



UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**PROGRAMA DE MAESTRIA EN**

**DERECHO DE EMPRESA**

**EL MODELO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS FIDIC (LIBRO ROJO) COMO  
ALTERNATIVA EFICIENTE AL ACTUAL DISEÑO DE SOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA EN  
EL PERÚ**

TESIS PRESENTADA POR

GUSTAVO PAREDES CARBAJAL Y JAIME GRAY CHICCHON

**PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAGISTER EN DERECHO**

Lima, Octubre del 2015

**Dedicado a  
Sandra y Haydee  
Alejandro (el futbolista), Flavia (la  
arquitecta), Ana Paula (la intelectual)  
y Pietro (el cantante)**

## **RESUMEN EJECUTIVO**

La tesis cuestiona la realidad partiendo de la observación de un problema recurrente en la solución de conflictos durante la ejecución de las obras públicas, que incide en la gestión eficiente de los proyectos de construcción en especial los destinados al desarrollo de infraestructura pública.

Obras paralizadas mientras se solucionan los conflictos, mayores costos para el Estado y los contratistas para resolver conflictos sobre materias no arbitrables en el Poder Judicial, conciliaciones deslegitimadas o denunciadas por atisbo de corrupción, arbitrajes extensos más allá del plazo de ejecución de obra, y en suma la insatisfacción de la población por no acceder a servicios públicos comprometidos, son la muestra de un problema grave que en nada ayuda a dinamizar el sector y por ende la economía del país.

Ante este problema, es necesario identificar alguna fórmula que ayude a gestionar de manera eficiente los conflictos en el desarrollo de proyectos de construcción y por ende sus contratos; y con ello, a su vez, contribuir a cerrar la brecha de infraestructura pública.

La tesis focaliza su investigación en el sistema de resolución de disputas implementado en las cláusulas estándar de los formatos contractuales para el sector de la ingeniería y construcción publicados por la Federación Internacional de Ingenieros

Consultores y su aporte de eficiencia en el manejo del conflicto en los proyectos de infraestructura y obra pública en el Perú.

Este trabajo se centra en el actual tratamiento del sistema conflictual convencional de resolución de disputas de la última edición del Libro Rojo de la FIDIC de 1999, aplicado a los trabajos de ingeniería y construcción diseñados por el propietario de la obra.

La tesis fijó como objetivo central confrontar un modelo de gestión de conflictos internacionalmente aceptado para el sector de la construcción con el modelo peruano, y conocer su grado de adaptabilidad en 4 regímenes jurídicos que regulan la ejecución de proyectos de infraestructura pública en el país, y con ello conocer si es posible su aplicación o no; y esto, con la finalidad de dar una solución práctica al problema observado.

Las conclusiones de esta investigación arrojaron que este sistema internacionalmente estandarizado FIDIC para el sector de la construcción es una alternativa idónea y adaptable en 3 de los 4 regímenes jurídicos evaluados, no logrando superar su adaptabilidad en el régimen de contratación de obra pública bajo la Ley de Contrataciones del Estado, por aspectos competenciales de los árbitros.

Sin embargo, se proponen algunos aportes que puedan ayudar a mejorar el modelo peruano, para contribuir a superar las ineficiencias y simplificar el sistema de solución de controversias aplicado actualmente a la ejecución de proyectos de construcción de interés público.

## INDICE

### **1. CAPITULO PRIMERO**

|   |   |
|---|---|
| Los Contratos Modelos aplicados a la industria de la construcción.....  | 1 |
| 1.1 Los contratos modelo utilizados en el mundo en el ámbito de la industria de la construcción .....                 | 3 |
| 1.2 Relevancia económica de los contratos modelo internacionales para el sector de la ingeniería y construcción ..... | 7 |
| 1.3 Proceso de estandarización internacional de los contratos de construcción .....                                   | 9 |

