un acuerdo de adopción voluntaria para usuarios de la industria de la construcción dirigido a evitar la proliferación de disputas y a la intervención temprana para su prevención.

Como parte de ese impulso, en 2017 se publicó la cuarta iteración de los formularios del NEC ("NEC4"), que ahora prevé un mecanismo de resolución de conflictos (conocido como "Opción W3") en la que se establece el uso de DBs como paso previo a la remisión a arbitraje o litigio. Esta opción se suma a las ya ofrecidas anteriormente en contratos NEC, que incluyen dos posibles mecanismos como paso previo al inicio de un litigio (judicial o arbitral): la "Opción W1", consistente en la negociación por representantes de alto nivel; seguida de un procedimiento de adjudicación (*adjudication*), referido como la "Opción W2", de naturaleza contractual (o por imposición legal en el caso de proyectos en el Reino Unido). Se establecen así en los contratos NEC sistemas alternativos de resolución de conflictos (cada una seguida de arbitraje o litigio).

## 2. EL CLAUSULADO MÁS RELEVANTE

### 2.1 LOS CONTRATOS FIDIC

En los contratos FIDIC de 2017, se han introducido mejoras clave en el mecanismo de resolución de disputas que se pueden analizar por sus etapas: presentación de reclamos, determinación del ingeniero, prevención de disputas, adjudicación, conciliación amigable y arbitraje.

#### 2.1.1 PRESENTACIÓN DE RECLAMOS Y DETERMINACIÓN DEL INGENIERO

En los contratos de 1999, existían rutas separadas para los reclamos del empleador y del contratista, con plazos diferentes. El contratista debía notificar una reclamación en un plazo de 28 días desde que conocía el evento que la originaba (según la cláusula 20.1).<sup>21</sup> Si no lo hacía, la reclamación quedaba excluida (time bar). El empleador, por su parte, solo tenía que notificar "tan pronto como fuera razonablemente posible" (según la cláusula 2.5), sin estar sujeto a un time bar.<sup>22</sup>

En los contratos de 2017, tanto el empleador como el contratista deben cumplir con el mismo plazo de 28 días para notificar reclamaciones, según la cláusula 20.2. Sin embargo, ahora tienen hasta 84 días para presentar la reclamación detallada, a diferencia de los 42 días anteriores. Si no se presenta una descripción de las bases contractuales y/o legales de la reclamación dentro de ese plazo, la notificación inicial caduca y ya no se considera válida una vez ese incumplimiento es notificado por el Ingeniero.<sup>23</sup>

20. En el texto original "FIDIC considers the availability of an independent and impartial DAAB or DAB to (provisionally) resolve disputes is fundamental to a fair and balanced Contract, ...", The FIDIC Golden Principles, First Edition 2019, párr. 5, p. 12.

21. Sub-Clause 20.1 [Contractor's Claims], "If the Contractor considers himself to be entitled to any extension of the Time for Completion and/or any additional payment, ...the Contractor shall give... as soon as practicable, and not later than 28 days after the Contractor became aware, or should have become aware, of the event or circumstance. If the Contractor fails to give notice of a claim within such period of 28 days, the Time for Completion shall not be extended, the Contractor shall not be entitled to additional payment, and the Employer shall be discharged from all liability in connection with the Claim".

22. Sub-Clause 2.5 [Employer's Claims], "If the Employer considers himself to be entitled to any payment ... the Employer or the Engineer shall give notice and particulars to the Contractor. ... The notice shall be given as soon as practicable after the Employer became aware of the event or circumstances giving rise to the claim."

23. Sub-Clause 20.2.4 [Fully detailed Claim], "If within this time limit the claiming Party fails to submit the statement under sub-paragraph (b) [i.e., a statement of the contractual and/or other legal basis of the Claim] above, the Notice of Claim shall be deemed to have lapsed, it shall no longer be considered as a valid Notice, and the Engineer shall, within 14 days after this time limit has expired, give a Notice to the claiming Party accordingly".

En cuanto a la gestión de reclamaciones, el ingeniero debe consultar con las partes con el objetivo de alcanzar un acuerdo. Si no se logra un acuerdo, el ingeniero debe emitir una determinación justa.<sup>24</sup>

A diferencia de los contratos de 1999, donde todo el proceso debía completarse en 42 días, los contratos de 2017 extienden este plazo total a 84 días. Además, se ha formalizado la obligación del ingeniero de actuar de manera neutral,<sup>25</sup> algo que, aunque implícito en muchas jurisdicciones, ahora se establece de manera explícita.

Las decisiones del ingeniero siguen siendo vinculantes hasta que sean revisadas por una DB o en un arbitraje. Sin embargo, en los contratos de 2017 se especifica que, si ninguna de las partes emite una notificación de discrepancia (“NOD”) dentro de los 28 días posteriores a la decisión del ingeniero, dicha decisión se vuelve definitiva y vinculante.<sup>26</sup>

## 2.1.2 PREVENCIÓN DE DISPUTAS

Los contratos FIDIC de 2017 introducen una nueva cláusula de prevención de disputas, la Sub-cláusula 21.3, permitiendo que las partes soliciten conjuntamente al DAAB asistencia informal para resolver desacuerdos. También la misma DAAB puede, de manera proactiva, invitar a las partes a hacer esa solicitud conjunta si lo considera oportuno.<sup>27</sup>

Las partes no están obligadas a seguir el consejo de la DAAB, ni tampoco ésta está obligada a emitir una recomendación si las partes deciden seguir con el proceso de adjudicación.<sup>28</sup>

## 2.1.3 ADJUDICACIÓN

El proceso de la DAB en los contratos de 2017 mantiene su estructura básica similar a la de los contratos de 1999: la DAB debe emitir una decisión vinculante en un plazo de 84 días.<sup>29</sup>

En ambos contratos, de 1999 y 2017, cualquiera de las partes puede evitar que una decisión de la DAB se vuelva definitiva emitiendo una NOD dentro de los 28 días.<sup>30</sup> No hay límite de tiempo para que cualquiera de las partes pueda iniciar un arbitraje.<sup>31</sup>

La Sub-cláusula 21.7 establece que, si alguna de las partes no cumple con una decisión de la DAB, ya sea definitiva y vinculante o solamente vinculante, la otra parte puede remitir la disputa sobre el incumplimiento directamente a arbitraje conforme a la Sub-cláusula 21.6, sin que aplique el período de conciliación amigable.

## 2.1.4 ARREGLO AMISTOSO Y ARBITRAJE

La Sub-cláusula 21.5 de la edición 2017,<sup>32</sup> (Sub-cláusula 20.5 en edición 1999),<sup>33</sup> busca fomentar que las

24. Sub-Clause 3.7.2 [Engineer's Determination], “The Engineer shall make a fair determination of the matter or Claim, in accordance with the Contract, taking due regard of all relevant circumstances”.

25. Sub-Clause 3.7 [Agreement or Determination], “When carrying out his/her duties under this Sub-Clause, the Engineer shall act neutrally between the Parties and shall not be deemed to act for the Employer”.

26. Sub-Clause 3.7.2 [Dissatisfaction with Engineer's determination], “If either Party is dissatisfied with a determination of the Engineer:  
(a) the dissatisfied Party may give a NOD to the other Party, with a copy to the Engineer; ...  
(c) this NOD shall be given within 28 days...  
If no NOD is given by either Party within the period of 28 days stated in sub-paragraph (c) above, the determination of the Engineer shall be deemed to have been accepted by both Parties and shall be final and binding on them...”.

27. Sub-Clause 21.3 [Avoidance of Disputes], “If the Parties so agree, they may jointly request (in writing, with a copy to the Engineer) the DAAB to provide assistance and/or informally discuss and attempt to resolve any issue or disagreement that may have arisen between them during the performance of the Contract. If the DAAB becomes aware of an issue or disagreement, it may invite the Parties to make such a joint request”.

28. *Ibid*, “The Parties are not bound to act on any advice given during such informal meetings, and the DAAB shall not be bound in any future Dispute resolution process or decision by any views or advice given during the informal assistance process, whether provided orally or in writing”.

29. Sub-Clause 20.4 [Obtaining Dispute Adjudication Board's Decision] en la edición de 1999, Sub-Clause 21.4.3 [The DAAB's decision] en la edición de 2017.

30. Sub-Clause 20.4 [Obtaining Dispute Adjudication Board's Decision] en la edición de 1999, Sub-Clause 21.4.4 [Dissatisfaction with DAAB's decision] en la edición de 2017.

31. “The FIDIC 2017 Contracts Guide”, p. 546.

32. Sub-Clause 21.5 [Amicable Settlement], “Where a NOD has been given under Sub-Clause 21.4 [Obtaining DAAB's Decision], both Parties shall attempt to settle the Dispute amicably before the commencement of arbitration. Where a NOD has been given under Sub-Clause 21.4 [Obtaining DAAB's Decision], both Parties shall attempt to settle the Dispute amicably before the commencement of arbitration”.

33. Sub-Clause 20.5 [Amicable Settlement].

partes resuelvan su disputa de manera amigable tras una decisión de la DAAB, evitando el arbitraje. Después de que la DAAB emite su decisión, esta es la última oportunidad para que las partes lleguen a un acuerdo mutuo. La Sub-cláusula permite a las partes elegir cualquier método de resolución que les convenga, como negociación directa, mediación o determinación de expertos. El período obligatorio de arreglo amistoso se ha reducido de 56<sup>34</sup> a 28 días<sup>35</sup> en los contratos de 2017.

Las disposiciones de arbitraje para decisiones no definitivas de la DAB son prácticamente iguales en ambos contratos. En caso de que se haya emitido una NOD, cualquiera de las partes puede remitir la disputa a arbitraje para su resolución final. Además, los contratos de 2017 incluyen una cláusula que permite expresamente al tribunal arbitral tener en cuenta cualquier falta de cooperación en la constitución de la DAB al momento de adjudicar los costos.

## 2.2 LOS CONTRATOS NEC

### 2.2.1 EL ENFOQUE PROACTIVO, PREVENTIVO DE LOS CONTRATOS NEC

El NEC4 (*Engineering and Construction Contract*, “ECC”) Opción W3 introduce la Dispute Avoidance Board (“DAvB”) en los formularios NEC. A diferencia del marco de los DBs de los contratos FIDIC, la DAB del NEC se centra principalmente en la prevención de disputas (con la idea central de que una gestión proactiva del proyecto minimizará las posibilidades de que surjan disputas). Por lo tanto, los miembros de la DAB visitan la obra a intervalos regulares, tal y como se establece en los datos contractuales, a menos que las partes lo consideren innecesario, de modo que puedan estar al tanto de cualquier disputa potencial e intervenir antes de que las posi-

ciones se consoliden o se haya incurrido en gastos significativos.<sup>36</sup>

La DB, al igual que en los contratos FIDIC, está formada por uno o tres miembros que se identificarán en los datos contractuales. Cuando hay tres miembros, cada parte puede designar a una persona y la tercera debe ser nombrada conjuntamente por las partes en virtud del “Contrato de Servicio de Resolución de Disputas NEC” en la fecha de inicio del proyecto. Existen disposiciones que permiten a un organismo de designación intervenir para elegir a un miembro de la DAB si las partes no lo hacen.

### 2.2.2 LA FLEXIBILIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS, LLEGANDO A UNA DECISIÓN NO VINCULANTE

En general, los procedimientos NEC son menos prescriptivos que los de los formularios FIDIC. Por ejemplo, no hay una definición de “disputa”, a diferencia de FIDIC 2017. Así que la DAB puede abordar cualquier “disputa potencial que surja en virtud del Contrato o en relación con el mismo”. Además, los métodos de intervención de la DAB pueden ser formales o informales.

El enfoque formal requerirá una remisión a la DB cuatro semanas después de que la otra parte y el jefe del proyecto hayan sido notificados de la posible disputa. A diferencia de las decisiones de la DAAB en los contratos FIDIC, las decisiones de las *Dispute Avoidance Boards* en el NEC 4 tienen el estatus de recomendaciones, sin ser vinculantes. Sin embargo, las partes suelen tomarse en serio estas recomendaciones y tienden a someterse a ellas, dado el calibre de quien las emite y la posibilidad de que la decisión se comparta con tomadores de decisiones posteriores e influya en ellos.<sup>37</sup>

34. Sub-Clause 20.5 [Amicable Settlement], “However, unless both Parties agree otherwise, arbitration may be commenced on or after the fifty-sixth day after the day on which notice of dissatisfaction was given ...”.

35. Sub-Clause 21.5 [Amicable Settlement], “However, unless both Parties agree otherwise, arbitration may be commenced on or after the twenty-eighth (28th) day after the day on which this NOD was given ...”.

36. NEC, “Managing an engineering and construction contract (User Guide)” (Thomas Telford Ltd, 2020), volume 4, p. 84.

37. Chapman, P, “Dispute boards on major infrastructure projects,” [2009] MP1 Proceedings of the Institution of Civil Engineers Management, Procurement and Lawp. 162, 7–16. (hereafter called “Dispute boards”). Ver también, Chern, C., “The Law of Construction Disputes” (3rd Edition, Abingdon, 2021), capítulo 14 (“Construction Disputes”).

A diferencia de la DAAB de la FIDIC, no existe un plazo para que la DAB en NEC4 emita su recomendación, aunque debe presentarse una notificación de insatisfacción en un plazo de cuatro semanas a partir de la fecha de emisión de la recomendación. La necesidad de emitir una NOD con respecto a una recomendación no vinculante puede, comprensiblemente, parecer contraintuitiva. Sin embargo, para evitar problemas con la validez de cualquier remisión posterior de la disputa a un tribunal arbitral o judicial, una parte insatisfecha debe asegurarse de hacerlo a tiempo.

El enfoque informal refleja el enfoque proactivo de cortar de raíz una posible disputa, mediante la propia identificación y revisión de posibles disputas por parte del DAB (por ejemplo, durante una o más visitas a las instalaciones).

### 2.2.3 ARBITRAJE

A diferencia de los contratos FIDIC, los contratos NEC dejan a las partes elegir entre el arbitraje y la vía judicial, elección que estipulan en la sección del contrato llamada Contract Data. La opción W3 (para proyectos fuera de Reino Unido) establece expresamente que no se puede someter una disputa al tribunal (arbitral o judicial) a menos que se haya sometido previamente a la DB.

## 3. LA PRÁCTICA EN LOS TRES PAÍSES ANALIZADOS

### 3.1 ALCANCE DE USO

En el Reino Unido, la encuesta nacional sobre leyes y contratos de construcción de 2015 realizada por NBS, que forma parte del Royal Institute of British Architects (RIBA), concluyó que el conjunto de contratos NEC3 es ahora el más utilizado por el 42% de los clientes, en comparación con el 32% que utiliza principalmente contratos *Joint Contracts Tribunal* ("JCT") (una organización que elabora modelos de contrato estándar para la industria de la cons-

trucción en el Reino Unido). Hoy día, los contratos NEC3 y NEC4 se han convertido en los contratos preferidos del sector público en el Reino Unido. Se utilizan para casi todos los proyectos implementados por organismos y agencias gubernamentales nacionales y locales en una amplia variedad de situaciones comerciales, trabajos y ubicaciones. Por ejemplo, la Agencia de Medio Ambiente de Inglaterra ha utilizado los contratos NEC4 para ejecutar su programa de capital de gestión del riesgo de inundaciones y erosión costera de £1.2 mil millones para 2019-2027.<sup>38</sup> En cambio, el uso de contratos FIDIC en el Reino Unido es limitado.

En Perú, el NEC llegó en el 2017 como consecuencia del Acuerdo Gobierno a Gobierno (G2G) entre el Reino Unido y Perú para que empresas británicas proveyeran de asistencia técnica en la preparación, gestión y ejecución de los Juegos Panamericanos de Lima 2019, específicamente para el diseño y construcción de la infraestructura permanente de varias sedes. El G2G fue un marco de excepción que permitió el uso de un contrato estándar nacido en un país de *common law*, europeo y de lengua inglesa, en un país latinoamericano de idioma español con derecho civil. El uso exitoso de los contratos NEC3 en los Juegos Olímpicos de Londres de 2012 fue un factor que contribuyó a este uso en gran medida.

Se adjudicaron y firmaron cinco contratos NEC3 ECC Opción F, los cuales llevaron establecidos en una única cláusula W3 el uso de DBs (*Dispute Adjudication Boards*), cuyas reglas de funcionamiento fueron las de la CCI, y sus decisiones eran vinculantes y debían ejecutarse inmediatamente. Se podía acceder a un arbitraje si una de las partes así lo solicitaba, pero obligatoriamente se debía pasar primero por la DAB. Ello sumado a que era la primera vez que se usaba este contrato y que había poca o ninguna experiencia en Perú de DBs, provocó que no se fuera a ningún arbitraje hasta que se culminaron el 100% de las obras de los 5 contratos. De hecho, con posterioridad no hay registro de que ninguno de los contratistas haya llevado su discrepancia con Lima 2019 (cuyos procesos continuó

38. <https://www.neccontract.com/projects/environment-agency-collaborative-delivery-framework-uk>.

Legado, la institución que nació para mantener las sedes de Lima 2019) a un arbitraje.

Tras esta primera experiencia en contratos NEC, se produjeron dos portafolios más de proyectos usando estos formatos contractuales y sus respectivas DABs: ARCC (Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, ahora ANIN) y Escuelas Bicentenario, las cuales suman hasta ahora y desde el 2020 más de 40 contratos NEC por más de 7.000 millones de dólares en infraestructura de escuelas, drenajes de ciudades, centros de salud, y soluciones de ríos y cuencas.

En los siete años transcurridos desde la implementación de NEC y sus DABs en Perú, ya se han formado unas 50 juntas, y el proceso de aprendizaje y experiencias ha sido muy interesante. No obstante, si hace 7 años casi ninguna, o ninguna persona que conformó una DAB para un contrato NEC en Perú tenía experiencia previa en estos contratos, en opinión de los autores, a día de hoy debería ser un requisito indispensable que la tengan y que, además, entiendan el modelo de contrato, pues sus decisiones deberían estar en el marco de la herramienta contractual que rige el actuar de las partes.

Un gran factor detrás del nivel de uso de los DBs en Perú es el hecho de que están específicamente regulados en el país. El 9 de enero de 2016, mediante la entrada en vigencia de la Ley N. ° 30225.- Ley de Contrataciones del Estado, se implementa en el Perú, la junta de resolución de disputas (“JRD”) como un mecanismo de solución de controversias que tiene como función promover la prevención y la resolución de conflictos que puedan surgir durante la ejecución contractual; y como finalidad evitar que el proyecto se paralice y lograr que culminen con éxito las obras en el plazo establecido.

Adicional a ello, el artículo 243 del Reglamento de la Ley N. ° 30225 establece la obligatoriedad de incorporar la cláusula de solución de disputas mediante JRD en los contratos de obra que comprendan diseño y construcción. Asimismo, de manera complementaria mediante la Directiva N.

°012-2019-OSCE/CD establece la obligatoriedad de que las JRD sean administradas por un centro de JRD, convirtiendo a la JRD en institucional.

Estas instituciones administradoras de JRD deben cumplir con varias disposiciones, desde la necesidad de poseer cierta experiencia en materia de resolución de disputas, infraestructura mínima y modelos para contratos tripartitos, hasta la imposición de mecanismos de control de sus facultades (v.g., se establece que no pueden ser sometidas a JRDs las controversias sobre la nulidad, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato).

Finalmente, en el caso de España, la utilización de los DBs es aún poco habitual y la información disponible al respecto es muy limitada. La Comisión de *Dispute Boards* del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje (“CEIA”) emitió en 2023 un informe reflejando los resultados de una encuesta realizada para determinar el estado actual de la utilización de los DBs en diversas jurisdicciones, entre las que se incluía la española. Entre otros resultados, el informe concluyó que uno de los principales escollos que encontraron los entrevistados en el uso de estos mecanismos de resolución de disputas fue el desconocimiento sobre el funcionamiento y beneficios del mecanismo.

A pesar de ello, la experiencia de los autores es que los DBs están siendo empleados por empresas españolas en la ejecución de proyectos de construcción internacionales, a través de la adopción de contratos modelo tales como los propuestos por FIDIC y NEC con un alto grado de eficacia en la prevención de litigiosidad y en la consecución eficiente de los proyectos. Como se analizará en los apartados siguientes, la especial situación de la regulación actual en España de este tipo de mecanismos hace particularmente relevante la regulación contractual detallada, no solo del funcionamiento de los DBs, sino de su interrelación con otros mecanismos heterocompositivos de resolución de disputas que sí se encuentran adecuadamente regulados, especialmente con el arbitraje, cuya fiabilidad y desarrollo jurisprudencial ofrecen un alto grado de confianza.

### 3.2 CULTURA DE COLABORACIÓN EN LA INDUSTRIA DE CONSTRUCCIÓN

Los contratos FIDIC son más largos que los NEC y las partes corren el riesgo de enredarse con controversias si no se administra bien el contrato. Pero en Inglaterra, los utilizadores de NEC, cuya buena implementación precisa un enfoque colaborativo, normalmente son convencidos de este enfoque. Hay muchos ejemplos de utilización exitosa de contratos NEC en grandes proyectos de construcción en Inglaterra: los Juegos Olímpicos de 2012 y los Terminales 2 y 5C en el aeropuerto de Heathrow, entre otros.

En Perú, el impacto positivo de las JRD y DABs en los contratos es notable, especialmente con un índice de satisfacción que supera el 90%. En cuanto al NEC en Perú, es como la mayoría de los países en Latinoamérica y otras regiones, donde los contratos a suma alzada (un contrato en donde se estipula un monto total por la ejecución del proyecto) han regentado el ADN de disputa, reclamo, y enfrentamiento entre las partes. La suma alzada es una caja negra basada en la asignación del riesgo del diseño al cliente (o propietario), que resulta en la necesidad de usar herramientas tan obsoletas como la ampliación de plazo y los adicionales. En opinión de los autores, el mecanismo no favorece la apertura de las partes a que dichas evaluaciones se hagan sobre la base de evidencia principalmente, y no sobre simples proyecciones o extrapolaciones, como lo es en una suma alzada.

Un ejemplo, y con más detalle de lo dicho anteriormente, es la herramienta del “Evento Compensable” del NEC, donde las consecuencias de una situación que puede cambiar los precios, las fechas, o los performances de las obras, se dividen en dos etapas. La primera es que el Project Manager decida si es o no un Evento Compensable, y si lo es, recién se evalúan el cambio de fechas por un lado, y el cambio de precios por otro lado. En específico en el cambio de precios, el contratista está obligado a mostrar lo que pagó como consecuencia del evento compensable aceptado previamente por el Project Manager, con lo cual la disponibilidad de información es tal, que la evidencia no requiere más detalle. De esa manera se evita la simpleza de

multiplicar tarifas previamente cerradas por cantidades (por ejemplo, gastos generales/día) por los días transcurridos cuando con eso no se transparenta lo que se gastó realmente.

Por otro lado, cuando llegó el NEC a Perú se puso de moda la palabra “colaboración”, que se ha vuelto perversa, ya que muchas partes piensan que *“la otra parte colabora si hace lo que yo quiero”*, y eso está alejado del concepto de colaboración dentro del NEC. No obstante, ya existe un pequeño, pero importante, grupo de personas con experiencia en la implementación de los diferentes contratos y en los distintos roles establecidos, que entienden que la colaboración en este formato se incentiva con el uso de los procedimientos claros del contrato. Ayudados por asistencia técnica permanente, hasta la fecha se ha logrado instalar en varios de los usuarios el uso adecuado del contrato, y no una interpretación de parte o un manejo legal basado en leyes peruanas que no sigue las reglas del contrato.

En Perú ya hay un número importante de usuarios que entendieron que no se trata de tener abogados de parte, sino gestores contractuales que en el día a día usen adecuadamente el lenguaje, los procedimientos, y el trabajo en conjunto basado principalmente en reembolsos, fees, cambios de fechas, instrucciones, aceptaciones, notificaciones y otros que hacen mucho más claros los procesos dejando menos temas a la interpretación de parte.

En España, en la experiencia personal de los autores, encontramos una cultura colaborativa, pero generalmente canalizada a través de la negociación, de modo que, al no funcionar la negociación, las partes suelen recurrir a arbitraje o la vía judicial.

### 3.3 ESTATUS JURÍDICO DE LOS DBS

Se plantea en este apartado la cuestión de si, en caso de que no exista una DB ya constituida en el momento de surgir un litigio, una parte puede saltarse ese mecanismo y someter su disputa directamente a arbitraje o a los jueces.

En el Reino Unido, esta cuestión se planteó en relación con una versión modificada del Libro Plata

de 1999 (que prevé una DB ad hoc, y cuya versión modificada preveía el litigio en lugar del arbitraje) en el asunto *Peterborough City Council contra Enterprise Managed Services Ltd.*<sup>39</sup> El cliente en ese caso inició un procedimiento judicial para recuperar los daños liquidados, pero el contratista solicitó al tribunal la suspensión de dicho procedimiento sobre la base de que el cliente debería haber remitido primero la disputa a una DB ad hoc. El cliente alegó que la Sub-Cláusula 20.8 le daba derecho a no tener que remitir los litigios a la DAB. Esto se debía a que, en sus términos literales, establecía que cuando surgiera una disputa “y no hubiera una DAB en funcionamiento, ya sea por la expiración del nombramiento de la DAB o por cualquier otro motivo”,<sup>40</sup> la disputa podría remitirse directamente a arbitraje. Sin embargo, el Tribunal rechazó firmemente este argumento, basándose en el sentido común de que, cuando una DAB es ad hoc, nunca estará en funcionamiento en el momento en que surja el litigio, ya que debe existir un litigio antes de que pueda iniciarse el proceso de designación de la DAB.

Obsérvese que en las jurisdicciones de derecho civil en las que las partes están sujetas a la obligación de buena fe, es posible que una parte someta un litigio directamente a arbitraje cuando la otra parte haya obstaculizado el proceso de constitución de la DB (como ocurrió en un caso en Suiza en el que un empresario obstaculizó el proceso y el contratista inició directamente el arbitraje, paso que no fue invalidado por el Tribunal Supremo Federal suizo).<sup>41</sup>

En Perú, desde Lima 2019, es habitual que los clientes requieran que las decisiones de los DBs sean vinculantes y de ejecución obligatoria. Las partes tienen la opción de ir a arbitraje, pero primero deben pasar por la DB y cumplir con las decisiones tras sumisiones formales. Este no es el caso de opiniones o consultas informales. En la mayoría de los últimos contratos firmados, los clientes han es-

tablecido que el arbitraje se puede plantear, pero después de culminar toda la construcción, y que deberían acumularse las causas para lograr llevar un solo proceso.

En España, a la fecha de publicación de este artículo, no consta a los autores que se ha decidido esta cuestión en los tribunales todavía.<sup>42</sup>

En realidad, es poco probable que se produzcan casos en los que los tribunales tengan que determinar si el recurso a DBs puede omitirse, al menos bajo los modelos de contratos analizados en este artículo, ya que regulan adecuadamente las consecuencias de la falta de acuerdo para nombrar a los miembros de los DBs, o los problemas en su constitución. Por ejemplo, en el caso de los contratos FIDIC:(a) prevén una autoridad nombradora cuando las partes no llegan a un acuerdo sobre el nombramiento de cualquiera de los miembros de la DB por los modelos de 2017 prevén la aceptación considerada por las partes de los términos del acuerdo DAAB -potencialmente otro punto en el que una parte podría tratar de obstruir el proceso de constitución- en tales casos; y (b) en sus formularios 2017 prevén una DAAB permanente y especifican que, si “no hay un DAAB en vigor (o no se está constituyendo un DAAB), ya sea por la expiración del nombramiento o por cualquier otro motivo”, la controversia puede remitirse directamente a arbitraje sin perjuicio de los derechos de la parte remitente, por ejemplo, a reclamar daños y perjuicios.

### 3.4 EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES DE LOS DBS

En el caso de la DAAB, su decisión de la DAAB es, por acuerdo contractual, vinculante entre las partes que deberán cumplirla, independientemente de si se notifica una NOD.<sup>43</sup> Si la parte perdedora no cumple con la decisión de la DAAB, es posible pedir la ejecución provisional a través de medidas

39. *Peterborough City Council contra Enterprise Managed Services Ltd* [2014] EWHC 3193 (TCC).

40. Énfasis agregada.

41. Decisión 4A\_124/2014 del 7 de julio de 2014, accesible en francés en [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

42. Hay jurisprudencia conexas en materia de mediación, pero las características particulares de los casos que la motivaron hacen que no resulte fácilmente extrapolable al caso de DBs.

43. Esto fue durante años una fuente de incertidumbre, como demostraron las decisiones en el caso *Persero: CRW Joint Operation (Indonesia) v PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK (“Persero I”)* (HC) [2010] SGHC 202; 137 Con LR 69, *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation (Indonesia) (“Persero II”)* (HC) [2014] SGHC 146; [2015] BLR 119 (Singapore High Court decision), *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation (Indonesia) (“Persero II”)* (CA) [2015] SGCA 30; [2015] BLR 595 (decisión del Singapore Court of Appeal).

cautelares otorgadas por el tribunal arbitral, o de las medidas cautelares judiciales en apoyo del arbitraje (si bien, en función del ordenamiento jurídico aplicable, pueden plantearse dificultades en los plazos legalmente exigibles para el inicio del procedimiento arbitral, así como otras dificultades relacionadas con la posible ausencia de regulación específica de los DBs en la jurisdicción en cuestión, conforme a la cláusula escalonada de resolución de disputas concreta).

Dicho esto, a pesar de la ausencia de carácter directamente ejecutivo de las decisiones, la experiencia demuestra que la mera emisión de recomendaciones o decisiones vinculantes fomenta el cumplimiento voluntario y favorece la ejecución eficiente de la obra, desalentando la litigiosidad y la acumulación de reclamaciones y permitiendo acotar la disputa en caso de que finalmente resulte necesario iniciar un procedimiento posterior.

El formulario FIDIC de 2017 exige que la DAAB emita su decisión en un plazo de 84 días a partir de la remisión de la disputa (el DAB del NEC no tiene plazo, como se ha indicado anteriormente, por lo que la cuestión de la tardanza no se plantea, al menos no directamente). ¿Qué ocurre si la decisión se dicta fuera de plazo? Las posibilidades son escasas si las partes eligen bien a los miembros de la DB, y también porque la DB suele solicitar, y es razonable que se le conceda, más tiempo para emitir la decisión cuando sea necesario. Sin embargo, aún puede ocurrir. La respuesta es que depende de: (a) las modificaciones contractuales pertinentes que las partes hayan introducido en el contrato; y (b) la legislación aplicable.

Cabe esperar que una jurisdicción de *common law* como Inglaterra tenga en cuenta los casos pertinentes de otras jurisdicciones de *common law*. En este sentido, en el caso sudafricano *Freeman NO v Eskom Holdings Ltd*, se sostuvo que una decisión tardía de un adjudicador bajo la forma contractual NEC no sería inválida (en un contexto puramente contractual) por el mero hecho de haber sido emitida tardíamente. Esto se debe, razonó el Tribunal, a que "a

*diferencia de lo que ocurre en los arbitrajes, no existe una base contractual legal o de derecho consuetudinario para declarar inválida la emisión tardía de un laudo de adjudicación, en particular cuando no existe un acuerdo entre las partes de que, a menos que la decisión se emita en un plazo determinado, no será vinculante ni surtirá efecto alguno*".<sup>44</sup>

En el caso de Perú y España los autores no tienen constancia de una decisión de una DB emitida fuera de plazo y perjudicada en su ejecución contractual como consecuencia.

Una cuestión similar es si la decisión del DB es ejecutable, aunque contenga un error de hecho o de derecho. La respuesta breve es que, dado que el DB es un acto contractual, según el Derecho inglés, salvo estipulación contractual en contrario, un error de hecho o de derecho no vicia la ejecutabilidad de la decisión.<sup>45</sup>

La cuestión no se encuentra expresamente resuelta en derecho español. Sin embargo, previsiblemente, la conclusión sería la misma, dando prevalencia al acuerdo de las partes de vincularse por la decisión del DB, con el único límite de la posible vulneración del orden público si el error en la decisión fuese de gravedad suficiente.

En todo caso, el recurso para una parte afectada por una decisión de este tipo es emitir una NOD y presentar una reclamación en un procedimiento arbitral.

### 3.5 ¿CUÁL ES EL IMPACTO REAL DE LOS DBS EN LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS?

Las DBs en los contratos FIDIC y NEC logran inscribirse de manera muy útil en un continuum entre la prevención de conflictos, el equilibrio entre los intereses de las partes y un último enfoque de protección de los derechos de las distintas partes.

En Inglaterra, las DABs se ven muy favorablemente, en parte porque la adjudicación, muy similar a los DAB, tiene una base legal y, por lo tanto, a través

44. *Freeman NO v Eskom Holdings Ltd* [2010] ZAGPJHC (South Gauteng High Court, Johannesburg), párr. 23.

45. *Jordan v Norfolk County Council* [1994] 1 WLR 1353, ChD, p. 1358.

de su uso obligatorio ha desmitificado el funcionamiento de las DABs, además de simplemente por su éxito en la resolución de disputas.

En Perú, las DAB llegaron notoriamente y casi masivamente de la mano con sus cinco primeros NEC en el 2017. Puede que antes se hayan empleado DBs bajo contratos FIDIC en Perú, pero no tuvieron notoriedad y no se supo de su valor en la industria de la construcción de infraestructura pública antes de este registro. En general los DBs han sido útiles y cada vez más valoradas, pues en combinación con el modelo NEC, han logrado que más contratistas dejen de presentar reclamaciones de manera frívola, y que se centren en solo llevar a consulta informal o sumisión formal aquello en lo que realmente no estén de acuerdo con la decisión del Project Manager. A su vez, los *Project Managers* cada vez entienden más que no son el abogado del cliente, y que un tercero independiente puede mostrarles su arbitrariedad, si sus decisiones no están sustentadas en el contrato.

En ocasiones, las partes se muestran preocupadas por los costes de las juntas permanentes, pero se ha puesto de relieve que estos suelen representar entre el 0,1% y el 0,2% anual del coste total del proyecto. Si se trata de un proyecto de dos años y 100 millones de dólares, el coste es de 100-200.000 dólares al año, mientras que un arbitraje completo costaría al menos 500.000 dólares. Si el proceso de DB evita un arbitraje, las ventajas, incluso en términos de tiempo y esfuerzo, no sólo económicas, son claras.<sup>46</sup>

En el caso de Perú, los costos del mecanismo de DBs no suelen superar el 0,5% del costo final del contrato. Sin embargo, su utilización ha permitido evitar en cerca del 100% de casos la práctica del arbitraje, lo cual, además del ahorro de abogados y profesionales ha permitido que el arbitraje se haga después de culminada la obra y de manera acotada. En Perú esto último es realmente un salto cuántico respecto de lo que pasaba generalmente con arbitrajes y paralizaciones de obra, que hacían perder mucho más dinero.

En España, si bien existe aún poca implementación de estos mecanismos, la experiencia internacional arroja datos alentadores sobre la capacidad de este tipo de sistemas de ofrecer soluciones eficientes para los proyectos de construcción e ingeniería complejos. En este sentido, resultan alentadoras las estadísticas publicadas por la organización Dispute Resolution Board Foundation en 2021, reflejando que en un porcentaje superior al 80% de los casos analizados, el empleo de DBs no derivó en el comienzo posterior de procedimientos judiciales o arbitrales.<sup>47</sup>

### 3.6 ESCANEAO DEL HORIZONTE

En el Reino Unido, parece casi seguro que el papel de los DBs seguirá creciendo, dado el éxito generalizado de su uso en grandes proyectos de construcción.

En Perú, el futuro también parece prometedor para los DBs. El 24 de junio de 2024 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley 32069.- Ley General de Contrataciones Públicas (“Ley de Contrataciones Públicas” - a la fecha, aún no vigente). Esta ley desarrolló aún más la institución de los DBs en Perú, y lo hizo de tres maneras principales. Primero, cambia la denominación de junta de resolución de disputas (definida supra como JRD) por Junta de Prevención y Resolución de Disputas (“JPRD”). El carácter preventivo refleja el afianzamiento del concepto moderno de DBs que consiste en que deberían no solamente dirimir controversias sino evitar que el proyecto se paralice y lograr culminar con éxito las obras en el plazo establecido. Segundo, las materias susceptibles de ser sometidas a la JPRD han sido extendidas v.g., las relacionadas a prestaciones adicionales aprobadas por la entidad sí podrán serles sometidas. Tercero, respecto a la impugnación de las decisiones, establece que, si esta no se lleva a cabo dentro del plazo establecido o no se inicia el arbitraje dentro del plazo de caducidad, la decisión emitida por la JRPD obtiene el carácter de defini-

46. Prof. Jones, D. “Disputes Boards: preventing and resolving disputes”, Paper expuesto en la conferencia de la SCL Malaysia Construction Law international, Kuala Lumpur, el 19 de septiembre de 2014, p. 10.

47. Disponible en: <https://www.drb.org/db-faqs>.

tiva e inimpugnable, es decir la decisión adquiere mérito ejecutivo. Ello es importante porque conlleva que, al no impugnarse dentro del plazo, las decisiones de la JPRD quedan consentidas.

Finalmente, es necesario precisar que el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, plantea que la JPRD tendrá competencia para conocer cualquier discrepancia, desacuerdo o controversia de contenido contractual o técnico que surja durante la ejecución del contrato de bienes y servicios.

Es cierto que el creciente impacto y demanda de la JRD en la solución de controversias ha llevado a una evolución en su normativa. La ampliación de sus facultades para abordar no solo conflictos relacionados con contratos de construcción, sino también aquellos derivados de la contratación de bienes y servicios, refleja un enfoque más integral en la gestión de disputas. Esto no solo fortalecerá la prevención y resolución de conflictos, sino que también brindará mayor agilidad y eficiencia en el manejo de situaciones que pueden afectar a diversas áreas del sector público y privado.

En el caso de España, con arreglo a la experiencia personal de los autores, la aún poca implementación de los DBs se debe principalmente a los factores siguientes: (a) falta de precedentes en la jurisprudencia española y desconocimiento de los mecanismos o confusión con sistemas alternativos; (b) dificultades iniciales para la constitución de los DBs por la acumulación de factores tales como el establecimiento de elevados requisitos de especialización técnica y sectorial que dificultan la identificación de miembros con disponibilidad inmediata y cualificación específica en los que simultáneamente no concurren conflictos de interés asociados a su experiencia previa con las partes o en disputas similares; y (c) una preocupación por el coste de los DBs permanentes (a pesar de la estipulación contractual en este sentido). Sin embargo, muy probablemente los DBs ganarán terreno gracias a la experiencia positiva en proyectos internacionales, que fomentará su adopción. De contar con un adecuado respaldo en la regulación contractual y mayor información y formación, el mecanismo de sumisión a DBs sin duda proliferará.

Adicionalmente, en la fecha de publicación de este artículo, se encuentra en tramitación el “Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del servicio público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, con número de expediente 121/000016, mediante el cual se pretenden incorporar nuevos mecanismos alternativos de solución de controversias para potenciar la negociación entre las partes y encontrar soluciones dialogadas a las disputas. A pesar de la propuesta planteada por el CEIA para la inclusión de los DBs entre los mecanismos propuestos,<sup>48</sup> el proyecto no incluye actualmente DBs ni mecanismos análogos expresamente regulados. Es de esperar que esta situación cambie, pero, en cualquier caso, la regulación o no de las DB es sin duda una cuestión de la rapidez con que se adopte su uso en España, más que de su existencia en el paisaje de resolución de disputas en el país.

48. Disponible en 20220920-Propuesta-CEA-enmiendas-PLP-VDFP.pdf (clubarbitraje.com).

## El panel como herramienta para la gestión de proyectos públicos de infraestructura: cambios necesarios en la cultura y organización de la administración pública.

### *The panel as a tool for the management of public infrastructure projects: necessary changes in the culture and organization of public administration<sup>(\*)</sup>*



#### FRANCISCO CORONEL URIONA<sup>(\*\*)</sup>

**Resumen:** La implementación masiva de *dispute boards*, como mecanismo interno de solución de controversias para las inversiones en infraestructura pública individuales y en cartera, ha mostrado resultados inestables debido a factores culturales y organizacionales fuertemente afianzados en la administración. Por esta razón, hemos recabado información cualitativa de los programas y proyectos especiales con el fin de

comparar los usos y formas nacionales con las recomendaciones y buenas prácticas internacionales. Nuestros hallazgos son diversos: primero, el modelo de inversiones en cartera es novedoso y exige mejores criterios de gestión de proyectos, incluyendo el uso de los servicios de adjudicación; segundo, los gestores públicos son rehenes de una larga tradición adversarial que los lleva a retrasar y crear límites a las posibles intervenciones del panel; tercero, para asegurar la coherencia y efectividad de los paquetes de inversiones que usan de varios equipos de expertos, se requieren nuevos y mejores procesos, así como arreglos institucionales. Concluimos señalando la necesidad de afrontar sin dilación la transformación que demanda el uso correcto de esta clase de servicios para lo que debemos distinguir las posibilidades de cada modelo.

**Palabras claves:** junta de resolución de disputas, gestión de proyectos, gestión pública, cambio cultural, modernización.

(\*) Este artículo forma parte de la obra colectiva denominada ¿Qué es la junta de resolución de disputas? Temáticas actuales, perspectivas y propuestas de mejora, publicada en la ciudad de Lima en julio de 2024 por la Editorial Lex & Iuris (pp. 271-325).

(\*\*) Abogado de la Universidad de Piura. Magister en Regulación Económica de Servicios Públicos de la Universidad del Pacífico. Especialista en arbitraje, administración de contratos, gestión de proyectos, diseño de procesos, contratación pública y Derecho Administrativo. Administrador del contrato G2G y contratos NEC4 ECC y PSSC del Proyecto Especial de Inversión Pública Escuelas Bicentenario. Chief Legal Officer (CLO) de La Feria Agencia Digital. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola.

**Abstract:** The massive implementation of dispute boards, as an internal dispute resolution mechanism for individual and portfolio investments in public infrastructure, has shown unstable results due to cultural and organizational factors strongly entrenched in the administration. For this reason, we have collected qualitative information from special programs and projects to compare national praxis and patterns with international recommendations and good practices. Our findings are diverse: first, the portfolio investment model is novel and requires better project management criteria, including the use of adjudication services; second,

public managers are hostages to a long adversarial tradition that leads them to delay and create limits on the panel's possible interventions; third, to ensure the coherence and effectiveness of investment packages using various teams of experts, new and improved processes as well as institutional arrangements are required. We conclude by pointing out the need to face without delay the transformation that the correct use of this type of services demands, for which we must distinguish the possibilities of each model.

**Keywords:** dispute board, project management, public management, cultural change, modernization.

**Lo que no se define no se puede medir.  
Lo que no se mide, no se puede mejorar.**

William T. Kelvin (1800)

**No existe una mejor manera de organizarse,  
pero cualquier forma de organizarse no es igualmente efectiva.**

Jay R. Galbraith (1973)

## I. INTRODUCCIÓN.

La combinación de eficiencia y eficacia es la piedra filosofal que buscan todos los inversionistas en proyectos de infraestructura y en ese menester modifican progresivamente sus modelos organizacionales y procesos para lograr mejoras en cualquiera de estos dos parámetros. Pero hay diferencias entre los agentes que operan en el mercado; por ejemplo, las empresas privadas han demostra-

do ser más ágiles y veloces para cambiar y adaptarse a una complejidad creciente, mas no así las entidades de la administración pública.

Entre las causas de esta aparente impericia estatal destacamos la influencia determinante del principio de legalidad y la elección persistente de diseños orgánicos y verticales. El primero obliga al poder público a actuar sólo y únicamente con sujeción a la ley, de modo que aquello que no le

está permitido le estará prohibido.<sup>1</sup> El segundo es más bien una consecuencia del primero; puesto que es la ley la que asigna las funciones y responsabilidades de las entidades, creando sus órganos y vinculándolos por medio de una larga línea de responsabilidades descendentes. De este modo, las respuestas adaptativas de las entidades públicas son tan rápidas como los cambios que puedan realizar en sus reglas de funcionamiento.