### **2. CAPITULO SEGUNDO**

Un Acercamiento a la Federación Internacional de Ingenieros Consultores – FIDIC

Subcapítulo Primero:

|   |    |
|---|----|
| 2.1 Descripción de los Contratos Modelos FIDIC .....                      | 11 |
| 2.1.1 La Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) ..... | 11 |
| 2.1.2 Los contratos modelos clásicos FIDIC .....                          | 15 |
| 2.1.3 Nuevos Formatos Estandar de la FIDIC .....                          | 19 |
| 2.1.4 El Libro Rojo FIDIC (Edición 1999).....                             | 23 |

Subcapítulo Segundo:

|   |    |
|---|----|
| 2.2 Ventaja comparativa del Sistema de Gestión Conflictual Convencional del Libro Rojo FIDIC (Edición 1999) ..... | 25 |
| 2.2.1 Regla de eficiencia: Curva de influencia del costo .....  | 26 |
| 2.2.2 Resolución de disputas ON TIME y ON SITE .....  | 29 |

### 3. CAPITULO TERCERO

|  |    |
|--|----|
| El Sistema de Gestión Conflictual Convencional FIDIC - Libro Rojo (Edición 1999) ..... | 34 |
|--|----|

#### Subcapítulo Primero:

|   |    |
|---|----|
| 3.1 El Sistema de Gestión Conflictual Convencional del Libro Rojo ..... | 34 |
| 3.1.1 Modificaciones introducidas en la edición 1999 .....              | 34 |
| 3.1.2 Modelo de la Cláusula Arbitral .....                              | 38 |

#### Subcapítulo Segundo:

|   |    |
|---|----|
| 3.2 El Procedimiento Pre Arbitral .....   | 46 |
| 3.2.1 El Ingeniero como autoridad en obra .....   | 46 |
| 3.2.1.1 Funciones .....   | 46 |
| 3.2.1.2 Principales críticas a la participación del ingeniero bajo los alcances de la tercera edición - 1987 del Libro Rojo ..... | 47 |
| 3.2.2 El DAB y la Adjudicación .....  | 50 |
| 3.2.2.1 Adjudicación y DAB como Métodos Adjudicativos Pre Arbitral .....  | 50 |
| 3.2.2.2 Naturaleza del DAB .....  | 55 |
| 3.2.2.3 Constitución y nombramiento del DAB .....   | 58 |
| 3.2.2.4 Modalidades del DAB y modalidad elegida por la FIDIC (Libro Rojo) .....   | 60 |
| 3.2.2.5 Finalidad del DAB.....  | 63 |
| 3.2.3 Análisis comparativo de los procedimientos de intervención del Ingeniero y del DAB .....                                    | 63 |
| 3.2.3.1 Procedimientos escalonados .....  | 66 |
| 3.2.3.2 Los requisitos previos al procedimiento pre arbitral .....  | 68 |
| 3.2.3.3 La determinación de la controversia .....   | 71 |
| 3.2.3.4 El procedimiento pre-arbitral .....   | 72 |

|                     |   |
|---------------------|---|
| Subcapítulo Tercero |   |
| 3.3                 | El Proceso Arbitral ..... 74  |
| 3.3.1               | Participación del tribunal arbitral ..... 78  |
| 3.3.2               | Análisis de la competencia de los árbitros: Sus límites ante los mecanismos de control gubernamental peruano ..... 80   |
| 3.3.2.1             | Adaptabilidad del actual sistema de gestión conflictual convencional FIDIC (edición 1999 del Libro Rojo) en el contexto normativo público peruano ..... 82            |
| 3.3.2.1.1           | Régimen de promoción de la inversión privada en infraestructura de servicios públicos ..... 83  |
| 3.3.2.1.2           | Régimen de las asociaciones público privadas ..... 89   |
| 3.3.2.1.3           | Régimen de la ley de contrataciones del estado ..... 94   |
| 3.3.2.1.4           | Regímenes de excepción a la ley de contrataciones del estado ..... 101  |
| 3.3.2.2             | Las disposiciones normativas en materia arbitral y los mecanismos de control gubernamental del Estado en el contexto de la Ley de Contrataciones del Estado ..... 102 |
| 3.3.2.3             | Límites a la Competencia de los Arbitros: Epílogo del análisis de los 4 escenarios normativos ..... 113   |
| Subcapítulo Cuarto  |   |
| 3.4                 | Comprobación de Hipótesis ..... 115   |
| 4.                  | <b>CONCLUSIONES</b> ..... 118   |
| 5.                  | <b>APORTES</b> ..... 120  |
| 7.                  | <b>GLOSARIO</b> ..... 129   |
| 6.                  | <b>BIBLIOGRAFIA</b> ..... 130   |

### INDICE DE GRÁFICOS

|    |                     |
|----|---------------------|
| 1. | GRÁFICO I ..... 27  |
| 2. | GRÁFICO II ..... 33 |

## INTRODUCCIÓN

Con el tiempo, la industria de la construcción ha ido ganando la justa la calificación de actividad riesgosa debido a su naturaleza, por un lado; y de actividad compleja por el otro, debido al intenso desarrollo tecnológico aplicado al sector.

La multiplicidad de partes, sus intereses involucrados, los grandes flujos de inversión, la convierten hoy en una las actividades más importantes y dinámicas del comercio internacional.

A nivel internacional este dinamismo del sector ha provocado la preocupación constante del mercado por regular las prácticas y los usos de la industria, estandarizando contratos, unificando criterios y globalizando expresiones, buscando reducir los costos de transacción en un mercado cada vez más activo, global y demandante.



Actualmente, las diversas modalidades contractuales en el sector de la ingeniería y construcción lucen una muy diversa naturaleza en su contenido obligacional debido justamente al grado de complejidad de los proyectos y la asignación de riesgos según el sistema de entrega del proyecto elegido por el propietario; y en igual sentido, la solución de los reclamos y las disputas han ido evolucionando rápida e intensamente de una natural complejidad a un nivel de alta dificultad y especialización.

En este contexto, una adecuada gestión del conflicto propende siempre hacia una gestión eficiente del contrato, y donde la ecuación de eficiencia puede simplificarse con el siguiente postulado: A menor plazo, mayor conocimiento y especialización en la solución del conflicto, menor costo; pero esto no ha sido, ni es fácilmente entendido y mucho menos en el país.

Una mirada al desarrollo de la actividad de la construcción en el Perú en la última década y su impacto en el crecimiento económico, así como sus proyecciones, evidencia que a pesar de su crecimiento sostenido, nos encontramos en un país que está todavía muy lejos de cerrar la brecha de infraestructura en servicios públicos.

De esta manera, el fortalecimiento del sector construcción en el país en un contexto global de crisis económica y de su desaceleración local, es un reto que pasa por la toma de decisiones correctas que impulsen la inversión pública y privada, nacional y extranjera para grandes e importantes proyectos de infraestructura que impacten determinadamente en el crecimiento de la economía.

En medio de estas necesidades de crecimiento de la actividad de la construcción, el contexto normativo peruano en materia de solución de controversias aplicado, entre otros, a proyectos de infraestructura, no están completamente alineados en favorecer el éxito de los mismos.

La tesis cuestiona la realidad partiendo de la observación de un problema recurrente en la solución de conflictos durante la ejecución de las obras públicas, que incide en la gestión eficiente de los proyectos de construcción, en especial, los destinados al desarrollo de infraestructura pública.

Obras paralizadas mientras se solucionan los conflictos, mayores costos para el Estado y los contratistas para resolver conflictos sobre materias no arbitrables en el Poder Judicial, conciliaciones deslegitimadas o denunciadas por atisbo de corrupción, arbitrajes extensos más allá del plazo de ejecución de obra, laudos anulados; y, en suma la insatisfacción de la población por no acceder a servicios públicos comprometidos, son la muestra de un problema grave que en nada ayuda a dinamizar el sector y por ende la economía del país.

La eficiencia en la contratación pública, en especial, en aquellos de desarrollo de proyectos de construcción, por su trascendencia económica explicada, pasa también por establecer reglas de juego claras de solución de controversias; reglas que tiendan a incentivar conductas eficientes y no estratégicas. En el Perú, una disonante y continua modificación legislativa en el ámbito de la solución de disputas contractuales en proyectos de alcance público, poco contribuye a generar un ambiente de confianza

para el inversionista que exige neutralidad, predictibilidad y eficiencia en la solución de los conflictos derivados de sus contratos.