Si bien es cierto que hay pocas instituciones menos flexibles y adaptables que una norma legal, no es razonable formular críticas sobre su ánimo de permanencia toda vez que uno de sus fines es normalizar las conductas sociales y generar certidumbre en la convivencia a largo plazo. Empero, relevar la existencia de esta particular condición con la que opera la administración pública nos permite comprender y explicar los largos ciclos de transformación que experimentan los enfoques de casi cualquier política, incluyendo los arreglos institucionales para las inversiones en infraestructura pública. En particular, sobre los mecanismos de solución de controversias, distinguimos en el Perú dos grandes y distanciados momentos: la introducción del arbitraje, que se produjo en la década de 1990, y la adopción de las juntas de resolución de disputas, que ocurrió en la década de 2010.

La entrada normativa del arbitraje requirió varios años de discusiones sobre las necesarias modificaciones legales y de política pública, las cuales se llevaron a cabo tanto en el Congreso de la República como en las varias dependencias del Poder Ejecutivo. Pero su implementación y uso efectivo requirió aún más tiempo; no fue suficiente con sólo modificar la Constitución y emitir normas especiales, sino que además tuvieron que implementarse arreglos institucionales a nivel de cada gobierno representativo en el territorio nacional, las empresas del sector privado aprendieron a utilizarlo poco a poco, los servicios legales ampliaron su oferta para cubrir una nueva demanda y, aún más importante, todos los agentes empezaron a capacitarse para contar con profesiona-

les con competencias específicas. Hoy el arbitraje lleva más de 30 años en uso y mejora continua, ha madurado notablemente, cuenta con ilustres representantes y constituye la pieza clave que ordena a todos los demás mecanismos de solución de controversias en inversiones públicas en infraestructura.

Pero las juntas de resolución de disputas, o *dispute boards*, como se conocen en el medio internacional, son mucho más recientes y su introducción normativa ha sido menos estructurada. La mayor parte de organizaciones públicas aún están adaptando sus procesos internos a este mecanismo y los gestores públicos y contratistas aún no comprenden a cabalidad su funcionamiento, los servicios legales especializados son todavía limitados y, sobre todo, los agentes aún no han desarrollado las competencias necesarias. A pesar de ello, los programas públicos de inversiones en infraestructura ya los usan intensivamente, lo que nos ha permitido recoger experiencias y datos para identificar los elementos culturales y arreglos institucionales que impiden a esta clase de servicios proveer su máximo valor a los proyectos en curso.

Como resultado, hacemos recomendaciones y proponemos medidas de gestión para iniciar un proceso de transformación que facilite a los titulares de las organizaciones estatales y a los gestores públicos de proyectos tomar decisiones que permitan hacer uso de los servicios de adjudicación considerando su naturaleza, es decir, como una verdadera herramienta de gestión.

## II. BREVE HISTORIA DE LOS ENFOQUES DE LA INVERSIÓN PÚBLICA EN INFRAESTRUCTURA.

La doctrina distingue tres períodos en la contratación pública tradicional.<sup>2</sup> El primero, comprendido entre los años 1950 y 1980, se caracterizó por una dispersión de normas y la libertad reglamentaria de cada entidad ejecutora presupuestal para ordenar sus propios procesos. El segundo, inició con la

1. Santy Cabrera, L. (2107) *El principio de legalidad en el derecho administrativo*. Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional, N° 119.

2. Martín Tirado, R. (2013) *El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú*. Revista de Derecho Administrativo N° 13.

entrada en vigor de la Constitución Política de 1979 que facilitó la emisión de tres históricas normas: el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, o RULCOP; el Reglamento Único de Adquisiciones, o RUA; y el Reglamento General para la Contratación de Actividades de Consultoría, o REGAC. Esta intervención normativa constituyó el primer esfuerzo sistematizador del Estado para distinguir entre contratos administrativos y contratos estatales, instaurar procedimientos de selección y adjudicación y, aún más importante, crear instancias administrativas encargadas de resolver las controversias. Este fue el caso de los Consejos de Adquisiciones Departamentales, o CAD, con competencia en cuestiones precontractuales; y el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, conocido como CONSULCOP, para la fase de ejecución de las obras públicas. El tercer periodo, inicia con la emisión de la Constitución Política de 1993 que dispuso el marco de referencia para el desarrollo de los procedimientos administrativos de licitación o concurso público y concluyó con una unificación normativa. Así, el 27 de julio de 1997, se promulgó la Ley N° 26850, la primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que hoy cuenta con más de 30 años de constante evolución y constituye la joya de la corona en lo que a contratación pública peruana se refiere. Los aportes de esta norma fueron y aún son significativos; entre ellos destaca la creación del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones, o CONSUCODE, hoy conocido como Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, u OSCE; y la implementación del arbitraje, como mecanismo obligatorio de solución de controversias para la fase de ejecución contractual.

De otro lado, aunque el régimen de concesiones es normativamente tan antiguo como la contratación pública tradicional, su tecnologización es muy posterior<sup>3</sup> e inició en el año 1991 con la emisión de numerosas normas para la promoción de la inversión privada y extranjera en obras públicas e infraestructura de servicio público,<sup>4</sup> así como para las concesiones de infraestructura pública y de servicios públicos.<sup>5</sup> Luego, en el año 2003, otro grupo de normas relacionadas con la descentralización proporcionó un nuevo aliento a este modo de contratación.<sup>6</sup> Incluida la Constitución Política de 1993, toda la regulación de concesiones también promovió el uso del arbitraje como mecanismo estándar de solución de controversias.

Luego, en el año 2008 se publicó el Decreto Legislativo N° 1012 – Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, el cual sería modificado en los años 2013 y 2015.<sup>7</sup> Esta modalidad agregó al amigable componedor y la junta de resolución disputas, o JRD, como formas de conciliación y solución de controversias, pero también promovió al arbitraje como principal mecanismo de solución de conflictos. Sin embargo, con la publicación del reglamento<sup>8</sup> sólo se regularon los procedimientos concernientes al amigable componedor olvidando los de la junta, de modo que esta última no prosperó rápidamente.

El recuento de estos regímenes de contratación no es decorativo. Detrás de ellos reside una óptica, una forma de aproximarse a la inversión pública que, si bien no cuenta con una denominación histórica, sí podríamos identificar con la gestión individual de proyectos.<sup>9</sup> Desde la perspectiva del régimen tradicional, una entidad cuenta con un presupuesto

3. Nalvarte Salvatierra, P. (2017), *Evolución del Marco Legal de las Concesiones y las Asociaciones Público-Privadas en el Perú*. Derecho & Sociedad, N° 49.

4. Decreto Legislativo N° 662 – Otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías, Decreto Legislativo N° 757 – Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Supremo N° 162-92-EF – Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada.

5. Decreto Legislativo N° 758 – Ley para la Promoción de las Inversiones Privadas en Infraestructura de Servicios Públicos, Decreto Legislativo N° 839 – Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, Decreto Supremo N° 059-93-PCM – TUO de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, Decreto Supremo N° 060-96-PCM – Reglamento del TUO de Concesiones.

6. Ley N° 28059 – Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Decreto Supremo N° 015-2004-PCM – Reglamento de la Ley N° 28059.

7. Ley N° 30114 – Ley de Presupuesto del Sector Público, Ley N° 30167 – Ley que modifica el Decreto Legislativo 1012, Decreto Legislativo N° 1224 – Ley marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

8. Decreto Supremo N° 127-2014-EF – Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

9. Project Management Institute. (2008) *A Guide to the Project Management Body of Knowledge (PMBOK Guide)*. Fourth Edition.

de inversión para ejecutar distintos proyectos -de infraestructura de preferencia- bajo una mirada individual de gestión. De este modo no se percibe la necesidad de aplicar mejores prácticas o cruzar información; rara vez se producen sinergias o se persiguen beneficios conjuntos y, a pesar de mostrar problemáticas comunes, no se implementan soluciones transversales. Aquí la visión de cualquier gestor creativo es limitada por los invasivos procedimientos legales y reglamentarios que finalmente vencen a la mayoría de las propuestas de mejora. Sin embargo, y para ser justos con las normas de aquel momento, en las concesiones y asociaciones público-privadas, por su envergadura y menor regulación de detalle, sí se observó el uso de algunas pocas prácticas de gestión de proyectos, salvadas distancias.<sup>10</sup>

Pero ninguna óptica es estática, mucho menos en la gestión pública. En un contexto de crisis financiera global,<sup>11</sup> en el año 2007 se publicó la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que revitalizó la creación de programas facilitando la acumulación de proyectos de inversión de una misma clase en una única unidad ejecutora. A la sombra de esta norma, en el año 2009 se creó el Programa Nacional de Recuperación de las Instituciones Públicas Educativas Emblemáticas Centenarias, la que fue absorbida y sustituida por el Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED en el año 2015. También en ese año -2009- se creó el Programa Nacional de Inversiones en Salud - PRONIS, que existe hasta la fecha. Ambos tuvieron por objetivo la ampliación, mejora, sustitución, rehabilitación y/o construcción de la infraestructura propia de su sector con miras a mejorar los niveles de servicio y cerrar las brechas. Fue así como la inversión pública agregó al obvio resultado físico y tangible algunos valores intangibles como la planificación de la inversión, la alineación estratégica de los objetivos de la política pública sectorial, la ineludible coordinación entre los niveles de gobierno y la regulación, aunque este último aspecto no quedó muy claro. A la fecha de su aparición en la escena nacional, el régimen de

contratación pública tradicional se encontraba en auge, tenía poco más de diez años y sus engranajes no estaban tan deteriorados como hoy se perciben; por lo tanto, es razonable que ambos programas ejecutaran sus proyectos con la ayuda de sus muy estructurados, aunque poco flexibles procesos.

En el año 2014, con la emisión de la Ley N° 30225, la Ley de Contrataciones el Estado sufrió un cambio significativo al incorporar como medio de solución de controversias a la junta de resolución de disputas. Sin embargo, para el esquema de contratación tradicional, no se hizo popular sino hasta el año 2020 con la emisión del Decreto Supremo N° 250-2020-EF, norma que aprobó la incorporación de la JRD a los contratos de obra vigentes con independencia de su monto, siempre que no se hubiera pactado, y exceptuando su contratación de algunas disposiciones reglamentarias limitantes.

Pero las circunstancias siguieron forzando la evolución. El fenómeno de “El Niño” del año 2017 produjo pérdidas materiales por más de USD 3 mil millones.<sup>12</sup> La respuesta del estado fue la creación de una “autoridad nacional” para la reconstrucción. De este modo, con la publicación de la Ley N° 30556, se aprobaron medidas de carácter extraordinario para la intervención del gobierno nacional frente a desastres y la creación de la Autoridad Nacional para la Reconstrucción con Cambios, o ARCC. Para cumplir sus objetivos se facultó a esta entidad a hacer uso de los mecanismos simplificados del régimen tradicional de la contratación pública, pero también de otras herramientas normativas, especialmente convenios, cuyo alcance se esbozó en el reglamento que fue aprobado por Decreto Supremo N° 003-2019-PCM. Pero fue hasta el año 2020, al término de los Juegos Panamericanos y luego de la suscripción del acuerdo gobierno a gobierno correspondiente, que se introdujeron en este programa nuevos modelos de contratos estandarizados, prácticas de gestión de proyectos y equipos de expertos para la solución de controversias, como se describen en el párrafo siguiente.

10. Farquharson, E.; Torres de Mästle, C.; Yescombe, E.; Encinas, J. (2011) *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*. The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank.

11. Thakor, A. (2015) *The Financial Crisis of 2007-2009: Why Did It Happen and What Did We Learn?* The Review of Corporate Finance Studies, Vol. 4, Issue 2.

12. Alonso, I. (2023) *Qué fenómeno el niño*. Diario “El Comercio”, 8/9/2023.

En el año 2019 el Perú fue sede de los Juegos Panamericanos. Esta historia inició años antes, en el 2015, con la emisión del Decreto Supremo N° 009-2015-MINEDU, que creó el proyecto especial para la preparación y desarrollo de los juegos, el cual dispuso que la entidad celebre convenios y contratos de acuerdo con la normativa vigente, es decir, siguiendo las reglas de la contratación tradicional. Fue en el año 2016, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1248, que se establecieron las condiciones apropiadas para el despliegue de un programa de construcción intensiva y dinámica puesto que la suscripción de convenios de estado a estado, o G2G, abrió las puertas a los contratos estandarizados de uso internacional, escogiéndose a la familia de contratos NEC, o *new engineering contract*,<sup>13</sup> a los que se agregaron las oficinas de gestión de programas y proyectos, o PMO.<sup>14</sup> Este tipo de contratos promueve el uso de mecanismos internos de solución de conflictos, específicamente la conformación de colegiados denominados *dispute boards*, o DB, que acompañan la ejecución de los proyectos para facilitar los acuerdos y emitir decisiones ante cualquier discrepancia entre las partes sin retrasar el avance. Aquí el arbitraje es un mecanismo reservado para los desacuerdos residuales, es decir, para aquellas materias que habiendo sido sometidas al DB permanecen en controversia aún después del cierre del proyecto.<sup>15</sup> Poco después, en el año 2017, el Decreto Legislativo N° 1335 asignó la titularidad del programa al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien concluyó los proyectos.

Durante el año 2020 el COVID19 transformó el mundo. La inversión pública nacional debía dar nuevas y mejores respuestas a una realidad de ciencia ficción y, entre muchas medidas, nuestro gobierno emitió el Decreto de Urgencia N° 021-2020 – Decreto de Urgencia que establece el Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas a

través de Proyectos Especiales de Inversión Pública, o PEIP. Se trató de una apuesta ambiciosa, uno de los pocos saltos cualitativos en la visión de la gestión pública que dispuso expresamente que las inversiones debían ser realizadas en “cartera” haciendo uso de (i) prácticas en gestión de proyectos, (ii) asistencia técnica para la gestión y ejecución de las inversiones, (iii) aplicación de metodologías colaborativas de modelamiento digital de información para la construcción (BIM) y (iv) modelos estandarizados de contratos de uso internacional.

Aunque hubo rumores de que se contempló la creación de un PEIP en el sector Salud, este nunca vio la luz. Por el contrario, con la emisión del Decreto Supremo N° 011-2020-MINEDU se creó al Proyecto Especial de Inversión Pública Escuelas Bicentenario, claramente adscrito al Ministerio de Educación, con una única misión: ejecutar y cerrar las inversiones de su cartera que comprendía 75 escuelas ubicadas en distintas regiones del Perú. Acto seguido, con la publicación del Decreto Supremo N° 119-2020-EF, se aprobó el reglamento de la norma de creación que, con relación a los mecanismos de resolución de controversias, dispuso que cada contrato suscrito -estandarizado- cuente con “mecanismos internos de solución de controversias” exceptuados de las reglas del régimen de contratación tradicional y en él que interviene la asistencia técnica especializada como consejero del cliente.

Cierra con broche de plata la reciente creación de la Autoridad Nacional de Infraestructura, o ANIN, que se produjo en el 2023 con la publicación de la Ley N° 31841. Aunque aún queda por observar su efectividad y documentar su filosofía de trabajo, la norma dispone la existencia de un órgano PMO que tiene por misión la coordinación multisectorial e intergubernamental y proponer la incorporación de programas o proyectos a su cartera.

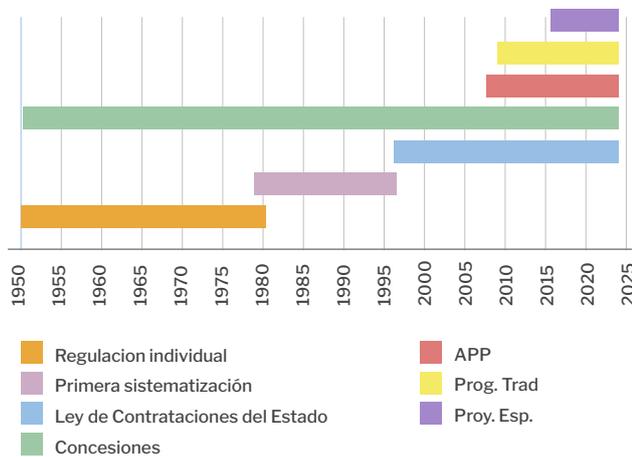
13. Tyrril, J. (1995) *The New Engineering Contract*. Australian Construction Law Newsletters, Issue 40.

14. Cuellar Rodríguez, C. (2021) *Análisis de la implementación del modelo de contrato New Engineering Contract (NEC) en la ejecución de inversiones públicas de gran envergadura: una primera aproximación a su uso en el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos y Sextos Juegos Parapanamericanos de Lima 2019*. Repositorio de Tesis Pontificia Universidad Católica del Perú.

15. Medina Flores, J. (2019) *El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades?* Ius Et Veritas, N° 58.

**GRÁFICA N° 1**

**Línea temporal de los marcos de referencia para la inversión pública en infraestructura en el Perú**



Este segundo recuento histórico-normativo tampoco es ornamental; por el contrario, nos permite afirmar con evidencia que el enfoque de la inversión pública en el Perú evoluciona a saltos cualitativos desde el año 2007 y nos muestra algunas de sus características emergentes, que se enuncian a continuación: (i) la inversión agrupada en “portafolios” y “programas”, que permite gestionar proyectos de características similares -integración horizontal- o que resuelven una misma necesidad o requerimiento -integración vertical- con el fin de diversificar el riesgo y obtener economías de escala, así como sinergias derivadas de la acumulación de conocimiento y experiencia en un único tipo de inversión;<sup>16</sup> (ii) la adopción de prácticas de gestión de proyectos, que permiten a las entidades asegurar el cumplimiento del alcance de sus inversiones, con la calidad esperada, a la vez que controlan en detalle el tiempo y el costo, entre otras muchas otras posibilidades;<sup>17</sup> (iii) la implementación de PMO, que se posicionan como unidades funcionales u orgánicas para la gestión y el control de los grupos de inversiones y que recogen información relevante del desempeño para tomar

mejores decisiones de política pública;<sup>18</sup> (iv) el uso de contratos estandarizados para la ejecución de proyectos, que facilitan a las partes un marco de reglas predefinidas, claras, documentadas, flexibles y sobre las que existe experiencia internacional; y (v) no menos importante, la participación de cuerpos especializados, internos al contrato, para la resolución inmediata y efectiva de discrepancias en la ejecución.

De izquierda a derecha, la cultura de la inversión pública evoluciona y migra de un enfoque individual y aislado a uno de integración horizontal.<sup>19</sup> Considerando que ningún proceso existe en el vacío, sino que son las personas y sus organizaciones quienes los traen a la realidad, nos es indispensable relevar los principios, acciones, relaciones y necesidades que los servidores públicos imprimen en sus decisiones y que los llevan a para aprovechar o perder las bondades de los mecanismos internos de solución de controversias en relación con este emergente paradigma de gestión.

**GRÁFICA N° 2**

**Marcos de referencia para la inversión pública y uso de herramientas de gestión**

		Ley de Contrataciones del Estado	Concesiones	Programas Tradicionales	Proyectos Especiales
Inversión	Individual	✓	✓		
	Cartera			✓	✓
Contrato	Tradicional	✓		✓	
	Estandarizado		✓		✓
Herramientas	Prácticas de gestión de proyectos				✓
	PMO				✓
MARC	JRD y DB	✓	✓	✓	✓
	Arbitraje	✓	✓	✓	✓

16. Conti, D.; Simó, C.; Rodríguez, Á. (2005) *Teoría de carteras de inversión para la diversificación del riesgo: enfoque clásico y uso de redes neuronales artificiales (RNA)*. Universidad de los Andes de Venezuela. Ciencia e Ingeniería, Vol. 26, N° 1.

17. Gonçalves, R.; Pereira, L.; Días, A.; Costa, R. (2022) *How to Improve Performance in Public Investment Projects*. International Journal of Procurement Management, Vol. 15, N° 2.

18. Santos, V.; Varajão, J. (2015) *PMO as a Key Ingredient of Public Sector Projects' Success – Position Paper*. Procedia Computer Science, Vol. 64.

19. Tamayo, M.; Piñeros, J. (2007) *Formas de integración de las empresas*. Ecos de Economía, Vol. 11, N° 24. Universidad EAFIT.

### III. CAMBIOS NECESARIOS EN LA CULTURA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

#### A. USO OPORTUNO DE LOS SERVICIOS DEL PANEL.

Cuando se trata de inversiones en infraestructura, son muchas las razones que justifican acudir a un arbitraje en defecto del Poder Judicial. En el primero, la elección de los miembros garantiza sus competencias y la confianza en la justicia del fallo; no resultaría lógico que las partes escojan a un árbitro que no cuenta con el conocimiento, la experiencia o la probidad necesarias para decidir sobre sus diferencias. En el caso de inversiones públicas sólo es posible que los árbitros resuelvan aplicando la ley, pero en proyectos privados los árbitros pueden utilizar únicamente su sentido general de justicia, lo que acelera el proceso.<sup>20</sup> En promedio, el tiempo que tarda un proceso arbitral es mucho menor que aquel que corresponde a un proceso judicial y obedece, en parte, a que los árbitros suelen ser profesionales con dedicación exclusiva a esta clase de actividades. Pero también influye su naturaleza simple y flexible, que rechaza los formalismos judiciales, sin que ello signifique el abandono del debido proceso.<sup>21</sup>

Pero las ventajas no libran al arbitraje de sus propios defectos e ineficiencias. El diseño del proceso, como uno de tipo contencioso, incentiva a las partes a hacer uso de prácticas dilatorias.<sup>22</sup> Por lo general estas conductas violan o abusan de los mecanismos de la ley o las reglas de procedimiento y tienen por finalidad obstruir, retrasar, desenfocar y/o sabotear el arbitraje.<sup>23</sup> Las tácticas más comunes se orientan a impedir

la constitución del tribunal;<sup>24</sup> pero no es poco usual que otras se concentren en la presentación de la evidencia, incluyendo la entrega de poca o mucha documentación, lo que lleva a las partes y a los árbitros a invertir tiempo en audiencias y plazos destinados a ampliarla, aclararla o revisarla, dejando de lado la solución del conflicto.<sup>25</sup>

En el Perú, el arbitraje se introdujo en los años 90s, durante un periodo de modernización del Estado en el que se procuraba dinamizar la inversión privada para el desarrollo de infraestructura de servicio público<sup>26</sup> de modo que era necesario ofrecer a los inversionistas un marco de seguridad jurídica por medio de un mecanismo técnico, imparcial y más rápido para la solución de controversias. Sin embargo, su versatilidad se vio limitada por la óptica vigente para la organización de las inversiones públicas y, en consecuencia, su uso se redujo a la relación que se planteaba entre el alcance de un único proyecto, el contrato y todas las controversias que les fueran confiadas. De este modo, no fue posible aprovechar los beneficios de que un único tribunal conociera de varios proyectos de infraestructura de un mismo tipo o de todas las controversias derivadas de un único contrato.