Esta problemática justifica la tesis, la que a lo largo de tres capítulos, identifica y analiza un sistema estandarizado eficiente desde la perspectiva del régimen de solución de disputas propietario-contratista con probada solvencia internacional que ayude a la gestión eficiente de los proyectos de infraestructura pública en el país; en otras palabras, esta investigación busca confrontar la realidad y responder si *¿Es posible encontrar y aplicar algún sistema de gestión conflictual estandarizado internacionalmente que sea una alternativa eficiente de solución de conflictos en comparación con el actual modelo peruano aplicado a desarrollo de proyectos de infraestructura pública?*

Esta es la pregunta a responder y por ello **resulta significativo para el actual sistema jurídico peruano, identificar o encontrar sistemas eficientes que compitan por darle predictibilidad al manejo del conflicto en el sector de la construcción con estándar internacional y con ello contribuir en elevar los niveles de confianza del inversionista que a su vez tenga un correlato importante en el crecimiento económico para mejorar las condiciones de bienestar general.**

La tesis focaliza su investigación en el sistema de resolución de disputas implementado en las cláusulas estándar de los formatos contractuales para el sector de la ingeniería y construcción publicados por la organización profesional de la ingeniería más importante del mundo, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) y su posible utilización en los regímenes de contratación pública vigentes en el

Perú que lo permitan, significando un aporte de eficiencia en el manejo del conflicto en los proyectos de infraestructura y contratos de obra pública en el Perú.

Este análisis se centra específicamente en el actual tratamiento contractual de los mecanismos de resolución de disputas de la última edición del Libro Rojo de la FIDIC de 1999, llamado de Proyecto y Obra, aplicado a los trabajos de ingeniería y construcción donde el riesgo del diseño corresponde al propietario de la obra.

La publicación de la vigente edición del Libro Rojo de la FIDIC en 1999, introdujo cambios sustanciales, especialmente, en el ámbito de las reclamaciones, discrepancias y arbitraje (Cláusula 20); cambios encaminados a fortalecer aún más la confianza del inversionista y financiadores en la utilización de este modelo para el desarrollo de infraestructura.

Equilibrando por un lado, la importancia de los medios de atracción de flujos de inversión como factor determinante de desarrollo de la economía peruana; y por otro, la importancia de los contratos de construcción como soporte jurídico básico en el desarrollo de proyectos de infraestructura; la tesis profundiza su análisis en la importancia para los operadores del mercado y el Estado de contar con reglas eficientes y confiables en el campo de la resolución de disputas entre el propietario y el contratista en la ejecución de proyectos de construcción que ofrece el modelo del Libro Rojo de la FIDIC.

El interés por confrontar un sistema internacional estandarizado de solución de disputas con el actual modelo peruano aplicado al desarrollo de proyectos de

infraestructura pública, motiva finalmente promover el conocimiento de sistemas internacionales de administración y solución de conflictos que compita con el sistema nacional, y así obtener conclusiones que aporten en la búsqueda del objetivo colectivo de garantizar, fortalecer y maximizar la continuidad de la inversión en el país.

Este interés exige investigar la idoneidad jurídica de este sistema de resolución conflictual convencional FIDIC, y correcta utilización allí donde la ley lo permita, a partir de sus vigentes modificaciones y concentradas exclusivamente a nivel de tres entidades: El Ingeniero, con autoridad en la toma de determinaciones en obra; el Panel, Junta o Board de Adjudicación de Disputas (en adelante, DAB), como órgano decisorio de reclamaciones surgidas de las determinaciones del primero; y finalmente, los Árbitros, como órgano resolutor definitivo de conflictos derivados de la decisión del DAB.

En conclusión, esta investigación determinará si este sistema internacionalmente estandarizado es una alternativa atractiva que pueda ser aplicada y compita con el modelo peruano, en aquellos espacios normativos donde sea posible y así contribuya en dotar de eficiencia al sistema de solución de controversias aplicado actualmente en la ejecución de proyectos de construcción de interés público.