A pesar de sus bondades el arbitraje rara vez ofrece el resultado esperado en el momento oportuno. En el caso de los proyectos de construcción, que son los que nos ocupan, el tiempo que transcurre entre los inicios de una controversia y su solución llega a ser tan prolongado que, a su fecha de término, el valor que aporta la decisión del tribunal al proyecto es marginal y se ocupa de cubrir las pérdidas, los sobrecostos y/o los costos de transacción incurridos por el ganador, pero no los evita.

20. La Rosa, J.; Rivas, G. (2018) *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección "Lo Esencial del Derecho" N° 33.

21. Soto Coaguila, C. (2018) *Comentarios a la Ley General de Arbitraje en el Perú - Ley N° 26572*. Instituto Peruano de Arbitraje. Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El arbitraje en el Perú y el Mundo 1.

22. Herrada, T.; Prado, D. (2020) *La eficiencia en la conducción del arbitraje de construcción*. Derecho & Sociedad, N° 55.

23. Collantes Rojas, C. (2020) "No utilizar en caso de emergencia": 5 patologías latentes en el procedimiento de árbitro de emergencia peruano. *Themis Revista de Derecho*, N° 77.

24. Collantes Rojas, C. (2020) Op. Cit.

25. Abwunza, A.; Peter, T.; Muigua, K. (2020) *Explaining Delays in Construction Arbitration: A Process-Control Model Approach*. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, Vol. 12, Issue 2.

26. Ruiz Caro, A. (2002) *El proceso de privatizaciones en el Perú durante el periodo 1991-2002*. Serie Gestión Pública N° 22. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Frente a esta institución se implementa el *dispute board* con la finalidad de resolver los problemas en los frentes de obra, siendo esta la práctica preferida por los expertos en construcción.<sup>27</sup> Su efectividad se encuentra documentada: el costo promedio para este servicio oscila entre el 0.05% y el 0.3% del valor de los proyectos y sólo el 2% de casos sometidos al panel son llevados a arbitraje.<sup>28</sup> A diferencia del tribunal arbitral, el panel forma parte del equipo del proyecto y visita periódicamente los sitios de construcción, lo que mejora su eficacia. Por ello se considera posible exigir a este último que conozca y comprenda los detalles del proyecto, a las partes y sus motivaciones, a los profesionales involucrados y tome conciencia de las dificultades físicas, sociales y el contexto económico.

Entre las opciones de solución de controversias en proyectos de construcción, el panel destaca por la oportunidad de sus decisiones. Claramente, su integración a los equipos del cliente y el contratista facilita que las soluciones sean coherentes con el contexto y, sobre todo, rápidamente implementables. Sirve de poco una solución brillante que se entrega meses o años después, cuando el problema ya fue resuelto por medios considerablemente más costosos o cuando, al no haber sido resuelto, detiene o retrasa la ejecución. Además, el panel puede ocuparse de cualquier diferencia surgida entre el cliente y el constructor en cualquier proyecto que se encuentre en el objeto de su contrato; es posible, entonces, hacer uso de economías de escala y sinergias al agrupar la ejecución de proyectos similares, aplicando la ya mencionada lógica de las inversiones en cartera.

Empero, así como la adopción del arbitraje como mecanismo estándar de solución de controversias no fue la panacea a los males en los proyectos de infraestructura, la instalación de paneles tampoco lo es. Dado que la efectividad del colegiado de-

pende de la oportunidad de su decisión, esta suele ser fácilmente mediatizada por la conducta oportunista de cualquiera de las partes al hacer uso de estrategias dilatorias heredadas de una óptica contractual adversarial.<sup>29</sup> Por esta razón, exploremos los fundamentos culturales de las decisiones que adoptan las partes del contrato y del proyecto y que afectan directamente la oportunidad de la decisión, con énfasis en los representantes de las organizaciones estatales por ser el rol del cliente fundamental en el proceso de transformación.

Dependiendo de su configuración, son tres los posibles servicios de un panel: (i) solución de desacuerdos, (ii) asistencias informales y (iii) sumisiones formales.<sup>30</sup> Cada uno de estos mecanismos se sujeta a un nivel creciente de duración, formalidad, intensidad probatoria y análisis del colegiado. En el primer caso, el panel asume el rol de un experto facilitador que actúa en un espacio en el que las partes se comunican directamente, como en las reuniones de seguimiento o en las visitas a los sitios de obra, y promueve arreglos sobre cualquier diferencia que aún no haya adquirido las dimensiones de una desavenencia. Superado este umbral, quedan la asistencia informal, cuyo uso requiere el consenso de las partes y un nivel mínimo de exposición escrita ante el colegiado; y la sumisión formal, que cuenta con todas las características de un proceso contencioso, incluyendo una audiencia por lo menos. La efectividad de cada uno de estos mecanismos depende de la predisposición de las partes a utilizarlos tan pronto como surge una diferencia y esta, a su vez, se supedita al interés que cada una de ellas tenga en la realización de una ganancia individual.

En la práctica de la ARCC, los Juegos Panamericanos y el PEIP Escuelas Bicentenario son pocas las diferencias que han sido expuestas y resueltas en soluciones de desacuerdos, ya sea por

27. Peck, G.; Dalland, P. (2007) *The Benefits of Dispute Resolution Boards for Issue Management of Medium to Large Construction Projects*. The Arbitrator & Mediator, Vol. 26, Issue 1.

28. Chapman, P. (2009) *Dispute boards on mayor infrastructure projects*. Proceedings of the Institution of Civil Engineers (ICE). Management, Procurement and Law, Vol. 162., Issue 1.

29. Regan, M; Love, P; Smith J. (2015) *Public Infrastructure Procurement: A review of adversarial and non-adversarial contracting methods*. Journal of Public Procurement, Vol. 15, Issue 4.

30. *Reglamento relativo a los Dispute Boards. Vigente a partir del 1° de octubre de 2015, con los Apéndices vigentes a partir del 1° de octubre de 2018*. Cámara de Comercio Internacional.

conveniencia, por su nivel de informalidad, porque no se comprende su utilidad, no se traen al presente las dimensiones futuras de un conflicto o porque el agente público no tiene claro que hacer uso de esta opción constituye una decisión discrecional.<sup>31</sup> De otro lado, las asistencias informales son más populares, pero inadecuadas en cuanto al tiempo en el que son elevadas al colegiado ya que por lo general las partes agrupan sus diferencias sobre algunos criterios comunes y acumulan sus desacuerdos en un único procedimiento, de modo que la solución sigue siendo inoportuna y entrega sólo beneficios marginales. Finalmente, por su complejidad y carga, las sumisiones formales son mucho menos populares y ambas partes las evitan; pero cuando se usan también se acumulan por clases procurando así reducir el costo y el esfuerzo transaccional que implican, perdiendo también la oportunidad de recibir el mejor valor posible. Ya sea por estrategia o sesgo cultural, estos recursos no son utilizados oportunamente.

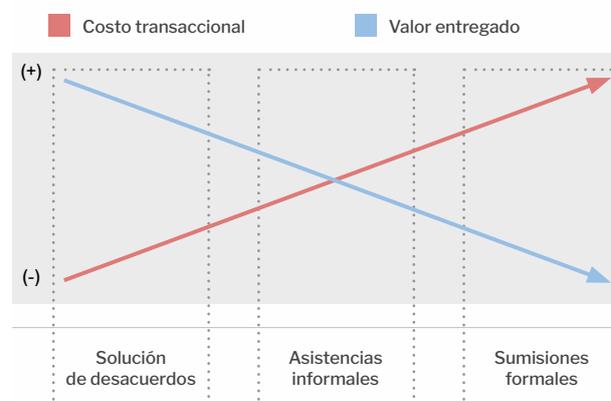
Los principios que alimentan las decisiones del gerente de proyecto, como parte de una organización pública, deberían obligarlo a hacer el mejor uso posible del panel para resolver sus diferencias con el contratista, primero, por medio de la solución de desacuerdos, de modo que el mayor número de servicios se concentre en este mecanismo. Sin embargo, para que la decisión se haga verdaderamente efectiva, ésta deberá respetar las reglas del contrato y las normas públicas locales, toda vez que la acción de los servidores públicos se somete al principio de legalidad. Además, conviene que el acuerdo conste por escrito, se suscriba, documente sus antecedentes y cuente con una debida motivación, lo que incrementa notoriamente los costos de transacción. Incluso y a pesar de estos mayores requerimientos, para que el gerente de proyecto

coadyuve a implementar soluciones oportunas, no puede adoptar la estrategia -del contratista- de acumular las diferencias y tratarlas en grupo en un momento posterior e indeterminado.

La asistencia informal resuelve ciertos niveles del registro documental en la decisión del colegiado, pero los costos de transacción son claramente más altos que aquellos asociados a la solución de desacuerdos. La decisión de gestión razonable es que el gerente de proyecto utilice este medio como segunda mejor opción. Resulta obvio decir que la naturaleza adversarial de la sumisión formal cumpliría todos los requisitos de seguridad jurídica y funcional que preocupan a un gestor público, pero sacrifica la posibilidad de obtener el resultado en un tiempo oportuno, siendo la tercera y última opción.

### GRÁFICA N° 3

Comparación entre el valor entregado por los servicios del panel y su costo transaccional<sup>32</sup>



Tomando como referencia la experiencia en la fase de ejecución de los proyectos del PEIP Escuelas Bicentenario,<sup>33</sup> que hace uso de contratos NEC4 y servicios DB, menciono algunos de los resultados de las estrategias dilatorias adoptadas tanto por los

31. Sánchez Morón, M. (2011) *Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Revista de la Asociación Ius Et Veritas N° 43.

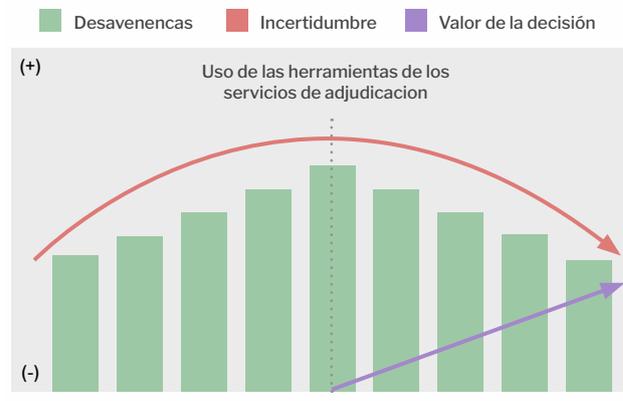
32. Se entiende por "valor entregado" a la oportunidad en la que el panel resuelve las diferencias y corrige los sesgos de los contratantes. La curva descendente muestra que el valor se reduce en la medida que la solución de desacuerdos ofrece soluciones más próximas que en comparación con las asistencias informales y las sumisiones formales. De otra parte, se entiende por "costo transaccional" a los gastos que se incurren por la compra o venta de un bien o servicio, al margen de los costos que se pagan por él. En tal sentido, estos pueden incluir todos los esfuerzos de gestión y recursos conexos. La curva ascendente muestra que el costo transaccional se incrementa debido a los niveles de formalidad que revisten las sumisiones formales respecto de los otros mecanismos.

33. Decreto Supremo N° 011-2020-MINEDU, Decreto Supremo que crea el Proyecto Especial de Inversión Pública Escuelas Bicentenario.

gestores públicos como por los contratistas. Primero, al tratarse de contratos relativamente nuevos en el medio nacional, subsisten dudas respecto a la interpretación de sus términos y el modo en el que operan sus procesos. Por ejemplo, la evaluación de eventos compensables es altamente conflictiva ya que el contratista las usa como un medio de maximización de la utilidad, como si se tratara de un adicional de obra, mientras que el gerente de proyecto y el cliente ignoran los criterios de cotización y trasladan la carga al contratista, como en los contratos a suma alzada. Discrepancias de la misma naturaleza se suman con cada solicitud y, lejos de ser tratadas tempranamente, se opta por acumularlas para una solución conjunta en un momento muy posterior por medio de una sumisión formal. Se pierde, entonces, el mejor valor que podría entregar la solución de desacuerdos al proyecto, ya que la remediación temprana de la discrepancia permitiría a las partes adecuar sus conductas a los términos del acuerdo reduciendo los costos directos, los de transacción y eliminando los sesgos a lo largo de la ejecución. Segundo, el uso de cronogramas y estructuras de costos de actualización semanal sólo es útil si las discrepancias son rápidamente resueltas y se imprimen cambios inmediatos en los documentos de control con los que se revisan las fechas de culminación y los precios; podemos coincidir en que no es posible tomar decisiones de gestión en un proyecto cuyo cronograma y presupuesto son inciertos o están desactualizados debido a la acumulación de discrepancias. Tercero, las penalidades por retraso pierden su efectividad dado que el proyecto se ejecuta en base a un programa altamente impreciso en la medida que no se conoce el resultado de los eventos compensables sino hasta que el panel emite su decisión, lo que ocurre luego de que las partes han acumulado suficientes desacuerdos. Cuarto, algo similar ocurre con el presupuesto del cliente, toda vez que el costo actualizado no es confiable sino hasta que el panel resuelve las diferencias. En este último caso, se pone en riesgo la asignación presupuestal y la ejecución misma ya que el financiamiento y la disposición a pagar del Estado no son ilimitados, pese a que se crea lo contrario.

#### GRÁFICA N° 4

##### Modelo de los efectos del uso tardío de las herramientas de solución de diferencias del DB<sup>34</sup>



Para obtener los mejores resultados del panel, como servicio subordinado al proyecto, es necesario imprimir seguridad en las decisiones de los gestores públicos con miras a que aprovechen la integración del panel con los equipos haciendo uso oportuno de las posibilidades que éste ofrece.

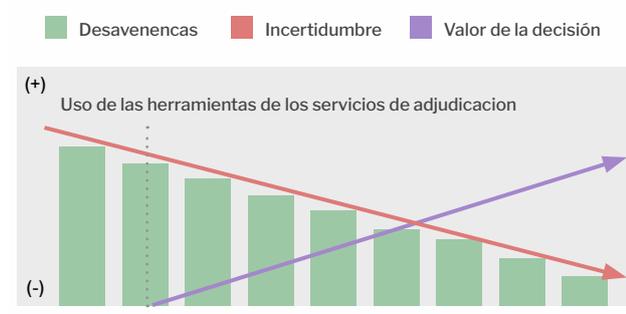
Para lograrlo, primero, el gerente de proyecto, como parte de una organización estatal, debe utilizar al panel no como una herramienta de litigio sino como una de gestión. Las diferencias que son resueltas pronto y en obra tienen pocas probabilidades de convertirse en desacuerdos que serán vistos en asistencias o sumisiones. La normalización de los criterios y procesos del contrato, las aclaraciones del alcance, el impacto de cualquier cambio en el costo y el cronograma y las medidas consensuadas para la gestión de los riesgos crean predictibilidad y confianza cuando se realizan en fases tempranas. El panel no puede ser percibido ni utilizado como un tribunal de primera instancia. Segundo, se trate o no de un contrato colaborativo, el gerente de proyecto debe buscar que las decisiones del panel contribuyan al avance. La definición de responsabilidades administrativas puede y debe ser un elemento accesorio a la necesidad de contar con una pronta decisión del colegiado. La sensación de una amenaza constante de ser procesado por sus decisiones de gestión incrementa la conflictividad en la exposición de sus posiciones y, en consecuencia,

34. La gráfica representa el efecto de la acumulación de desavenencias o discrepancias no resueltas con la incertidumbre sobre las reglas de ejecución de los proyectos. De este modo, cuando se incorporan al modelo las intervenciones de los adjudicadores, las desavenencias se reducen a la vez que desciende la incertidumbre.

buscará trasladar toda la responsabilidad al contratista impidiendo la adopción de acuerdos. Tercero, no se puede exigir y tampoco es razonable esperar que el contratista haga uso oportuno de las opciones que ofrece el colegiado. Pero si el gerente de proyecto tiene por misión asegurar la conclusión en costo, tiempo y calidad de los proyectos a su cargo, es indefectible que resuelva toda diferencia por este medio tan pronto como sea posible. Dilatar la solución no es una opción; acumular diferencias que llegan a convertirse en desacuerdos no es una estrategia aceptable. Asumir tempranamente los posibles errores en la definición de los términos del contrato o el alcance resulta más eficiente y menos costoso que perder el control del proyecto debido a la incertidumbre. Cuarto, el gerente de proyecto debe preferir aquellos servicios del panel que ofrecen el mayor valor, utilizando para ello el criterio de oportunidad. Dicho esto, por su velocidad y bajo costo, los medios favoritos deberán ser la solución de desacuerdos y las asistencias informales. Sin embargo, en ambos casos, considerando las reglas de la administración pública, será necesario que cuide el registro de sus acciones y la forma externa que adoptan los pronunciamientos. Asimismo, se requiere una cierta predisposición al riesgo, toda vez que el resultado no siempre le será favorable y esta no debe ser una razón para que se niegue a su implementación.

### GRÁFICA N° 5

#### Modelo de los efectos del uso temprano de las herramientas de solución de diferencias del DB<sup>35</sup>



35. Con relación a la gráfica puede consultarse la referencia 34.

36. Castillo Freyre, M. (2014) *Un nuevo amigo del arbitraje: los dispute boards*. Arbitraje PUCP, Núm. 4.

37. Devis Echandía, H. (2013) *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos. Nociones Generales. Sujetos de la relación jurídica procesal, objeto, iniciación, desarrollo y terminación del proceso*. Tercera Edición. Editorial Universidad. Ciudad de Buenos Aires.

38. Paredes, G.; Gray, J. (2015) *El Modelo de Resolución de Disputas Fiducias (Libro Rojo) como alternativa eficiente al actual diseño de solución de conflictos en los proyectos de infraestructura pública en el Perú*. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Estas recomendaciones tienen por finalidad ayudar a vencer la inercia de años de práctica contractual adversarial y litigiosa que han dejado en nuestros gestores públicos sesgos marcados. No forma parte de esta investigación desarrollar herramientas para recoger datos sobre las decisiones de los gerentes de proyectos con relación a los servicios del panel y relacionarlos con sus resultados, pero sí enunciaremos criterios que facilitarán su elaboración.

### B. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SIN JURISDICCIÓN.

La doctrina nacional es unánime al señalar que el DB carece de poder jurisdiccional.<sup>36</sup> Esta afirmación se basa en las disposiciones de los artículos 138 y 139 de nuestra Constitución Política, que confieren la potestad de administrar justicia al Poder Judicial y declara la unidad de la función jurisdiccional, con excepción de la militar y la arbitral.

Si se quiere, hay desarrollos más sofisticados. Entendida la jurisdicción como la función pública de administrar justicia que emana de la soberanía del Estado,<sup>37</sup> podemos afirmar que el panel no la ejerce toda vez que sus decisiones carecen de la calidad de cosa juzgada, por lo que pueden ser revisadas en un proceso arbitral o judicial posterior, a la vez que no pueden hacerse cumplir con el auxilio de la fuerza pública.<sup>38</sup> Debemos aclarar que si bien el panel no ostenta este poder, ello no quiere decir que sus decisiones no se funden en un criterio de justicia. Además, la función jurisdiccional es compleja; existe para resolver conflictos de la vida social, reestableciendo la vigencia de las normas y los derechos subjetivos vulnerados. Busca, por tanto, hacer respetar el derecho y darle estabilidad al sistema jurídico, lo que sólo se logra con la obligatoriedad y compulsión de la decisión de la autoridad. Por otro lado, la capacidad de resolución concedida al panel es socialmente menos significativa, pero más intensa, amplia y efectiva en relación con

el proyecto. El propósito de la junta de resolución de disputas es ayudar a las partes a prevenir conflictos y resolverlos de manera oportuna, rentable y sensata.

Siguiendo las propuestas del título anterior, si consideramos que el panel es una herramienta para la gestión de proyectos, la ausencia de facultad jurisdiccional es en realidad una ventaja para los gestores públicos. Mientras un órgano jurisdiccional utiliza el poder sujeto a ciertos límites objetivos, como la ubicación geográfica, la materia, el grado de conocimiento, la cuantía y otros que no viene al caso mencionar;<sup>39</sup> el panel forma parte de un sistema de gestión convencional de conflictos<sup>40</sup> cuyo ámbito de acción se identifica con el alcance de su contrato y sus facultades con los términos del reglamento al que se haga referencia. Así, las limitaciones de los órganos jurisdiccionales, y en especial la materia, no afectan al panel; más aún, podemos afirmar que mientras los hechos en discusión guarden una mínima relación con el proyecto y las partes se encuentren de acuerdo en tratarlas ante el colegiado, éste podrá conocerlas con el nivel de detalle que estime necesario. Someter el servicio de adjudicación a límites inexistentes reduce el valor que entrega al proyecto.

Como ya mencionamos, los gestores de proyectos y los asesores del cliente hacen uso de los servicios del panel como si se tratara de un órgano jurisdiccional, una suerte de primera instancia previa al arbitraje. Bajo esta óptica, frente a problemas de muy diversa naturaleza, los tomadores de decisiones mediatizan la efectividad del colegiado y se cuestionan vanamente si cuenta o no con la capacidad legal o competencia suficiente

para conocerlos todos o si, por el contrario, existen cuestiones que deben mantenerse al margen de sus decisiones.

De este modo, en el sistema de creencias de los gestores públicos se promueve la máxima que dicta que el *dispute board* existe para atender únicamente cuestiones técnicas; poniendo artificialmente al margen de sus actividades las diferencias de naturaleza contractual y legal. Esta afirmación constituye un sesgo de la administración pública que debe ser corregido y que contradice el desarrollo teórico y la práctica de esta institución.<sup>41</sup> El colegiado es un equipo de expertos contratados para opinar y emitir su juicio con relación a cualquier hecho, cuestión contractual o asunto legal relacionado con el proyecto<sup>42</sup> y que pueda ser señalado por las partes como objeto de un desacuerdo. La extensión del mandato es coherente tanto con los objetivos del panel, que protege el funcionamiento del contrato llenando sus vacíos, evita disputas y resuelve las inevitables; así como con la documentada y creciente necesidad de contar con profesionales con las suficientes competencias para comprender las características técnicas y los asuntos contractuales y legales al mismo tiempo.<sup>43</sup> Sí es cierto que algunos sistemas legales limitan la actividad del colegiado a sólo los asuntos técnicos, pero en el Perú tales restricciones operan para pocas materias y sólo en los acuerdos suscritos en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado.<sup>44</sup> Fuera de este ámbito las restricciones tendrían que ser establecidas por acuerdo entre los intervinientes al tratarse de un mecanismo convencional.<sup>45</sup>

39. Artavia, S; Picado, C. (2016) *Criterios determinantes de la competencia en materia civil*. Máster Lex. Punto Jurídico.