## CAPITULO 1

### LOS CONTRATOS MODELOS APLICADOS A LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN

Nadie duda hoy de la relevancia de la actividad de la construcción en un mercado global como un suceso económico de decisivo impacto en las economías de los países; es por ello que, en palabras de Hernandez Rodriguez<sup>1</sup>, esta es una de las transacciones más importantes del comercio internacional.

Esta consecuencia es expresión de la evolución continua de la actividad de ingeniería y la construcción a través de la historia y su actual vocación internacional<sup>2</sup>. Sin embargo, esta realidad genera también un importante correlato jurídico imposible de obviar; y es, el desarrollo de un ordenamiento legal internacional que promueva el cuidado de la industria, como fórmula de crecimiento económico.

Bien apunta Reig Fabado<sup>3</sup> que esta actual vocación internacional de la actividad de la ingeniería y construcción tiene también una trascendencia jurídica que se manifiesta en

---

<sup>1</sup> Cfr. Hernández 1999: 38

<sup>2</sup> Cfr. Reig 2008: 46

la presencia de circunstancias diversas y complejas; entre ellas: La participación de sujetos de diferentes nacionalidades, la ubicación de sedes de empresas en diferentes países, la ejecución de la obra en un país extranjero, la ejecución de obras de proyección transfronteriza y la elección o aplicación de un derecho diferente a los ordenamientos jurídicos de las partes. Estas variables merecen un tratamiento jurídico especializado y/o estandarizado que garantice a los sujetos implicados, reglas contractuales predecibles como herramienta importante de desarrollo económico.

Así también, señala que la intensa expansión de los servicios de ingeniería y construcción en el mercado internacional, en especial en la ejecución de obras de construcción de países industrializados hacia países emergentes y con ello el aporte del avance de la tecnología en los métodos constructivos; es la muestra más clara de la existencia de todo un proceso dinámico de globalización de la actividad de la construcción.

El dinamismo de esta realidad económica incide en aspectos tales como la creciente importancia del financiamiento privado, el destaque de trabajadores de un país a otro y la mayor difusión de la tecnología y la información; formando estas circunstancias parte del actual mercado internacional de la construcción como una realidad económica en continua integración y evolución.

Para terminar, refiere que este dinamismo viene generando el inevitable fenómeno de la “globalización de la construcción”. Actualmente se aprecia con mayor frecuencia en la ejecución de proyectos de construcción, participantes pertenecientes a países

---

<sup>3</sup> Cfr. Reig 2008: 47

diferentes y en muchos casos a ordenamientos o sistemas jurídicos diferentes que conforman una estructura compleja en el contrato<sup>4</sup>.

En este contexto, se aprecia que la industria de la construcción experimenta un intensa y permanente competencia tanto a nivel tecnológico como económico, con cada vez nuevos actores en el mercado internacional, pertenecientes a economías emergentes. Estos nuevos actores se han incorporado a este mercado, aumentando su nivel de especialización y tecnología de forma muy agresiva, aprovechando la apertura al financiamiento de las instituciones internacionales de crédito.

Los modelos contractuales estandarizados aplicados a la industria de la construcción no son más que la sola expresión de una industria globalizada.

#### 1.1. Los contratos modelo utilizados en el mundo en el ámbito de la industria de la construcción

Los modelos contractuales estandarizados emergen como un uso del comercio en el ámbito de la ingeniería y construcción, pues se trata de uno de los sectores de la industria que más ha desarrollado esta práctica; pero además la utilización de estos modelos se encuentra reforzado con un proceso de interpretación sistemático de dichos contratos por parte de la actividad arbitral, y en especial, de la proveniente de instituciones como la Cámara de Comercio Internacional y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. Reig 2008: 39-40

<sup>5</sup> Cfr. Rodríguez 2006: 9



La industria de la construcción a nivel internacional ha desarrollado contratos modelos, diferenciándola para cada tipo de obra por ejecutar o alcance del método de entrega del proyecto, siendo esto ya un uso y práctica regular reconocido por el comercio internacional.

La Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) elaboró la llamada “Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales” adoptada en 1988, luego de casi 7 años de trabajo, y que constituye un guía útil en la elaboración de este tipo de contratos<sup>6</sup> lo cual demuestra la importancia de establecer guías estándar para el desarrollo de la industria; estandarización generadora de un nuevo e importante orden regulador para el sector de la construcción<sup>7</sup>.

En el Reino Unido se viene utilizando más de cinco formatos: El modelo ICE7 de la Institution of Civil Engineers Conditions of Contracts 7th Edición 1999; la JCT 98 Joint Contracts Tribunal Standard Form of Building Contract 1998; la IFC 98 Joint Contracts Tribunal Intermediate Form of Building Contract; la MW 98 Joint Contracts Tribunal Minor Works Form of Contract y fundamentalmente los formatos NEC New Engineering Contracts<sup>8</sup>. Este proceso de estandarización se fortaleció gracias a la participación

---

<sup>6</sup> Cfr. Rodríguez 2006: 11

<sup>7</sup> Cfr. The Joints Contracts Tribunal 2014

<sup>8</sup> Estos modelos contractuales son:  
NEC3 Engineering and Construction Contract (ECC)  
NEC3 Engineering and Construction Contract Option A: Priced contract with activity schedule  
NEC3 Engineering and Construction Contract Option B: Priced contract with bill of quantities  
NEC3 Engineering and Construction Contract Option C: Target contract with activity schedule  
NEC3 Engineering and Construction Contract Option D: Target contract with bill of quantities  
NEC3 Engineering and Construction Contract Option E: Cost reimbursable contract  
NEC3 Engineering and Construction Contract Option F: Management contract  
NEC3 Engineering and Construction Subcontract (ECS)  
NEC3 Engineering and Construction Short Contract (ECSC)  
NEC3 Engineering and Construction Short Subcontract (ECSS)

activa del Joint Contracts Tribunal (JCT), entidad creada en 1931 y que por cerca de más de 80 años ha producido formas contractuales estándar, guías y otros documentos de uso general en la industria de la construcción<sup>9</sup>, así como del Technology and Construction Court (TCC).

En el Japón el proceso de estandarización tiene un desarrollo significativo debido a la labor de la Engineering Advancement Association of Japan. Esta institución ha publicado una serie de modelos contractuales que viene teniendo gran influencia a nivel internacional. Entre estos modelos tenemos el ENAA Model Form-International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lump Sum Basis) publicado en 1992 que revisa de manera general la primera edición del ENAA Model Form publicado en 1986<sup>10</sup>.

En determinados países como Arabia Saudita y Nigeria, por ejemplo, el proceso de estandarización actualmente se basa en modelos creados por el Fondo Europeo de Desarrollo, más conocidos por la abreviatura de FED, marco importante de reglas también conocidas internacionalmente, así como en otros modelos de contratos internacionales como los FIDIC, que serán desarrollados más adelante.

---

NEC3 Professional Services Contract (PSC)  
NEC3 Professional Services Short Contract (PSSC)  
NEC3 Term Service Contract (TSC)  
NEC3 Term Service Short Contract (TSSC)  
NEC3 Supply Contract (SC)  
NEC3 Supply Short Contract (SSC)  
NEC3 Framework Contract (FC)  
NEC3 Adjudicator's Contract (AC)

<sup>9</sup> Cfr. Rodríguez 2006: 11-12

<sup>10</sup> Cfr. Rodríguez 2006: 12

En los Estados Unidos de Norteamérica los formatos contractuales más usados son los desarrollados y publicados por la AIA, acrónimo de la American Institute of Architects, modelos muy arraigados y utilizados en la mayoría de los grandes proyectos en ese país. Entre algunos dichos modelos existen el A101-2007 - “Standard Form of Agreement Between Owner and Contractor where the basis of payment is a Stipulated Sum”, el A107-2007 – “Standard Form of Agreement Between Owner and Contractor for a Project of Limited Scope”, el B101-2007 – “Standard Form of Agreement Between Owner and Architect” y el B103<sup>TM</sup>-2007 – “SP Standard Form of Agreement Between Owner and Architect for a Large or Complex Sustainable Project”.