40. Nota explicativa del Reglamento para la solución de controversias mediante junta de disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

41. Saidov, D. (2022) *An Internacional Convention on Expert Determination and Dispute Board?* Published by Cambridge University Press on behalf of British Institute of International and Comparative Law, Vol. 71.

42. Aritonang, D.; Simanjuntak, M. (2020) *Analysis of Important Factors in Choosing or Using Process Alternative Dispute Resolution of Construction Project from Contractor's Perspective (Case Study in XYZ Company, Ltd's)*. IOP Conference Series Materials Science and Engineering, Vol. 1007.

43. Perry, J. (2017) *Dispute Boards. Multinational Development Banks, other International Financial Institutions and PPP Projects. Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination – Institute Dossier XV*. ICC Institute Dossiers. Dispute Resolution Board Foundation (2019) *Dispute Board Manual: A Guide to Best Practices and Procedures*.

44. Del Águila Ruíz de Somocurcio, P. (2021) *Repensando las competencias de la junta de resolución de disputas: propuestas de mejora*. Revista Peruana de Derecho de la Empresa: Temas actuales de Derecho Arbitral, N° 75, Año XXXV.

45. Saidov, D. (2022) *Op. Cit.*

Si bien en el entorno nacional existe consenso respecto a la capacidad del colegiado para conocer cualquier discrepancia técnica, conviene examinar si resulta razonable convenir limitaciones con relación a los asuntos contractuales o legales. En primer lugar, no está clara la diferencia entre un asunto contractual y otro legal. Más aún, para los abogados, en cuya formación se enfatiza que el contrato es una institución jurídica, y no precisamente un fenómeno económico, es casi imposible construir un sistema de conceptos que los distinga objetivamente. Así, en nuestra profesión, al atender cualquier asunto contractual acudimos a los criterios del sistema del derecho, entre ellos la ley. En segundo lugar, si pudiéramos proponer una distinción entre ambos, definiríamos una discrepancia contractual como aquella que surge en torno a los términos del acuerdo que son identificables con las reglas de la transacción;<sup>46</sup> mientras que una legal sería aquella que surge en torno al cumplimiento de una norma pública aplicable al proyecto.

Sin embargo, es común que en la ejecución de cualquier contrato una regla de transacción se interprete por medio de una norma legal. Retomando la experiencia del PEIP Escuelas Bicentenario en el uso de contratos NEC4, ponemos como ejemplo que algunos de los plazos predefinidos en los modelos se expresan en semanas.<sup>47</sup> Las diferencias surgen cuando los pagos de los adelantos, los montos adeudados y la entrega de garantías se retrasan y sólo queda la oportunidad de realizarlas en el último día o atenerse a los efectos del incumplimiento. La regla de la transacción es clara; sin embargo, la terminación del plazo difiere si el cómputo se realiza día-por-día o de día-a-día. Aquí entran en juego los criterios del artículo 183 del Código Civil, que para el cálculo en días naturales establece que estos se cuentan día-por-día excluyendo el primero, y para los plazos en meses y años se considera cumplido el plazo en el día correspondiente al mes y año iniciales. La distinción no es menor, el retraso en el pago de un adelanto o de un monto adeudado podría tener serios e inesperados efectos en el cronograma de

ejecución dando lugar a un evento compensable. Por otro lado, la entrega tardía de una garantía podría traer como consecuencia la extinción de la obligación del cliente de pagar el adelanto, pudiendo rechazar la solicitud del contratista. La regla de la transacción es clara, pero las dudas y diferencias derivadas deben ser resueltas de conformidad con los criterios de la ley.

También es posible demostrar que las reglas de la transacción se aplican sistemáticamente con las disposiciones legales. Volviendo al caso de los contratos NEC4 utilizados en el PEIP Escuelas Bicentenario, en ellos se regulan algunas de las consecuencias del retraso en los pagos de los montos adeudados al contratista. De acuerdo con la cláusula 60.1(18) se trata de un evento compensable que podría tener un impacto en el cronograma y en el costo del proyecto, y según el numeral 5 de la Primera Parte de Datos del Contrato, este hecho genera intereses moratorios. Es lógico que el cliente debe afrontar las consecuencias de no honrar a tiempo sus obligaciones económicas, pero también lo es que el contratista tenga un límite para seguir ejecutando el proyecto cuando el cliente no paga; después de todo no se espera del constructor que también financie la obra. En estos casos, el artículo 1426 del Código Civil peruano establece la regla denominada “excepción de incumplimiento” que faculta a una de las partes a suspender su prestación hasta que la obligación no sea honrada o garantizada. Las reglas de la transacción no han previsto esta posibilidad, pero la norma aplicable sí, por lo que es legítimo que el contratista recurra a los mecanismos de la ley sin colisionar ni excluir alguna de las reglas de la transacción.

Para terminar la deconstrucción al mito de la división entre materias que pueden o no ser sometidas al panel, podemos referirnos a las cuestiones técnicas que se ven fuertemente influenciadas por las reglas de la transacción y las normas legales. Una vez más, en el caso del PEIP Escuelas Bicentenario, la emisión de la Resolución Ministerial N° 075-2023-VIVIENDA, que modificó la Norma Técnica A.120 del Reglamento

46. Schwartz, A. (2000) *Contract theory and Theories of Contract Regulation*. Revue d'économie industrielle, Vol. 92.

47. NEC4 ECC. Alerta tempranas - numeral 15.2, propuestas del contratista - numeral 16.2, fechas clave - 30.2, cronograma - numeral 31.3, toma de control - 35.1, pagos - 51.1 y 51.2, notificación de eventos compensables - 61.3, entre otras.

Nacional de Edificaciones y estableció nuevos criterios de diseño para la accesibilidad universal de personas con movilidad reducida, produjo numerosos eventos compensables a lo largo de casi todos los contratos y proyectos de la cartera. En el caso de aquellos cuyos diseños aún no habían sido aprobados, sólo pocos sufrieron alteraciones que llevaron a cambios menores en la distribución de las edificaciones siendo adecuadamente compensados. Sin embargo, el cumplimiento de la norma estaba sujeto a lo que debía entenderse por “universal”, por lo que emergieron dos posiciones: (i) significaba que todos los ambientes deben ser accesibles a todos los alumnos con movilidad reducida u otras limitaciones, o (ii) significaba que todos los alumnos con tales características debían ser capaces de acceder a la totalidad de los servicios educativos, aun cuando no pudieran ingresar a todos los ambientes. La primera opción incrementaba el costo de la cartera en casi 10%, la segunda garantizaba la prestación de todos los servicios educativos sin incrementarlo. No comentaremos cuál fue la interpretación correcta, pero sí destacamos que aun cuando el alcance técnico no cambió, la forma en la que este debía realizarse dependía de normas e interpretaciones emitidas por entidades distintas al cliente.

El sesgo por el cual la administración pública acepta que el panel revise cuestiones técnicas, pero lo mantiene al margen de asuntos contractuales y legales, podría tener su origen en los muchos años de influencia de la Ley de Contrataciones del Estado y la naturaleza jurisdiccional del tribunal arbitral, que no deja espacio para discutir respecto a su capacidad. Frente a él, un órgano sin facultades jurisdiccionales genera suspicacias respecto a si puede o no resolver con relación a la aplicación de las reglas del contrato y de la ley. Sin embargo, no hay razones para alimentar más este sesgo, puesto que la capacidad del DB es convencional, no existen restricciones normativas y hemos demostrado que la distinción entre asuntos técnicos, contractuales y legales es una ficción que fácilmente se desvanece ante los hechos.

La capacidad del colegiado viene determinada, también, por la naturaleza de las transacciones que asiste. Todos los contratos son incompletos,<sup>48</sup> especialmente aquellos técnicamente complejos y de larga duración puesto que tienen mayores probabilidades de enfrentar más hechos que afecten el alcance y las reglas de la transacción.<sup>49</sup> Es ante los supuestos de imprevisión<sup>50</sup> que los intervinientes deberían hacer uso de los servicios del panel para completar las reglas que se tornan controversiales por su opacidad o inexistencia. Considerando que el DB tiene el deber de velar por la continuidad del contrato y de la transacción, su juicio experto se ubica como la mejor herramienta para aclarar o completar las reglas. Sin embargo, esta posibilidad constituye una de las principales y más legítimas preocupaciones de los gestores públicos de proyectos y de sus asesores.

Para llevar a cabo esta delicada tarea se requiere de este equipo la máxima coordinación con las partes, toda su experiencia y conocimiento técnico, contractual y legal. Y se vuelve más exigente cuando las posiciones entre el cliente y el contratista son absolutamente divergentes. En estos casos se espera que el DB actúe aplicando los siguientes criterios: (i) considere sus experiencias previas y reutilice las prácticas que han resultado provechosas en transacciones anteriores, (ii) siga los criterios de interpretación de las normas nacionales sobre contratos, especialmente las del Código Civil, (iii) preserve el equilibrio económico original entre las obligaciones y derechos de las partes y (iv) proteja el funcionamiento del contrato como un sistema acorde a la complejidad y duración del proyecto, es decir, que evalúe el impacto de su decisión a largo plazo. Estas pautas deberían ser aplicadas bajo una óptica envolvente, sin relación de prevalencia entre ellas, de modo que la solución propuesta sea integral.

En este punto volvemos a nuestra precisión inicial: la actividad del DB no es jurisdiccional sino convencional. En consecuencia, resta valor a los

48. Scott, R.; Triantis, G. (2005) *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*. Case Western Reserve Law Review, Volume Vol. 56, Issue I.

49. Sánchez, R. (2020) *La repercusión de los “contratos incompletos” sobre las concesiones de infraestructura de larga duración*. CEPAL, Boletín FAL 378.

50. Rico Álvarez, F; Garza Bandala, P. (2010) *Teoría de la imprevisión*. Revista Mexicana de Derecho N°. 12.

servicios del panel crear limitaciones inexistentes con relación a las materias que pueden o no ser sometidas a sus decisiones cuando, además, la distinción es poco clara e inútil. El colegiado es más que un grupo, es un equipo, y propone soluciones integrales cuando las reglas del contrato fallan por defecto de origen o cambio de las circunstancias. Cualquier decisión que a juicio de las partes resulte lesiva puede ser revisada en un arbitraje posterior que, al contar con facultad jurisdiccional, estará en capacidad de corregir las disposiciones del panel limitándose a los efectos económicos.

Al igual que en el apartado anterior debemos decir que, para obtener los mejores resultados del DB, como servicio subordinado al proyecto, es necesario corregir los sesgos y los estándares culturales forjados bajo años de presión de contratación pública tradicional y un exceso de control sobre las decisiones de los gestores de proyectos públicos. En cambio, proponemos obtener el máximo desempeño del colegiado haciendo uso flexible de sus capacidades, sometiendo a su criterio todas las controversias que afecten el desempeño del proyecto sin distinción entre las materias y, claro está, sin dilación.

### C. INTEGRACIÓN HORIZONTAL DEL PANEL CON LOS EQUIPOS DEL PROYECTO.

Los contratos tradicionales de obras públicas se ejecutan bajo una reglamentación rígida, en un esquema de poca o nula comunicación entre las partes y aplicando criterios que promueven las conductas oportunistas. Por ejemplo, la baja calidad de los expedientes técnicos con los que las entidades convocan el concurso, así como la adjudicación en base al precio, motivan ofertas

cercanas a los límites inferiores durante la fase de licitación que luego, durante la fase de ejecución, impulsan al contratista a evitar la pérdida o maximizar sus ganancias haciendo uso de varios mecanismos unilaterales: arbitrajes,<sup>51</sup> paralizaciones, solicitudes de mayor plazo y adicionales y deductivos de obra.<sup>52</sup> Esta característica de los procesos y la forma en la que las partes los usan demuestran la naturaleza adversarial de esta clase de contratos, a lo que se suma la ausencia de incentivos para la transparencia y la coordinación. En este marco, los escasos mecanismos de colaboración que pudieran incorporarse constituyen soluciones parciales a su pobre desempeño,<sup>53</sup> lo que incluye a las juntas de resolución de disputas.

Por el contrario, en los contratos diseñados para ser colaborativos, como pueden ser los NEC4 o los FIDIC, se incorporan procesos que cubren áreas de conocimiento críticas en la gestión de proyectos: integración, alcance, cronograma, precio y riesgos, por lo menos.<sup>54</sup> La diferencia con los contratos tradicionales es que las herramientas de gestión de proyectos no sólo son buenas prácticas que los intervinientes pueden o no implementar, sino que son obligaciones contractuales para cuyo cumplimiento el cliente, el gerente de proyecto, el contratista, el supervisor de calidad y también el panel deben escoger y capacitar a sus equipos, además de hacer uso común de sistemas de información.<sup>55</sup> A modo de ejemplo, en los contratos NEC4, de los que hace uso el PEIP Escuelas Bicentenario, la gestión de cronogramas implica que los contratistas deben presentar semanalmente calendarios actualizados que son contrastados por los gerentes de proyectos y sus equipos con la información técnica de la obra. A continuación, el gerente pue-

51. Corrales Gonzáles, A. (2014) *La suspensión de los procedimientos administrativos sancionadores ante el Tribunal de Contrataciones del Estado por la instalación de un Tribunal Arbitral: Un punto de vista sobre la idoneidad de dicha medida legislativa*. Revista Institucional "OSCE al Día", Edición 03.

52. Soria Aguilar, A.; Yamada Alpiste, L. (2017) *El Abuso del Derecho en las Contrataciones con el Estado*. Revista Corpus Iuris. VI Edición.

53. Marín Bardales, N.; Correa Rojas, L.; Sotomayor Nunura, G. (2020) *Relación de la paralización de obras públicas y la crisis política*. Revista Científica. Ingeniería: Ciencia, Tecnología e Innovación, Volumen 7, número 1.

54. Castillo Gonzales, F.; Pairazaman Vásquez, R. (2022) *Propuesta de guía de aplicación de procesos colaborativos Integrated Project Delivery (IPD), apoyado de un contrato multiparte, para reducir la cantidad de obras públicas paralizadas de establecimientos de salud en el Perú causadas por incumplimiento contractual y deficiencias técnicas*. Tesis para optar por el grado de ingeniero civil. Repositorio Académico de la Universidad de Peruna de Ciencia Aplicadas.

55. Banaszak, J.; Billows, J; Blankestijn, R.; Dussud, M; Pritchard, R. (2020) *Collaborative contracting: Moving from pilot to scale-up*. Voices on Infrastructure: The project of the future. Global Infrastructure Initiative. McKinsey & Company.

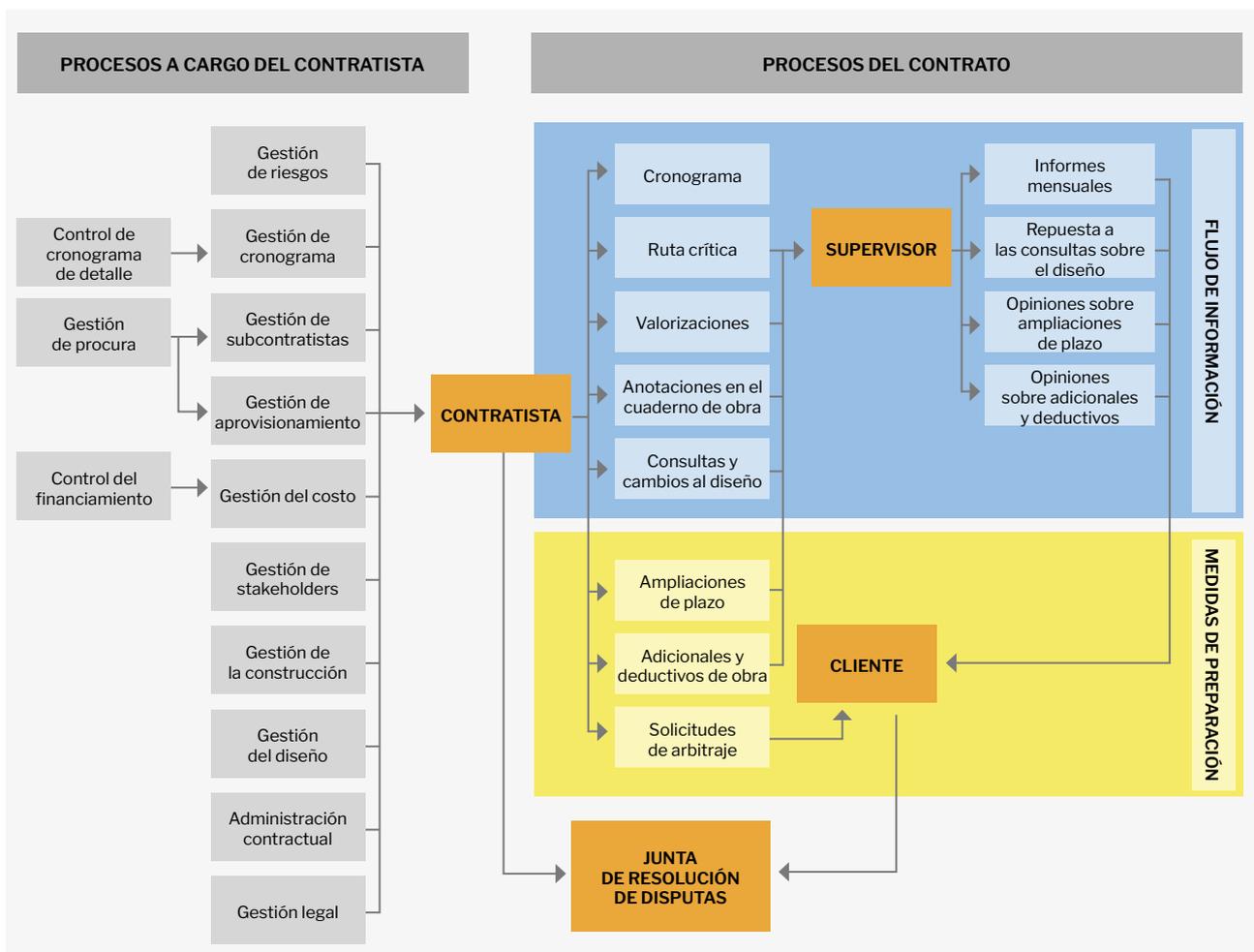
de aceptarlos o rechazarlos, ya sea adecuándolos a la realidad o requiriendo al contratista que lo haga.<sup>56</sup> El precio se somete a un mecanismo muy similar<sup>57</sup> y la gestión de riesgos es conjunta.<sup>58</sup> Como resultado de estos pocos procesos la información fluye de forma constante de un lado al otro de la mesa dando lugar a una obligada coordinación. La colaboración no se produce por declaración, sino porque el contrato dispone mecanismos que la promueven.

Además, la estructura de los contratos colaborativos estimula la transparencia de los procesos de planificación y ejecución de los proyectos para todos los involucrados, lo que influye en la racionalidad económica de los contratantes<sup>59</sup> y modula sus decisiones cuando se trata de entrar en conductas oportunistas para incrementar su rentabilidad, reducir su riesgo, rechazar solicitudes o comunicaciones, completar las reglas de la transacción o iniciar una controversia.

Como si se tratara de un cruce de caminos, el cliente y el contratista deben posicionar al panel al centro del flujo de la información del proyecto. Los documentos sobre la práctica internacional destacan a las visitas a sitio como su función más

**GRÁFICA N° 6**

**Modelo del proceso del flujo de información en un contrato de obra tradicional**



56. NEC4 ECC. Numeral 31 - cronograma.

57. NEC4 ECC. Opción X22: Participación temprana del contratista. Numeral X22.2 - estimaciones.

58. NEC4 ECC. Numeral 15 - alertas tempranas.

59. Thomas, N. (2023) *Rational Contract Design*. Alabama Law Review, Vol. 74.

importante;<sup>60</sup> sin embargo, nosotros sostenemos que la piedra angular del servicio es el proceso de entrega y actualización de la información, ya que sólo sobre él es que se garantiza un servicio de alto valor. Y aunque el traslado de los documentos contractuales y técnicos forma parte de las obligaciones de los contratantes, estos no siempre están completos, organizados o actualizados; y en varias ocasiones no cubren las necesidades del colegio, por esta razón nos centramos en desarrollar la obligación de los intervinientes de notificar lo que se conoce como “comunicaciones relevantes”.<sup>61</sup>

Sobre este aspecto, algunas recopilaciones de buenas prácticas<sup>62</sup> y reglamentos<sup>63</sup> formulan recomendaciones ciertas pero limitadas. Por ejemplo, está aceptado que el panel debe involucrarse con el proyecto lo más temprano posible y antes de que surja cualquier desacuerdo,<sup>64</sup> pero no desarrollan la necesidad de que éste sea previamente entrenado, o por lo menos informado, respecto de los procesos y flujos de información que enfrentará mientras dure el proyecto. Además, también se recomienda copiar a los miembros del panel en cada comunicación contractual con énfasis en la programación de la ruta crítica, los reportes mensuales de progreso, los cambios de alcance y las variaciones del contrato<sup>65</sup>. Sin embargo, se obvia la importancia de comunicaciones más frecuentes y menos observables que son las que suelen iniciar las controversias, por ejemplo: los eventos compensables, las actualizaciones semanales del cronograma y el registro de alertas tempranas.

El modelo de contrato de servicios del panel propuesto por la Cámara de Comercio Internacional<sup>66</sup> ha tenido una fuerte influencia en la elección de las organizaciones del Estado. Tanto ARCC, como

PRONIED y el PEIP Escuelas Bicentenario siguen su estructura y disposiciones. En tal sentido, el compromiso que asumen los miembros del DB se remite a las normas del reglamento aprobado por dicha organización, a pesar de lo cual los contratos suscritos han consignado, sin necesidad, las funciones de: visitas al sitio, información de las partes y reuniones de seguimiento. Pero el deber de información de las partes, el proceso que deben seguir y el nivel de detalle que deben alcanzar no se ha desarrollado de modo suficiente.