Asimismo, más de cuarenta de las principales asociaciones que están involucradas en el sector de la ingeniería y construcción unieron esfuerzos para desarrollar y promover contratos estándares de construcción que puedan ser ejecutados eficientemente. El resultado de esto es el denominado ConsensusDocs<sup>TM</sup>. Esta unión está destinada a asegurar que los contratos sirvan al mejor interés del proyecto y de la industria.

Entre los modelos más representativos de ConsensusDocs<sup>TM</sup> están el 200 – “Agreement and General Conditions Between Owner and Constructor (Lump Sum)”, el 210 – “Standard Agreement and General Conditions Between Owner and Constructor for a Public Works Project (Optional Unit Price)”, el 410 – “Agreement and General Conditions Between Owner and Design-Builder (Cost of Work Plus Fee with GMP)” y el 500 – “Agreement and General Conditions Between Owner and Construction Manager (Where the CM is At-Risk)”.

Sin embargo, los formatos contractuales más utilizados a nivel internacional son los modelos publicados por la FIDIC, la agremiación profesional de la ingeniería y construcción más prestigiosa del mundo; y, dentro del amplio rango de especialidades - a semejanza de un arco iris- es el Libro Rojo el más conocido y utilizado a nivel internacional. El Libro Rojo es aplicado para la ejecución de obras civiles de construcción con diseño elaborado por el propietario o comitente.

Este proceso de estandarización contractual es una realidad mundial no sólo difícil de evitar sino también poco útil de obviar, pues cada modelo contractual es el resultado de experiencia y conocimientos adquiridos durante años por quienes participan en la actividad de la ingeniería y construcción; y, en ese sentido, nadie mejor que ellos para preparar los contratos que correspondan adecuadamente a una realidad económica y tecnológicamente cambiante.

El problema por superar, para lograr su utilización generalizada, es el recelo o desconfianza muy natural de los agentes del mercado que tales modelos contractuales puedan beneficiar solo a alguna de las partes; sin embargo y en especial la FIDIC se preocupa mucho por integrar comisiones altamente técnicas y multidisciplinarias para su constante evaluación y revisión basada en el mayor equilibrio de los intereses involucrados y centran su análisis en el correcto desarrollo del proyecto. Esto lleva a proponer la utilización de estos formatos contractuales como uno de los más recomendables del mundo.

## 1.2. Relevancia económica de los contratos modelo internacionales para el sector de la ingeniería y construcción

Como se observa, el desarrollo y complejidad de la actividad de la construcción en el comercio mundial ha dado lugar a la generación de innumerables contratos modelos elaborados por entidades a nivel global y asociaciones profesionales; generándose así un proceso de estandarización contractual real, convirtiendo la utilización de los contratos modelo en una práctica internacional y uno de los rasgos relevantes y característicos de la industria de la construcción.

La mayoría de estos contratos modelos han sido desarrollados para ser utilizados o al menos para servir de guía a los usuarios en una adecuada y eficiente asignación de riesgos contractuales del negocio, estableciendo criterios uniformes orientados hacia la consecución de un contrato óptimo y equilibrado para las partes<sup>11</sup> al asignar los riesgos de manera clara y consecuente con el método de entrega del proyecto, reduciendo costos de transacción para las partes tanto durante la etapa pre contractual como en la de ejecución de la obra; sin embargo, aun con este importante aporte, estos contratos modelos no son de aplicación obligatoria sino potestativa y así han sido concebidos y entendidos a nivel internacional.

Pero el aporte más importante de esta estandarización para el comercio internacional de la construcción, es su contribución a la creación un orden especializado de Lex Mercatoria, denominada por REIG FABADO como “Ius Ingeniorum” o “Lex Constructionis”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. Bunni 2005: 3

<sup>12</sup> Cfr. Reig 2003: 214

De esta manera, la utilización habitual de estos formatos contractuales (y el desarrollo de usos contractuales) genera a nivel internacional un nuevo orden regulatorio de prácticas que requieren de una aplicación e interpretación uniforme que dote de seguridad jurídica a este tipo de transacciones, que muchas veces se ve dificultada por el empleo de lenguajes o traducciones diferentes.