La falta de reglas para lograr la integración del panel a los equipos de proyecto del cliente y del contratista dejan la calidad del servicio al compromiso de cada miembro. Los resultados han sido diversos: algunos profesionales han demostrado un mayor interés por los detalles, así como un mejor nivel de conocimiento respecto de los contratos y los proyectos en los que sirven, así como de la evolución y los cambios en su ejecución. Otros actúan como adjudicadores silenciosos o sólo emiten opiniones superficiales con una comprensión limitada de las diferencias entre las partes y de cómo ambas llegaron a ese punto. En la experiencia del PEIP Escuelas Bicentenario, varios de los gerentes de proyectos y asesores legales del cliente han considerado innecesarios los servicios, incluso los han calificado de sobredimensionados. Algunos administradores de contratos han presentado quejas internas respecto a la falta de conocimiento de algunos expertos con relación a la aplicación de las reglas de los contratos NEC4, la evolución del proyecto y el impacto de los cambios. Incluso, como medida de mitigación asociada al costo, los contratantes han solicitado la reducción del número de visitas a los sitios, sobre todo cuando estos se encuentran alejados.

60. *Dispute Board Manual. Version 1.0* (2012) Japan International Cooperation Agency.

61. *Reglamento relativo a los Dispute Boards. Vigente a partir del 1° de octubre de 2015, con los Apéndices vigentes a partir del 1° de octubre de 2018.* Cámara de Comercio Internacional.

62. Barros de Figueiredo, A; Rubin, R. (2006) *How NOT to Implement the Dispute Board Process? The Do's and Don'ts of Dispute Boards: Lessons Learned from Construction Projects Globally.* Dispute Resolution Board Foundation. Forum, Volume 10, Issue 1.

63. *Dispute Board Manual. Version 1.0* (2012) Japan International Cooperation Agency.

64. Gould, N. (2006) *Establishing Dispute Boards: Selecting, Nominating and Appointing Dispute Board Members.* Dispute Resolution Board Foundation. 6th Annual International Conference.

65. *Dispute Board Manual. Version 1.0* (2012) Japan International Cooperation Agency.

66. *Reglamento relativo a los Dispute Boards. Vigente a partir del 1° de octubre de 2015, con los Apéndices vigentes a partir del 1° de octubre de 2018.* Cámara de Comercio Internacional.

Para paliar estas limitaciones proponemos diseñar un proceso estructurado para el flujo de información que facilite una mayor integración del panel y garantice que los miembros se mantengan al tanto de cada hecho del contrato: pagos, cambios, instrucciones, seguros, riesgos, eventos compensables, procuras, subcontratos, aprobaciones de diseños, fechas seccionales, culminaciones, eventos fortuitos, y muchos otros. La medida incrementaría el nivel de satisfacción del cliente y el contratista quienes harían uso de las reuniones mensuales, no para exponer el desarrollo del proyecto en el último período, sino para escuchar el diagnóstico y las propuestas de los expertos, así como para evitar o resolver las diferencias generadas en ese tiempo. Creemos que esta dinámica se vería fortalecida, además, al incrementar la frecuencia de las reuniones y permitir que los miembros de panel hagan uso de sus propios equipos de especialistas para procesar la información que reciben.

Estas propuestas enfrentan varios límites culturales y organizacionales. Primero, una mayor demanda en el trabajo de los miembros del panel va acompañada de un mayor costo y, en consecuencia, podría colisionar con la disposición a pagar del cliente y del contratista quienes se negarían a asumir mayores gastos para mantener servicios sobre los que no perciben el valor agregado. Segundo, aceptar que el panel cuente con un equipo técnico, adjunto a cada miembro o común a todos ellos, implicaría explorar la posibilidad de que los servicios que prestan no sean personalísimos.<sup>67</sup> En el caso de las organizaciones del Estado esta última propuesta podría encontrar un escollo al toparse con los procesos de selección de la Ley de Contrataciones del Estado, de los que actualmente se encuentran exonerados. Tercero, posicionar al colegiado al centro del flujo de información, implementando procesos y sistemas que lo soporten, reduce las ventajas de ambas partes para hacer uso de la asimetría informativa. La disposición a colaborar por medio de la revelación de información es y ha sido uno de los principales problemas que ha enfrentado la contratación tradicional,<sup>68</sup> pero sobre todo la administración del Estado.<sup>69</sup>

**GRÁFICA N° 7**

**Modelo del proceso del flujo de información en un contrato colaborativo**



67. OSCE. OPINIÓN N° 085-2023/DTN. Contratación directa por servicio personalísimo.

68. Fiedler, J.; Schuster, S. (2015) *Public Infrastructure Project Planning in Germany: The Case of the BER Airport in Berlin-Brandenburg*. Hertie School of Governance. Large Infrastructure Projects in Germany. Between Ambition and Realities. Working Paper 2.

69. Villalobos Campana, I. (2017) *Desafíos en la política de transparencia, acceso a la información pública y protección de datos personales en Perú: una perspectiva de la colaboración en la nueva autoridad nacional*. XXII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública.

En resumen, las reglas del contrato que obligan a las partes a ser transparentes y cumplir con los procesos de colaboración deben extenderse al panel. No en los mismos términos, pero sí diseñando marcos de comunicación apropiados que les permitan mantenerse actualizados con relación a toda la información de la ejecución. A continuación, se espera del colegiado que procese sus propios datos y forme un juicio actual e independiente respecto de los posibles problemas. El análisis de la información puede realizarse de forma personal o asistida por un equipo, en cuyo caso los contratos que suscriben deberán ser adaptados para tal fin. Como resultado, la frecuencia de las reuniones podría incrementarse de una vez al mes a una vez a la semana, y las partes estarían dispuestas a absorber el mayor costo a cambio del beneficio de una asistencia más cercana que reduzca efectivamente las controversias y coadyuve a las partes a corregir sus sesgos, como ya lo indicamos en apartados anteriores. El colegiado cumpliría, entonces, un rol superior: el de promover la colaboración.

Las propuestas que formulamos podrían llevar incluso a revisar algunas de las reglas de la Cámara de Comercio Internacional sobre los *dispute boards*, especialmente los artículos 11 y 12 sobre el deber de información, las reuniones y las visitas a los sitios de obra.

#### D. INTEGRACIÓN VERTICAL DEL PANEL CON LA CARTERA.

La mayor parte de la documentación referida a la estructura de los DB se ocupa de cuestiones como el número adecuado de miembros y la forma de su elección.<sup>70</sup> En comparación, no son muchas las investigaciones que exploren la posibilidad de contar con un cuerpo organizado, jerárquico si se quiere, de varios paneles sirviendo coordinadamente a los fines de un único gran proyecto, o de muchos, como en el caso de los programas de inversiones.

Es natural que el primer enfoque para el dimensionamiento del panel guarde relación con la envergadura del proyecto al que asiste.<sup>71</sup> Mientras más grande, complejo y costoso, mayor el número de miembros. Este punto de vista es coherente con la gestión individual de proyectos, pero ha resultado insuficiente cuando se trata de portafolios y programas. Más aún, no se registra información, estudios o propuestas metodológicas para esta última forma de organizar los servicios de adjudicación en este tipo de inversiones cuyos titulares suelen ser organizaciones públicas.

Algunos pocos documentos hacen referencia a la posibilidad de servirse de equipos combinados de paneles. Por ejemplo, en el proyecto para la construcción del Eurotúnel el equipo de expertos se compuso de cinco miembros, en el que todos atendían las disputas, pero sólo tres tomaban las decisiones finales.<sup>72</sup> De otra parte, las recomendaciones sobre la necesidad de contar con más de un grupo de expertos se limitan a indicar que en proyectos de alta complejidad se establezca un panel para resolver las disputas técnicas y otro para las diferencias legales, contractuales y financieras.<sup>73</sup> En este sentido, creemos que nuestra propuesta podría resultar novedosa y abrir nuevos senderos para prestar más y mejores servicios de adjudicación.

Una vez más tomamos como ejemplo la experiencia del PEIP Escuelas Bicentenario que es la primera cartera de proyectos de su tipo. Esta entidad se creó con el objetivo en curso de construir 75 modernas instituciones educativas de las cuales casi la mitad se ubica en la ciudad de Lima, su presupuesto de inversión supera los 5 mil millones de soles y su plazo de ejecución original fue de tres años, el cual se ha extendido por un año y medio. La característica particular de esta cartera es la homogeneidad técnica de las inversiones y su relativa homogeneidad territorial. Para su

70. Dorgan, C. (2005) *The ICC's new dispute board rules*. The International Construction Law Review, Vol. 22, Part 2.

71. *Dispute Board Manual. Version 1.0* (2012), Japan International Cooperation Agency. Gould, N. (2011) *Dispute Boards*. Chartered Institution of Civil Engineering Surveyors. Construction Law Review July/August.

72. Davies, J. G. (2010) *Dispute boards their use in Canada*. Ottawa: Canadian Construction Law Reports.

73. Davies J. G. (2010) *Op. Cit.* Fucci, F. (2007) *Getting transactional Lawyers Thinking About Dispute Resolution*. ICC Miami Conference on International Commercial Arbitration in Latin America (Presentation and Paper).

ejecución el inversionista decidió hacer nueve paquetes de proyectos agrupándolos de acuerdo con su cercanía geográfica y tipología, puesto que los requerimientos de diseño varían según el clima. Algunos paquetes fueron numerosos, llegando a tener 14 proyectos, mientras otros sólo 4. En este contexto, el cliente, como organización estatal y aplicando sus propias normas legales, decidió dotar a cada grupo de inversiones de paneles independientes de adjudicadores. La elección fue conservadora en cuanto al número de miembros, 3 por cada grupo de proyectos; siendo la excepción sólo dos paquetes que tuvieron dos equipos, pero con una presidencia única.

Sin embargo, el ejercicio autónomo e inconexo de los colegiados al servicio del programa representa para el cliente y el contratista varios problemas actuales y potenciales. Primero, el PEIP Escuelas Bicentenario utiliza únicamente contratos NEC4 y sobre ellos aún no existe una sólida práctica y experiencia nacionales. Aunque se han publicado guías para su uso, estas no son documentos contractuales y su desarrollo no es capaz de abarcar todas las situaciones posibles, como es natural. Así, dependiendo del punto de vista de cada experto, la interpretación de las reglas contractuales difiere. Por ejemplos: (i) el contrato prevé la posibilidad de que el contratista programe y valore los pagos de un subsiguiente periodo de evaluación; sin embargo, algunos colegiados han rechazado esta regla, debido en parte a defectos en la traducción del contrato y en otra por su propio sesgo respecto a los procesos tradicionales de valorizaciones de obra en la modalidad reembolsable; (ii) con relación a los eventos compensables, los paneles discrepan en sus criterios de calificación y extienden o restringen los supuestos del contrato, guardando aún más diferencias en lo que a la prueba del impacto se refiere; (iii) para algunos expertos resulta fundamental el cumplimiento de la obligación del contratista de presentar cronogramas y costos actualizados en la frecuencia que el contrato dicta, llegando inclusive a hacer énfasis en ello durante las sesiones mensuales, para otros

no es tan importante y tampoco valoran este incumplimiento al atender las desavenencias.

Segundo, si bien las sumisiones formales no se sujetan a criterios procesales estrictos, el modo en el que el colegiado las administra puede ocasionar situaciones de indefensión y vulneraciones al debido proceso. En el menos importante de los casos, tratos diferenciados e injustos. Por ejemplo: un contratista presentó una solicitud de sumisión y entregó los documentos que probaban su reclamo, acto seguido la administración pública contestó. En reacción, el contratista desistió de su solicitud, pero ejecutó esta estrategia en una segunda oportunidad. Sin embargo, en esta última ocasión la entidad se opuso a la acción argumentando que no era conveniente que ninguna de las partes tuviera la ventaja de adecuar progresivamente su discurso en la controversia a medida que ambas revelaban información. En este caso, el panel prefirió mantener la flexibilidad del procedimiento antes que proteger los intereses legales de una de las partes. Esta circunstancia sirvió de advertencia a los gerentes de otros proyectos y a sus asesores quienes han preferido hacer consultas sobre las reglas para la administración de sumisiones formales antes de iniciarlas.

Tercero, las cuestiones técnicas no se encuentran exentas de contradicciones. Conviene aclarar que los requerimientos constructivos del cliente son bastante estables para los 75 proyectos, a pesar de las diferentes tipologías. Por ejemplo: debido a exigencias normativas, los proyectos del PEIP Escuelas Bicentenario requieren que toda la gestión y ejecución se desarrolle a través de BIM. En este marco, uno de los gerentes de proyectos y su contratista manifestaron su discrepancia con relación a si el diseño estructural debía ser gestionado en esta plataforma y, luego de varias reuniones, concluyeron que el requerimiento del cliente sí estaba expresado en el contrato y debía cumplirse. Posteriormente, en una reunión mensual con el equipo de expertos, uno de los miembros manifestó que la exportación del modelado estructural al BIM no entregaba valor al proyecto, a partir de lo cual el contratista

se negó a ejecutar esta prestación. Por el contrario, otros colegiados manifestaron que la regla contractual era clara y la tarea debía ser ejecutada por el contratista al margen de si entregaba o no suficiente valor al cliente.

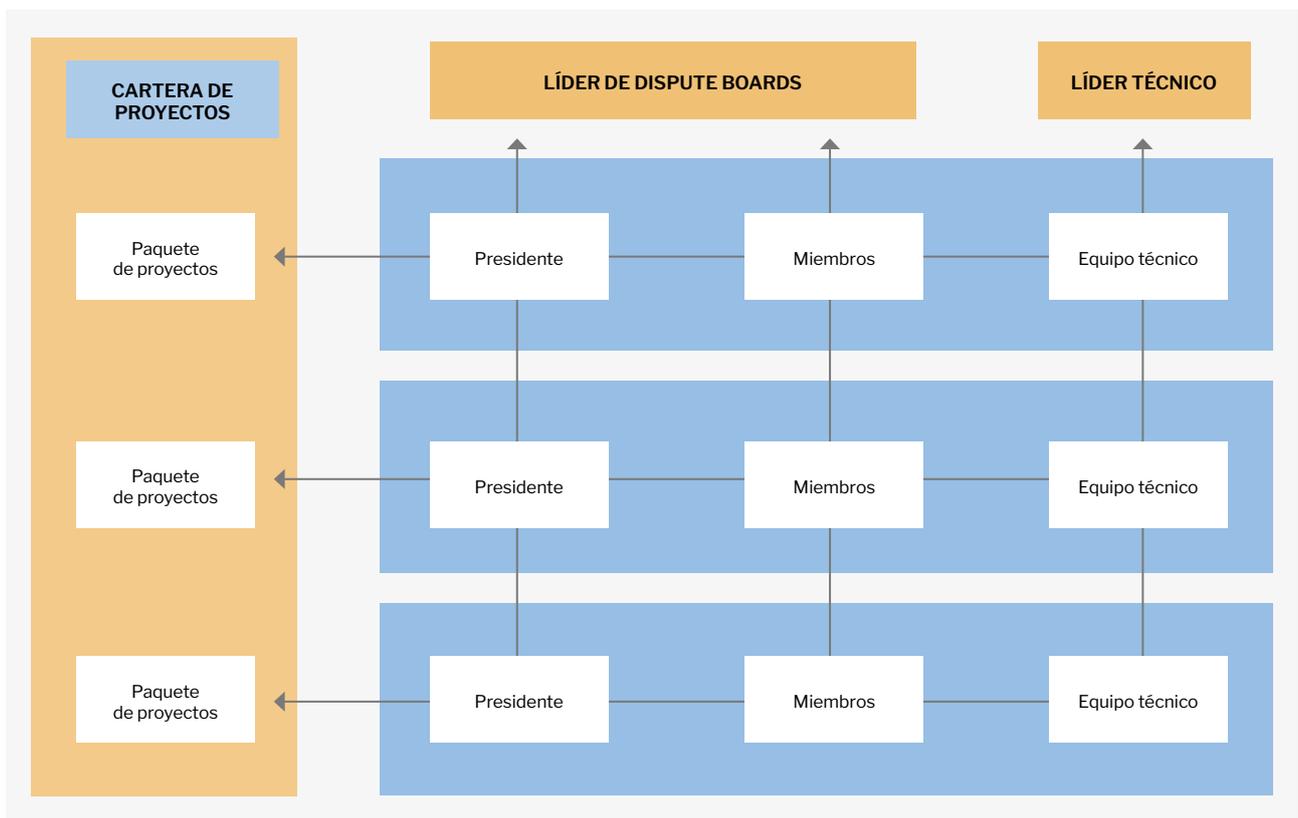
Cuarto, la efectividad de los programas de inversiones, como el PEIP Escuelas Bicentenario, dependen en gran medida de que el cliente pueda establecer criterios transversales de gestión que le permitan aprovechar las sinergias en la ejecución de proyectos homogéneos y el uso de contratos iguales. La previsibilidad en la aplicación de las reglas de la transacción corrige los sesgos de ambas partes; por el contrario, si se hacen imprevisibles debido a que los grupos de expertos a cargo de evaluar las controversias utilizan criterios distintos, las partes encontrarán incentivos para tentar maximizar sus beneficios, reducir sus costos, modificar sus obligaciones, entre otras muchas posibilidades. Además, considerando que en el entorno nacional la oferta de los servicios de gestión y construcción son menores en comparación con las dimensiones de la cartera de inversiones, varios de los contratistas ejecutan más de un paquete, a lo que se suma que

toman servicios legales de casi los mismos estudios de abogados. Agregadas estas condiciones, se crea un escenario en el que las conductas oportunistas llegan a convertirse en regla.

Para evitar estas desviaciones en futuros programas públicos de inversiones, proponemos la creación de una organización que agrupe a los miembros de todos los DB y sus equipos técnicos a fin de promover la identificación, aplicación y revisión o rectificación de criterios comunes a la solución de desavenencias. Nuestro enunciado da pie a una amplia discusión sobre las fórmulas legales en las que podría fundarse esta organización, el tipo de personalidad jurídica que ostentaría, el diseño organizacional y sus procesos, las reglas internas de gestión, los servicios conexos, su regulación, entre otros muchos tópicos. Empero, debido al objetivo y limitación de este estudio, sólo esbozamos algunos de los considerandos fundamentales para el diseño organizacional y la identificación de sus procesos centrales.

**GRÁFICA N° 8**

**Propuesta de organización matricial y proyectizada para el cuerpo de *dispute boards***



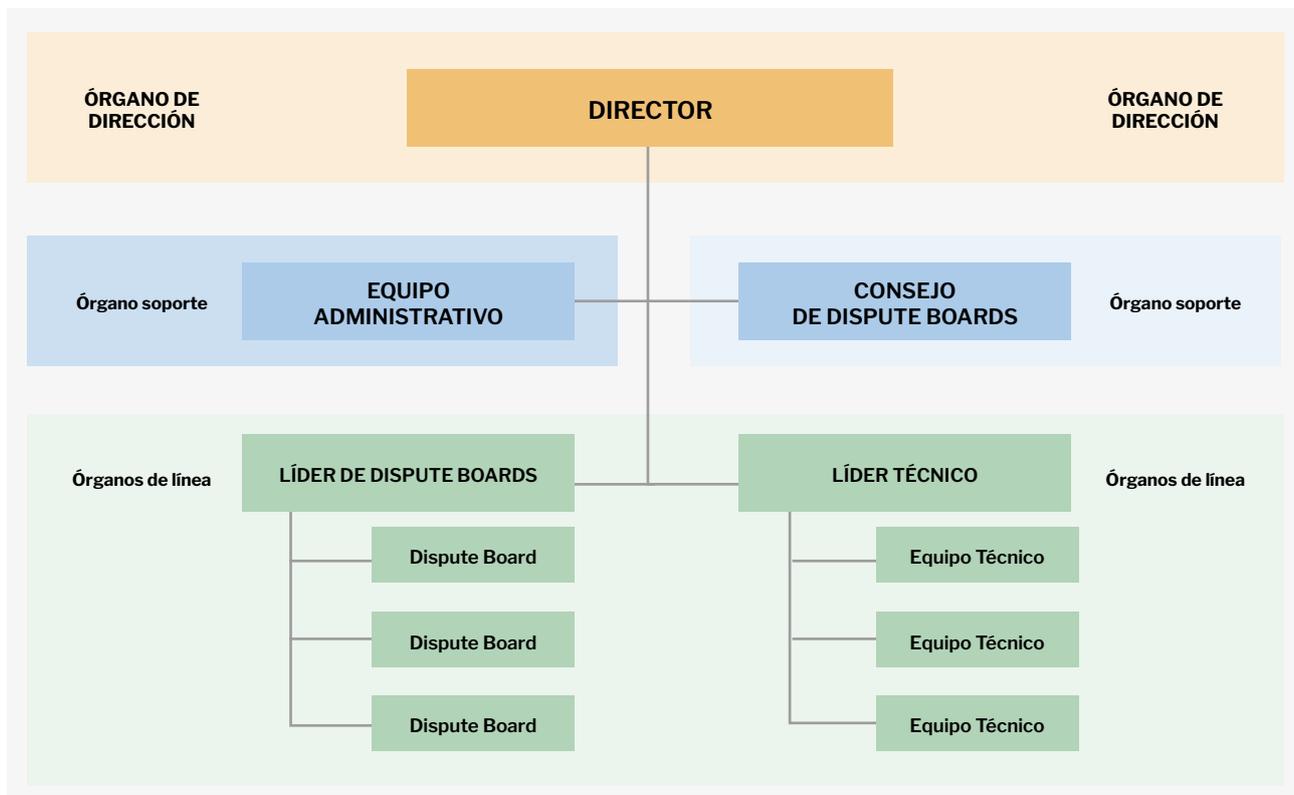
Con relación al diseño, creemos que lo más apropiado es optar por una organización matricial<sup>74</sup> y proyectizada<sup>75</sup> combinada, como se muestra en la Gráfica N° 8. De esta forma el equipo de adjudicación, idealmente compuesto por un presidente, dos miembros y un equipo técnico, sirve a la ejecución de un paquete o grupo de proyectos, y al mismo tiempo, reporta sus tareas a dos líderes funcionales distintos quienes recopilan información, coordinan los cronogramas del servicio e informan a un consejo superior, del que hablaremos a continuación. El gobierno de la estructura se asigna a un director que responde por la estrategia de gestión, la calidad global del servicio y sus efectos en la cartera.

Al mismo tiempo es necesario contar con una estructura jerárquico-funcional<sup>76</sup> que explique los ámbitos de competencia y las relaciones de dependencia entre los miembros del cuerpo,

como se muestra en la Gráfica N° 9. Destacamos que el organigrama propuesto respeta las relaciones previamente establecidas en la estructura matricial-proyectizada, pero agrega un consejo a cargo de evaluar regularmente los casos sometidos al escrutinio de los paneles con el fin de que se emitan decisiones coherentes que preserven la predictibilidad en la aplicación de las reglas de los contratos, los requerimientos técnicos y la administración de las sumisiones. De otro lado, el equipo administrativo se incorpora a la estructura, pero se mantiene al margen de los servicios de adjudicación mientras brinda el soporte que requieren las actividades de los equipos de expertos y los técnicos.

#### GRÁFICA N° 9

#### Propuesta de organización jerárquica y funcional para el cuerpo de *dispute boards*



74. Burton, R. M.; Børge, O.; y Døjbak H., D. (2015) *How to get the Matrix Organization to Work*. Organizational Design Community. Organizational Design Community. Journal of Organization Design, Vol. 4, N° 3, pp. 37-44.

75. Project Management for Development Organizations – PM4DEV. (2015) *Project Management for Development Organizations. A methodology to manage development projects for international humanitarian assistance and relief organizations*. Management for development series.

76. Habraken, J. (1984) *Notes on Hierarchy in Form*. Edited version of paper for projects on form hierarchies, Department of Architecture, Massachusetts Institute of Technology.

Con respecto a los procesos centrales de esta organización, la Gráfica N° 10 muestra cómo los diseños propuestos cubren los tres niveles que requiere una arquitectura tradicional: (i) procesos de soporte, que son llevados a cabo por el equipo administrativo; (ii) procesos operativos o de servicio, que son ejecutados por los líderes, los miembros del panel y los equipos de técnicos; y (iii) los procesos estratégicos, que son cubiertos por el director de la organización y el consejo. En este marco, los procesos de servicio reproducen las recomendaciones formuladas para la integración horizontal de los DB a los proyectos, en donde el cliente y el contratista desarrollan las tareas de gestión del contrato y entrega de información a los colegiados, quienes reciben y analizan los datos por sí mismos o por medio de equipos técnicos, para luego prestar los mejores servicios de adjudicación posibles. Aquí, el modelo de integración vertical agrega la posibilidad de homogeneizar los criterios de evaluación de todos los paneles en servicio, considerando las características particulares de la cartera.

Las posibilidades que ofrece este tipo de organización son numerosas. Primero, el dimensionamiento de los recursos asignados es optimizable. En este sentido, la Gráfica N° 8 es sólo una de las formas del diseño; no es necesario que exista un panel y equipo técnico por paquete. Las combinaciones posibles para la ordenación del servicio son en realidad infinitas y adaptables según la evolución de la cartera. Segundo, las conductas oportunistas de las partes y sus sesgos se ven fuertemente moderados en la medida que entienden que el panel actúa inserto en una organización que garantiza que las decisiones sean coherentes entre sí, con los documentos contractuales, los técnicos y las exigencias normativas aplicables a todas las versiones. Tercero, la creación de un ente que administre los servicios prestados por los DB, sin vulnerar su independencia e imparcialidad, hace posible externalizar los procesos admi-

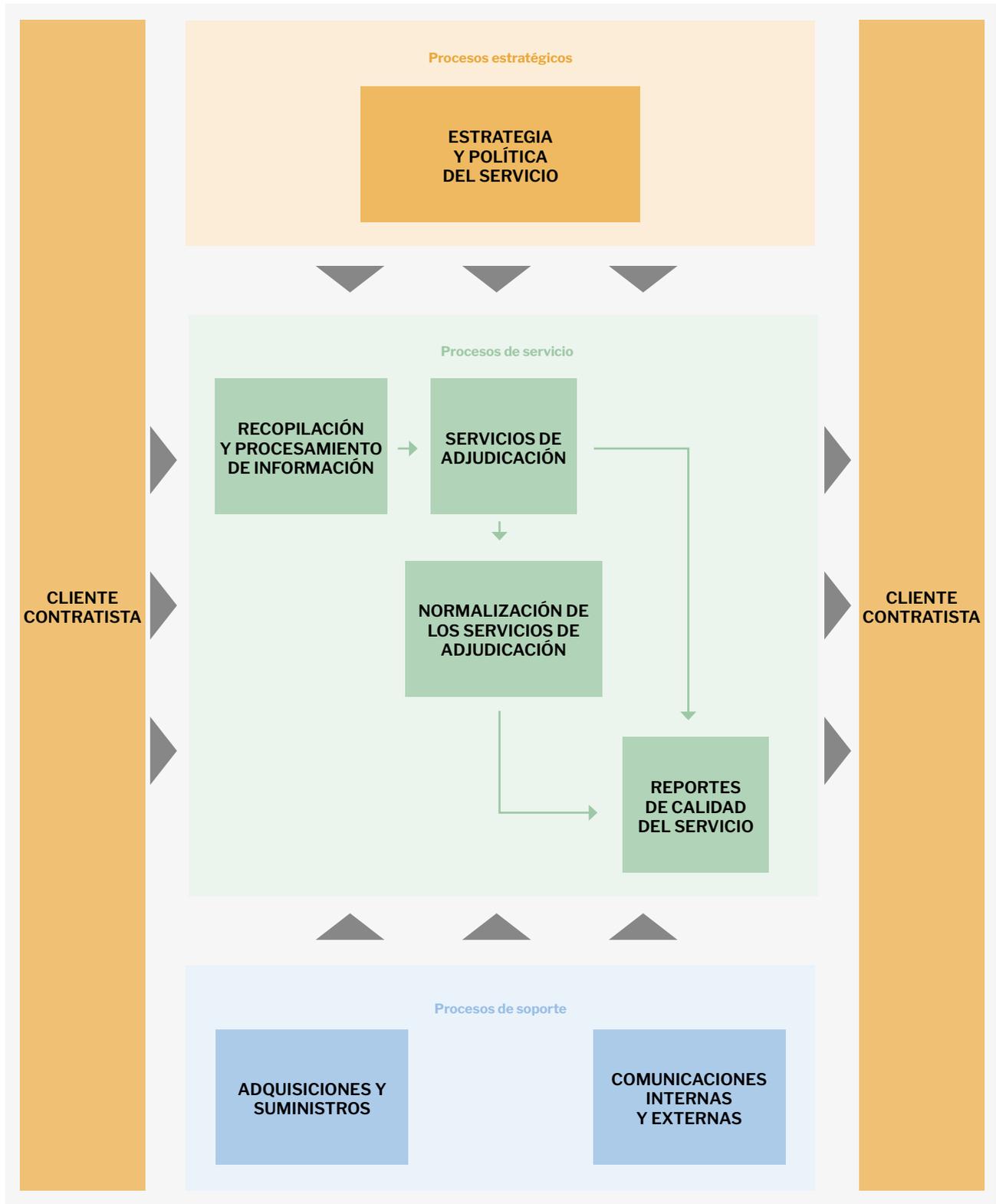
nistrativos para su gestión, diseñar e instaurar procesos de servicio, medirlos y recopilar información sobre las competencias y capacidades esperadas de cada miembro.

Una vez más abordamos los sesgos culturales de las entidades públicas que podrían limitar esta clase de implementaciones. Primero, en términos generales la integración de un nuevo tipo de organización al proceso de inversión pública requiere de arreglos institucionales y cambios normativos y es, por tanto, un asunto de política pública. No sería posible que ésta -organización- tuviera personalidad jurídico-pública, puesto que se perdería de vista la flexibilidad del diseño, la fluidez y la adaptabilidad de los procesos del servicio, al igual que la implementación de indicadores de calidad. Además, al formar parte del cliente se incrementa el riesgo de secuestro<sup>77</sup> por influencia política. Segundo, en la fase de integración de los contratistas al proceso de inversión se requeriría la aceptación implícita o expresa para ordenar verticalmente los servicios de adjudicación, lo que promovería el incremento de sus precios para absorber el costo y daría pie a propuestas aparentemente menos competitivas; circunstancia que afectaría la disposición a pagar del cliente. Tercero, dado que el cliente es una organización del Estado sujeta a su propio marco regulatorio, resulta primordial que la autoridad a cargo del proceso de inversión comprenda íntegramente el esquema que despliega, requiriendo servicios de adjudicación que armonicen con los objetivos de la política de inversión. Cuarto, no hay nada más difícil que hacer algo por primera vez, por lo que la complejidad que involucra la creación, la planificación, el diseño de los procesos de servicio y sus indicadores, y el inicio de las operaciones, actuará como un desincentivo para la decisión política hasta que ésta realmente perciba el valor que agrega al proceso de inversión.

77. Dal Bó, E. (2006) *Regulatory Capture: A Review*. Oxford Review of Economic Policy, Vol. 22, N° 2.

GRÁFICA N° 10

Propuesta de matriz de macroprocesos para el cuerpo de *dispute boards*



### E. ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DEL SERVICIO DEL PANEL POR MEDIO DEL CONTRATO.

Nuestras propuestas de cambio y mejora para el contrato tripartito sólo son comprensibles luego de exponer la necesidad de integrar los servicios de adjudicación horizontal y verticalmente. Por tanto, este apartado no hace énfasis en los resultados o salidas de las actividades del panel, sino en el modo en el que éstas se realizan, ya que los informes y decisiones que produce constituyen la exteriorización de una labor previa y continua, pero poco observable.<sup>78</sup> Es cierto que las decisiones del colegiado resuelven de modo definitivo la mayor parte de las controversias; sin embargo, es posible profundizar en la naturaleza del acuerdo, pero sobre todo del servicio, para incorporar modulaciones que permitan al colegiado entregar mayor valor a los procesos del cliente y del contratista.

Como ya lo indicamos, los contratos no son sólo realidades jurídicas o económicas, también pueden ser considerados instrumentos primarios para la regulación de los intercambios y sirven como medios para controlar la conducta de las partes y asegurar sus niveles de contribución en la transacción. Esta óptica proporciona la base de los estudios que se han realizado en torno a la gestión de servicios que abarca tanto los procesos, como la calidad y el cumplimiento de las obligaciones contractuales.<sup>79</sup>

Además, los contratos pueden ser completos o incompletos, según sean capaces o no de prever todos los estados futuros de la relación.<sup>80</sup> Pero también pueden ser transaccionales o relacionales. Los primeros se caracterizan por establecer reglas de procedimiento, cuantificar sus objetos y definir su duración y suelen ser identificados como contratos completos. Los segundos, o relacionales, son más difíciles de describir puesto que podrían ser de duración determinada o

indeterminada y su objeto podría ser mensurable o no, pero los distingue su menor enfoque en las obligaciones legales y su énfasis superior en los objetivos comunes, así como en la necesidad de alcanzar una mutua y amplia comprensión de la relación contractual, así como los beneficios que se derivan de la colaboración.<sup>81</sup> De este modo, por afinidad, los contratos incompletos y transaccionales se prefieren cuando se requiere preservar la flexibilidad de la relación y que esta se adapte al entorno.

Dicho esto, conviene reflexionar sobre las características y la naturaleza de los servicios de adjudicación y su relación con el modelo de contrato propuesto por la Cámara de Comercio Internacional, como formato predominante en el entorno nacional. Primero, los interesados inmersos en el desarrollo de los proyectos de infraestructura son numerosos, no sólo se lista al cliente, al supervisor y al contratista; sino también a las autoridades de nivel nacional, a las autoridades locales, a algunos organismos reguladores, a las empresas de servicios públicos, a la comunidad local y a los agentes que operan al margen de la ley, como los sicarios y las bandas dedicadas al secuestro y la extorsión. Las necesidades y decisiones de cada uno de estos grupos impactan en la ejecución y generan discrepancias imprevisibles entre el cliente y el contratista, principalmente. Entonces, si ya es difícil adelantarse al curso de acción de cada uno de estos agentes, lo es aún más diseñar un contrato tripartito que individualice *ex ante* cada servicio futuro. Podemos afirmar, en consecuencia, que este tipo de contratos es altamente incompleto.

Segundo, el modelo original del contrato tripartito propuesto por la Cámara de Comercio Internacional<sup>82</sup> no contiene una cláusula de “objeto” sino una de “compromiso” y la descripción

78. Posso Ordoñez, R. (2014) *Conceptos y principios de economía y metodologías utilizadas en la investigación económica*. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño. Tendencias Vol. XV, N° 1 – 1er Semestre, Enero-Junio.

79. Camén, C. (2011) *Using Contracts to Manage Services. A Study of Contracts in Public Transport*. Karlstad University Studies. PhD Dissertation: Faculty of Economic Sciences, Communication and IT Business Administration, Karlstad University, Sweden.

80. Krawiec, K. D.; Baker, S. (2006) *Incomplete Contracts in a Complete Contracts World*. Florida State University Law Review, Issue 33.

81. Gibbons, R. (1997) *An Introduction to Applicable Game Theory*. American Economic Association. Journal of Economic Perspectives, Vol. 11, N° 1.

82. *Reglamento relativo a los Dispute Boards. Vigente a partir del 1° de octubre de 2015, con los Apéndices vigentes a partir del 1° de octubre de 2018*. Cámara de Comercio Internacional.

de su alcance es bastante amplia. El profesional que lo suscribe se obliga a actuar como miembro del panel y de conformidad con las reglas del contrato, así como del reglamento de esta institución. Entre estas disposiciones se declaran los deberes y facultades del colegiado para visitar el sitio de obra, celebrar reuniones y asistir y resolver las controversias, pero destaca en su texto el artículo 3 que establece que “las partes deberán cooperar entre sí y con el DB en la aplicación del Reglamento”. De esta forma, al igual que los contratos NEC4 y FIDIC, el tripartito es también colaborativo, con la distinción de que carece de procesos de detalle que especifiquen la forma en la que dicha cualidad se materializa.

En consecuencia, el contrato que vincula a los DB con las partes puede ser clasificado como incompleto y relacional, características acordes a la naturaleza flexible de un servicio de adjudicación. Más aún, considerando imposible o inútil la planificación de su alcance,<sup>83</sup> la tendencia moderna es a hacer uso de este tipo de acuerdos para la gestión de servicios,<sup>84</sup> lo que no impide la inclusión de provisiones que aseguren ciertos niveles de calidad. Surge aquí una cuestión fundamental sobre si es o no posible (i) declarar la calidad requerida y (ii) establecer indicadores acordes a este tipo de prestaciones.

Para este fin proponemos partir de una definición que consideramos apropiada: la calidad de un servicio es determinada por la diferencia entre el desempeño del proveedor y las expectativas del cliente basadas en su evaluación.<sup>85</sup> También es útil para nuestros fines referir algunas de las dimensiones a partir de las cuales se suelen evaluar los servicios;<sup>86</sup> y considerando la naturaleza de las prestaciones del panel, destacamos las siguientes: fiabilidad, como la capacidad para realizar el servicio prometido de manera confiable y precisa; sensibilidad, como la voluntad de ayudar a los

clientes y brindar un servicio rápido; seguridad, como el conocimiento y la disposición para inspirar confianza; y empatía, como el fácil acceso, la buena comunicación y la atención adaptada a las necesidades de los clientes. Para la práctica de los servicios de adjudicación, creemos correcto afirmar que la mayoría de los expertos asentirán en la necesidad de cubrir cada uno de estos requerimientos y posiblemente algunos más.

Claramente el panel no puede cumplir expectativas de calidad no declaradas por los clientes y, a la vez, los clientes no pueden especificar la calidad requerida si no se han definido los procesos del servicio. Por tanto, la clave es convertir en observable lo aparentemente inobservable; objetivo que se alcanza si se integran al contrato tripartito procesos específicos que aseguren el tráfico continuo de la información de los proyectos hacia los miembros del panel y su equipo técnico haciendo posible establecer criterios objetivos para medir algunas dimensiones relevantes. De este modo proponemos que estos contratos sean adaptados para separar el proceso de entrega de información y su posterior análisis e interpretación con el fin de que se ejecute de modo continuo y estructurado. En otras palabras, sugerimos implementar modificaciones que incrementan la completitud y transaccionalidad de las reglas de este proceso, conservando la relacionalidad de las actividades de seguimiento y las funciones de solución de conflictos del colegiado. Este cambio en los procesos del servicio aguas abajo inevitablemente beneficiará las tareas del equipo de expertos, al igual que su visibilidad y la percepción de su valor.

En la Gráfica N° 11 desarrollamos un marco de referencia que ayudará a comprender el flujo de las actividades de los servicios de adjudicación y a deducir criterios para la redacción de nuevas reglas contractuales.

83. Frydinger, D.; Cummins, T.; Vitasek, K.; Bergman, J. (2016) *Unpacking Relational Contracts. Overcoming the Paradox*. Haslam College of Business. The university of Tennessee, Knoxville.

84. Goetz, Ch. J.; Scott, R. E. (1981) *Principles of Relational Contracts*. Virginia Law Review, Vol. 67, N° 6.

85. Oliver, R. (1980) *A cognitive model of the antecedents and consequences of satisfaction decisions*. Sage Publications Inc. on behalf of American Marketing Association. Journal of Marketing Research, Vol. XVII.

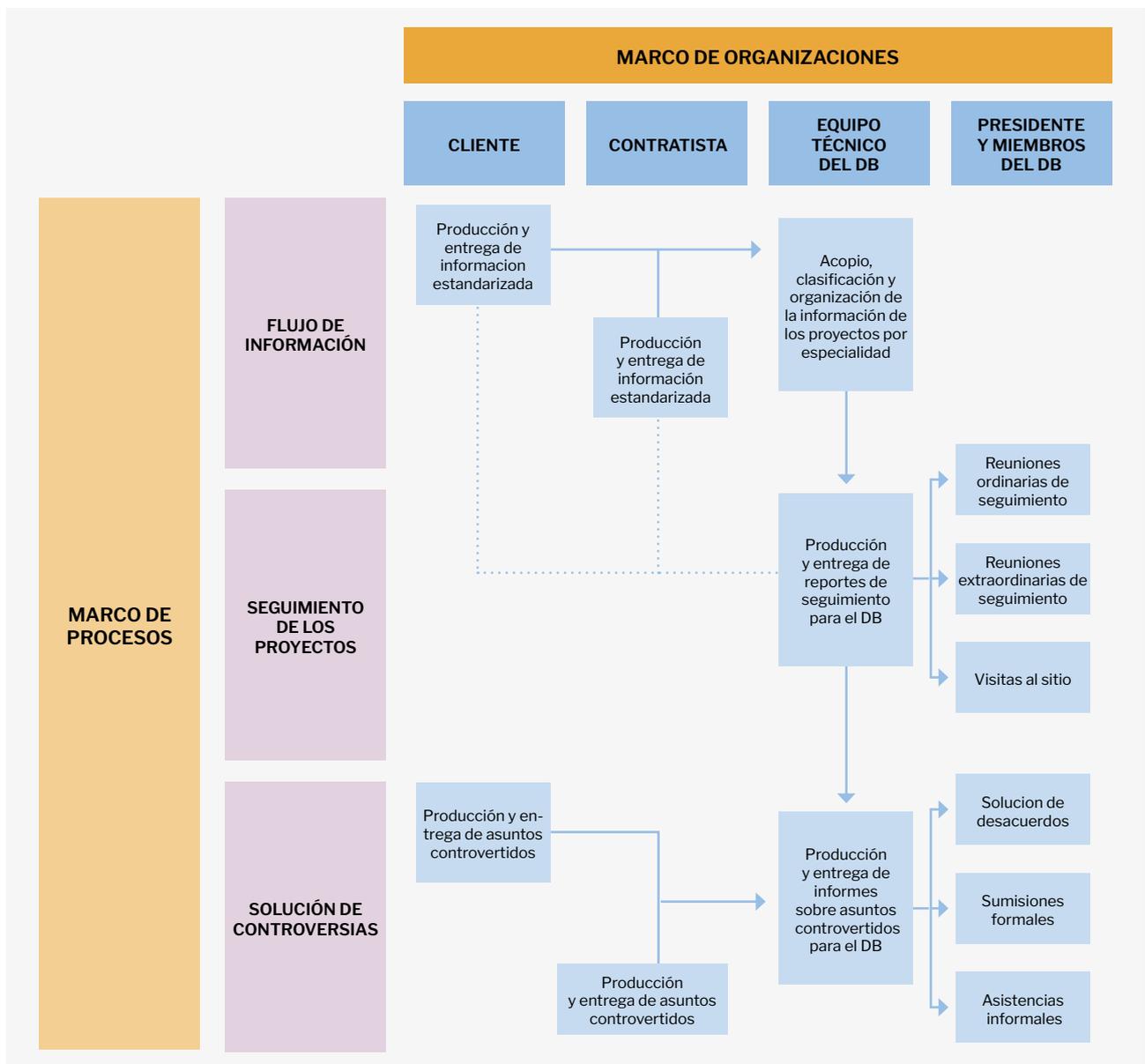
86. Alamgir, M.; Shamsuddoha, M. (2004) *Service Quality Dimensions: A Conceptual Analysis*. The Chittagong University Journal of Business Administration, Vol. 19.

El primer nivel, que corresponde al flujo de información, ordena el modo en el que el cliente y el contratista producen los datos que se entregan al equipo técnico del panel. Para su ejecución es necesario desarrollar guías o notas que faciliten la producción de documentos estandarizados. Su contenido debe abarcar grupos de conocimiento como la evolución del alcance, el cronograma, los precios, los riesgos y su gestión, entre otros. Es también importante predefinir los formatos, sobre todo para la presentación de información de cronogramas, precios y desempeño. Debemos re-

saltar una diferencia importante con la práctica actual, y es que los reportes de avance de los proyectos deben ser entregados de forma individual y separada por el cliente y el contratista con el fin de evitar el traslado de sesgos individuales al panel y las prácticas oportunistas basadas en la asimetría de información.<sup>87</sup>

**GRÁFICA N° 11**

**Propuesta de matriz de procesos para la gestión del contrato tripartito**



87. Schmitz, P. W. (2023) *The Proper Scope of Government Reconsidered: Asymmetric information and Incentive Contracts*. European Economic Review, Vol. 157.

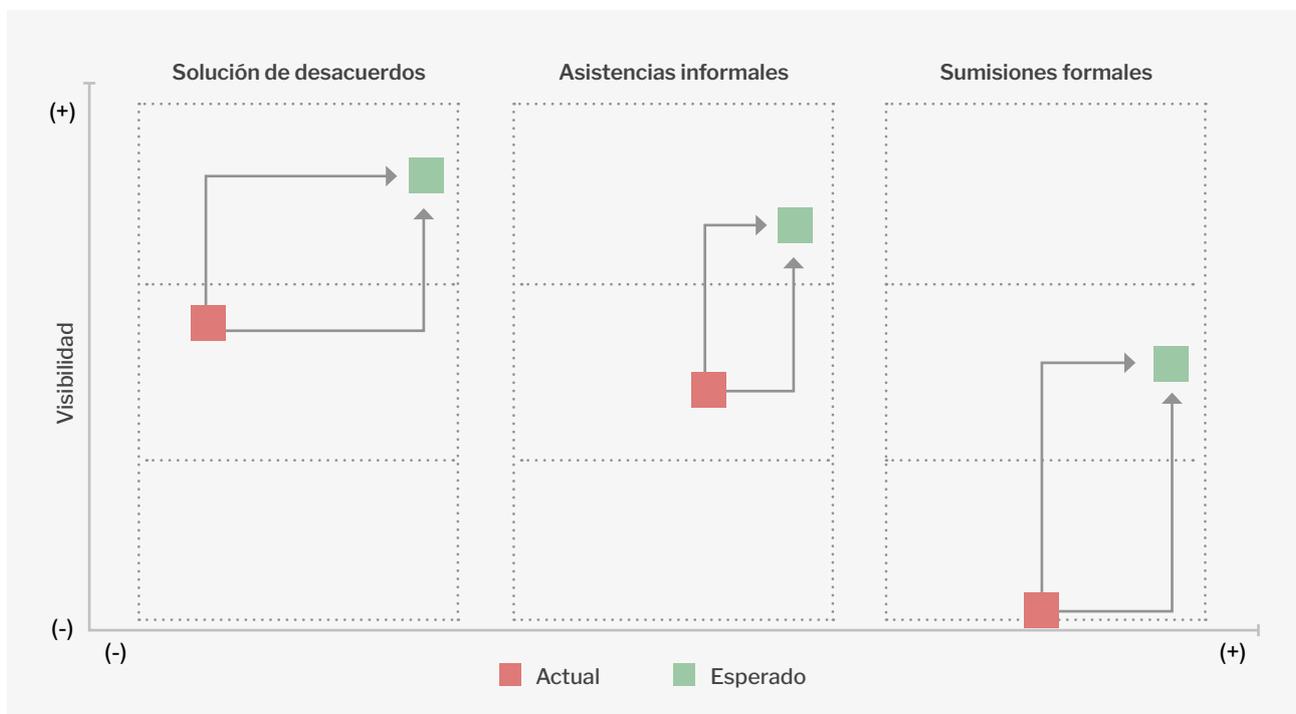
El segundo nivel, que corresponde al seguimiento de los proyectos, involucra al equipo técnico sólo en la medida que debe revisar y contrastar la información para elaborar sus propios reportes que servirán como entrada a (i) las tareas de seguimiento, (ii) la resolución de controversias y (iii) a las partes, para la mejora continua de sus actividades de entrega. Como resultado, el grupo de expertos se encontrará en mejor capacidad de comprender el estatus de los proyectos y prestará mayor atención a los puntos de dolor que, por lo general, serán aquellos en los que las partes remitan información distinta o abiertamente

en términos de tiempo, eficacia y adecuación a las circunstancias.

La mejora en la calidad del servicio es aún una proyección, pero resulta razonable. En la Gráfica N° 12 mostramos la evolución en la relación entre la visibilidad de los servicios y el valor percibido por las partes a partir de la implementación de los criterios de nuestro marco de referencia.

### GRÁFICA N° 12

Relación visibilidad-valor de los servicios del panel<sup>88</sup>



contradictoria. Además, será posible para el panel adelantarse a la elevación de controversias y formar progresivamente su juicio sin revelarlo, todo sobre la base de datos objetivos.

El tercer nivel, que corresponde a la solución de controversias, involucra una vez más al equipo técnico cuyo deber será evaluar y contrastar la información de las reclamaciones y los reportes con el fin de informar al panel. Una vez más la capacidad del colegiado se incrementa

El proceso de flujo de información es naturalmente visible puesto que la entrega de datos es tangible y verificable; sin embargo, en la medida que no resuelve las controversias ni corrige los sesgos no es el proceso que aporta el mayor valor en la ejecución de los proyectos. Sin embargo, sujeto a reglas estructuradas, se vuelve posible medir la completitud y calidad de la información, así como observar los resultados del análisis del equipo técnico, lo que asegura su utilidad aguas arriba. Se propone, entonces, un flujo dinámico y digital, sujeto a pla-

88. La gráfica representa el efecto esperado de la integración horizontal y vertical de todos los equipos de expertos a la ejecución de los proyectos. El eje de visibilidad representa la observabilidad, en sentido microeconómico, de los servicios del panel. El eje de valor representa el impacto de la intervención del equipo de expertos en relación con la solución de controversias y normalización de las reglas de ejecución de los contratos.

zos cortos, categorías y formatos preestablecidos que faciliten la recopilación e interpretación y permitan realizar un diagnóstico certero del estado de los proyectos al margen de los sesgos. Como consecuencia, mejora tanto la observabilidad del servicio a la vez que asegura las expectativas del valor que aporta a las actividades de seguimiento y resolución de controversias. Se agrega, además, un valor oculto, y es que la retroalimentación del equipo técnico a las partes produce una escalada -casi inevitable- en la transparencia de la información que los disuade de acudir a prácticas oportunistas.

Las actividades del proceso de seguimiento de proyectos tienen características de observabilidad similares al de flujo de información, después de todo es objetivamente comprobable si se produjo o no una reunión o una visita. Sin embargo, difieren en el valor que aportan al proyecto, toda vez que la intervención directa del panel sí es capaz de corregir los sesgos y resolver controversias. Sin embargo, resulta cualitativamente distinto llevar a cabo cualquiera de estas actividades con un fin informativo que con uno resolutorio. En este sentido, este proceso se ve beneficiado del análisis certero y continuo de la información, de modo que las partes pueden esperar del panel posiciones informadas, opiniones acertadas, solicitudes oportunas de mayores datos que resulten coherentes con los puntos de dolor recurrentes, mejorando drásticamente la visibilidad y ligeramente el valor del servicio.

Queda por abordar el proceso de solución de controversias. Claramente, estas actividades son las que reportan el mayor impacto en la conducta de los contratantes y el desarrollo de los proyectos, ya que los obligan a rectificar sus sesgos, completan las reglas de la transacción y definen soluciones técnicas, entre otras muchas posibilidades. Sin embargo, debido a que la evaluación se lleva a cabo sólo y únicamente hacia adentro del colegio tienen el menor nivel de visibilidad. Empero, considerando las salidas de los procesos que lo anteceden, las partes pueden juzgar la calidad de los servicios por cualidades como la rapidez, la coherencia, la adecuación técnica y contextual de la decisión, entre otras. Es decir, indirectamente mejora la observabilidad.

Teórica y prácticamente la visibilidad de cualquier actividad no puede ser total o absoluta toda vez que sólo puede ser conocida por el agente que la realiza, pero sus cualidades sí pueden ser deducidas a partir de la valoración de sus salidas. Por esta razón, nuestro marco de referencia no es capaz de llevar la visibilidad de los procesos a su máxima expresión. Por el contrario, el aseguramiento de los procesos de gestión de la información desde el nivel inferior produce una escalada en el incremento del valor del servicio llevándolo al límite de sus mejores posibilidades. El sistema funciona como un embudo: (i) el descenso de la incertidumbre, que se produce con una comprensión común de las reglas de la transacción, inicia con la acumulación y análisis de datos que va haciendo la información cada vez más transparente e impide a las partes promover sus sesgos; (ii) la entrada del panel en las actividades de seguimiento resulta más eficaz con información completa que sin ella, mejorando la solución *in situ* de las diferencias; y (iii) dado que se desincentiva el uso de los mecanismos del panel como si se tratara de un juego de apuesta, quedan para la resolución de controversias sólo aquellos puntos de dolor verdaderamente críticos.

Ya indicamos que bajo el modelo actual la calidad está sujeta al profesionalismo y dedicación de cada experto, pero ambos son elementos inobservables. Y a pesar de que ya hemos señalado algunos de los efectos de la contratación masiva de servicios de adjudicación en programas de inversiones, consideramos apropiado insertar un comentario adicional. En el PEIP Escuelas Bicentenario la elaboración de los informes de avance que se presentan al panel son desarrollados, por acuerdo de las partes, por el contratista y no son entregados a los miembros del panel con la antelación suficiente. Son tres las razones que motivan estas particulares condiciones: primero, el contratista posee la información del ejecutor que supera con creces aquella que puede poseer el cliente; segundo, la disponibilidad de recursos humanos del contratista supera ampliamente a la del cliente; y tercero, la agresividad del proceso de inversión presiona los cronogramas de ambos por lo que la tarea se asigna a aquella parte que tiene más recursos para ejecutarla. Podemos decir, además, que la elaboración conjunta de informes y reportes

es altamente costosa en términos transaccionales, por lo que en la práctica resulta imposible de abordar. Como resultado de las condiciones del proceso de inversión y las elecciones de las partes, se tiene que la información que se entrega al panel suele ser tendenciosa e incompleta; y es que no se puede culpar al contratista de hacer uso de las ventajas que le proporciona la asimetría, aún en el marco de un contrato colaborativo. En consecuencia, las reuniones mensuales giran en torno a los sesgos de la exposición, perdiendo la posibilidad de obtener el mejor valor para el proyecto.

Destacamos que la producción individual de información estandarizada sobre aspectos predefinidos de los proyectos es crítica y facilita la labor de los expertos quienes, por medio de su equipo técnico, pueden contrastar los datos que reciben y aproximar las diferencias entre las partes permitiéndoles abordar los puntos críticos de la gestión y adelantarse a las controversias. Además, no es posible que los contratantes declaren la calidad requerida de los servicios de adjudicación sin diseñar por lo menos el proceso de flujo de información, ya que en él se establecen las disposiciones sobre la frecuencia y el modo de entrega, así como su análisis, las salidas esperadas y la forma en la que se traslada al panel y a las partes. Una vez instaurada esta práctica sí será posible medir el desempeño del servicio y utilizar indicadores como la oportunidad de la entrega, la eficacia, los costos totales, la relación costo-beneficio, la atención y trato, entre otros.<sup>89</sup>

Es importante considerar el imprimir cambios y mejoras en los contratos utilizados para los servicios de adjudicación que se adhieren a los equipos de ejecución de carteras de proyectos. El modelo propuesto por la Cámara de Comercio Internacional es un excelente antecedente que debe seguir el impulso y la suerte de los enfoques de inversión. Los procesos propuestos en nuestro marco pueden ser utilizados para servicios de adjudicación que atiendan un único proyecto, pero su costo podría resultar prohibitivo. De otro lado, en el caso de programas intensivos de inversiones

que estén a cargo de proyectos numerosos, su implementación es casi una necesidad.

Estos son algunos de los aspectos más importantes a considerar en las modificaciones del modelo de contrato vigente: (i) conviene establecer las competencias del panel para conocer y resolver cualquier diferencia técnica, contractual, legal, financiera, u otras materias, puesto que corregiría fácilmente uno de los sesgos tratados en este documento; (ii) es fundamental desarrollar las reglas para la entrega y procesamiento de información, o hacer referencia a un documento externo, puesto que garantiza el flujo de datos sobre el que se construye la colaboración; (iii) es importante consignar una declaración clara y expresa de las partes respecto de las dimensiones de calidad que valoran y sus indicadores, puesto que orientaría las acciones de gestión y de servicio del panel; (iv) debemos evaluar, en cada caso, que los contratantes acepten que el servicio se preste por medio de una organización verticalmente integrada que provea un equipo técnico y un consejo que asegure la coherencia y la coordinación en el funcionamiento de todos los equipos de expertos; y (v) es relevante precisar que las actividades de seguimiento y de resolución de disputas se ejecuten sujetos a un calendario flexible que dependa de una evaluación progresiva de la necesidad, puesto que mejoraría la relación valor-dinero del intercambio.

Al igual que en los títulos anteriores, este desarrollo también enfrenta serios límites culturales, especialmente en el ámbito de las organizaciones públicas. Primero, a pesar del salto cualitativo que ha representado la decisión del Estado para invertir por medio de programas, éste aún no advierte que la complejidad de determinados arreglos institucionales apareja un alto costo y sofisticación de los servicios que los acompañan. Los equipos de adjudicación son sólo un ejemplo, pero también podemos referirnos a los de supervisión, la contratación de seguros, la adquisición de equipos informáticos, las licencias de softwares generalmente más sofisticados que aquellos que usa con regularidad y, claro está, entrenar y mantener equipos de profesionales especialmente

89. Rodríguez, Francisco J. y Gómez B., Luis. (1991) *Indicadores de calidad y productividad en la empresa*. Venezuela: Corporación Andina de Fomento – CAF.

capacitados para estos fines. La percepción común de las autoridades -a veces las más altas- sobre lo que el costo de las inversiones en infraestructura implica se enfoca sólo en los elementos tangibles; se trata de una mentalidad bastante rezagada que se guía por “el fierro y el cemento” e ignora lo demás. Otra vez, la principal limitación de esta implementación se centra en la disposición a pagar de un cliente que no comprende el verdadero costo de las inversiones que realiza.

Un segundo inconveniente, no menos importante que el primero, es la falta de capacidades de los profesionales de las organizaciones del estado para formular contratos basados en procesos. Es posible que la práctica común de redactar acuerdos sin antes haber diseñado la transacción tenga su origen en la influencia del OSCE que propuso formatos estandarizados de contratos basados en los procedimientos de la Ley de Contrataciones del Estado y que han sido utilizados con pocos cambios por más de 20 años. Más reciente es la experiencia recibida de los Juegos Panamericanos del año 2019 y la ARCC, ya que sus contratos NEC han sido absorbidos y relativamente modificados por el Proyecto Especial de Inversión Pública Escuelas Bicentenario para la ejecución de sus inversiones. Pero el caso de los textos para la contratación de servicios de adjudicación hace aún más evidente este sesgo, puesto que la fuerte influencia del modelo vigente facilita a los servidores públicos justificar la decisión de repetir un formato que ya es de uso internacional sin cavilar sobre sus posibles limitaciones y efectos.

Muy relacionada con las dos restricciones anteriores se encuentra la ausencia de equipos de gestión para la administración de los contratos de servicios de adjudicación. Ni el cliente, ni el contratista, designan profesionales para atender exclusivamente los procesos de recopilación y entrega de información al panel. Por lo general, se trata de los mismos equipos de proyectos, sobrecargados de otras actividades y que pierden de vista el cronograma de reuniones y visitas, los que se encargan de elaborar las presentaciones -y no reportes- del estado de la ejecución. Claro está que el cliente no percibe esa necesidad, y si lo hace ésta no es una prioridad.

#### IV. REFLEXIONES FINALES.

En este documento hemos relevado la existencia de dos paradigmas de gestión de proyectos. Desde 1950, hasta cerca del año 2005, dominó la perspectiva de inversión y gestión en proyectos individuales y un enfoque de control desde la ley, la regulación y el arbitraje; tal y como lo demuestran las normas de contratación pública, las de concesiones de infraestructura de servicio público y las de asociaciones público-privadas. Pero, desde el año 2007 en adelante, el Estado peruano viene apostando por un modelo de inversiones y gestión de proyectos en carteras por medio de unidades temporales creadas exclusivamente para este fin; al mismo tiempo ha preferido abandonar las reglas naturalmente inflexibles de los instrumentos legales para adherirse a contratos estandarizados de uso internacional que contienen mecanismos internos de solución de controversias.

Para que esta nueva forma de hacer inversión pública muestre todas sus bondades será inevitable afrontar y superar el proceso de transformación cultural y organizacional. Gestionar proyectos en cartera desde contratos colaborativos implica abandonar la predisposición a la confrontación y el uso de tácticas oportunistas, para migrar progresivamente a relaciones de mayor transparencia y coordinación en la toma de decisiones. También es necesario crear marcos de referencia para el diseño de organizaciones, contratos y procesos flexibles que puedan adaptarse a los cambios ambientales y que aseguren los objetivos de la política pública.

Esto no quiere decir que debemos abandonar la gestión de proyectos individuales, pero sí nos exige realizar un mejor dimensionamiento de los esfuerzos de la administración pública ya que, por ejemplo, la implementación de oficinas de gestión de proyectos en administraciones territoriales y entidades con poco presupuesto de inversión podría resultar prohibitiva. Decisiones de tal naturaleza enfrentarían a estas organizaciones con inconvenientes como la digitalización de procesos, el desarrollo o compra de software de gestión, la migración a estructuras organizacionales simplificadas, el costo de profesionales especializados y la

implementación de procesos y prácticas de gestión de proyectos. Además, y por lo general, tales organismos no administran una cartera de proyectos homogéneos o que mantengan una vinculación que promueva la organización de una cadena productiva; ello sin contar con los cambios de orientación política. De tal forma el costo y esfuerzo que demanda la transformación sería muy superior a sus posibles beneficios.

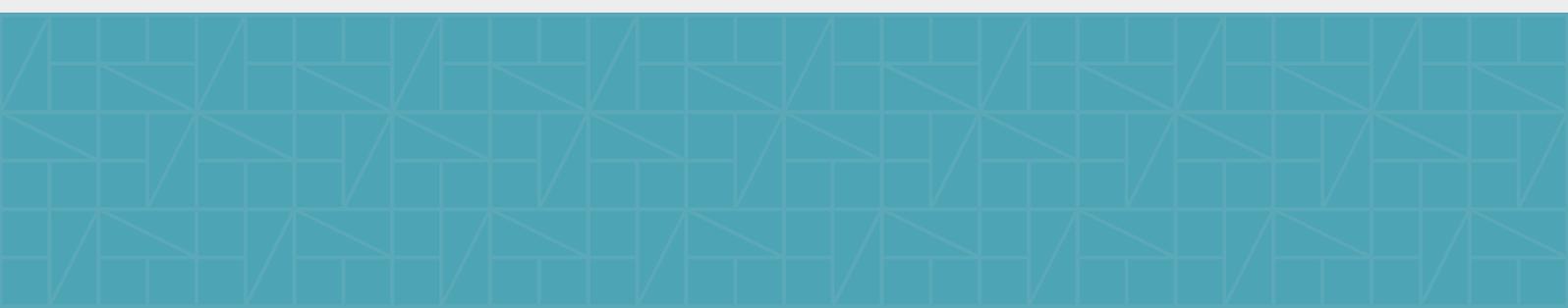
Se aplica una lógica similar al uso de juntas de resolución de disputas o equipos de expertos. Aplicar correcciones sobre el uso oportuno de los servicios de adjudicación y evitar ampliar los supuestos de excepción sobre su alcance califican como mejoras de bajo costo y alto impacto que pueden llevarse a cabo a lo largo de todas las organizaciones que los utilicen. En comparación, la decisión de implementar procesos que aseguren el flujo de información y conformar cuerpos de adjudicadores requiere hacer un detallado análisis costo-beneficio que presumimos sólo será superado en los programas de masivos de inversiones. De otra parte, las mejoras en la estructura de los contratos tripartitos deben guardar coherencia con el perfil de riesgo de cada entidad a cargo de una cartera.

Debemos recordar que las herramientas que aseguran los resultados óptimos de un modelo de inversiones no pueden ser extrapoladas a otro esperando que resuelvan todas sus ineficiencias. Los sesgos y formas organizacionales que han derivado de las reglas de la contratación tradicional para la gestión de proyectos individuales no coinciden con el espíritu y la filosofía de contratos internacionales con numerosos mecanismos de coordinación y colaboración. Igualmente, no todos los mecanismos de coordinación y colaboración de estos últimos resultan útiles o eficientes cuando se encajan a la fuerza en otros esquemas. En ambos casos, las decisiones de gestión pueden generar más pérdida de valor que beneficios.

Finalmente, nos preguntamos si el salto cualitativo que implica la gestión de proyectos públicos en cartera por medio de programas y proyectos especiales es el antecedente próximo a la adopción de un primer modelo de madurez que permita al Estado peruano, como una unidad, medir qué tan bien funcionan sus políticas de inversión y qué tan capaces son sus organizaciones de mejorar continuamente.

# 2

## Próximos Eventos



# Próximos eventos sobre Dispute Boards:

## **NOVIEMBRE**

7.11.2024 - 05.12.2024

GESTOR de Contratos de Mega Proyectos y proyectos. DABs y JRD | Virtual, Centro de Arbitraje, Dispute Board y JRD de Asociación Zambrano.

## **DICIEMBRE**

02.12.2024 - 04.12.2024

FIDIC Official International Contract Users' Conference and Awards | Park Plaza Riverbank, Londres, Presencial, FIDIC.

## **ENERO**

11.01.2024

Climate Change Disputes and Green DBs; Patricia Galloway and Jeremy Glover | Virtual, The Dispute Resolution Board Foundation.

## **MARZO**

13.08.2024

DRBF Central American Webinar Series "Los miembros del Dispute Board, serie 3", webinar. 16:00 (UTC+2).\*

27.08.2024 - 29.08.2024

Taller de Administración & Práctica de los DB, webinar. 19:00-22:00 (UTC).\*

## **SEPTIEMBRE**

15.03.2025 - 18.03.2025

Congreso Internacional de JRD, DABs y Arbitraje | Cusco Perú, Presencial, Centro de Arbitraje, Dispute Board y JRD de Asociación Zambrano.

**MÁS INFORMACIÓN:****Dispute Resolution Board Foundation:**

[https://www.drb.org/index.php?option=com\\_jevents&Itemid=138&task=year.listevents](https://www.drb.org/index.php?option=com_jevents&Itemid=138&task=year.listevents)

<https://www.drb.org/events-calendar>

<https://events.fidic.org/cucinational2024>