Las ventajas de la utilización de los contratos modelos para los sujetos que intervienen en el negocio de la construcción son incuestionables. Para el contratista y el propietario, facilita el trabajo de diseñar la asignación de los riesgos en forma concreta en equilibrio con el precio en la preparación de las ofertas en las licitaciones. Para el ingeniero supervisor, en la medida en que la utilización de estos modelos supone la garantía de fórmulas que resultan beneficiosas para el propietario, para la gestión del proyecto y la cooperación con el contratista. En definitiva, se reconoce de forma general los beneficios de los contratos modelo para reducir los costos de transacción.

### 1.3. Proceso de estandarización internacional de los contratos de construcción

El proceso de estandarización de los formatos contractuales experimentó su propia evolución a nivel mundial<sup>13</sup>. En un primer momento, estos se crearon para niveles nacionales por sus organizaciones profesionales; posteriormente, con el desarrollo de este sector de la economía, la práctica movilizó su aplicación de estos modelos nacionales al ámbito internacional. Sin embargo, los problemas que produjo la utilización de un modelo nacional, propio o interno para operaciones internacionales llevaron a la necesidad de formular, por parte de las asociaciones profesionales

---

<sup>13</sup> Cfr. Reig 2003: 169-170

internacionales, un contrato modelo de proyección transfronteriza, siendo la **FIDIC** la que se erige como la asociación de mayor trascendencia en la elaboración de estos contratos modelo.

En este constante proceso de estandarización internacional, el componente de concertación entre los actores involucrados es fundamental para legitimar su trascendencia; es decir, un nivel superlativo de consenso que cree un lenguaje común, globalizando expresiones, que dote de certeza a estas relaciones jurídicas.

En definitiva, se pretende conciliar toda la experiencia ganada<sup>14</sup> en el sector de la construcción a través de los años, para uniformizar la aplicación e interpretación predecible de reglas que fomenten o favorezcan el desarrollo de la actividad.

En la práctica peruana estos modelos contractuales –en las pocas veces que son utilizados en la contratación pública- quedan afectados, variados o alterados en su texto y peor aún por la aplicación a veces innecesaria de la norma nacional, especialmente de la pública, o en otros casos por la influencia decisiva de normas imperativas de control en la contratación pública, siendo el caso de la desnaturalización de estos modelos contractuales por la incomprensión de sus alcances por los funcionarios públicos. Cuesta aún no sólo reconocer sino también entender esta práctica internacional; pretendiendo crear aquello que ya está creado y que por muchos años viene operando con altos niveles de confianza y predictibilidad por la industria de la construcción. En un contexto económico global se espera encontrar ahora un mejor ambiente receptivo de este proceso de estandarización contractual.

---

<sup>14</sup> Cfr. Bunni 2005: 3

## CAPITULO 2

### UN ACERCAMIENTO A LA FEDERACION INTERNACIONAL DE INGENIEROS CONSULTORES – FIDIC

#### 2.1 Subcapítulo primero: descripción de los contratos modelos FIDIC

##### 2.1.1. La Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC)

La Federación Internacional de Ingenieros Consultores es la asociación profesional internacional más importante<sup>15</sup> en la elaboración de contratos modelos en el sector de la construcción.

La FIDIC fue fundada en Bélgica en 1913, en Lausana, Suiza y está compuesta por sociedades consultoras en ingeniería.

La FIDIC tuvo una historia accidentada que se agravó con las dos guerras mundiales, y hasta el período inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial, permaneció sólo como una organización europea. El Reino Unido se convirtió en miembro en 1949 y le siguió Estados Unidos en 1958. En la década de 1970, se incorporaron un fuerte

---

<sup>15</sup> Cfr. Rodríguez 2006:13



grupo de países industrializados y sólo entonces la FIDIC pudo reclamar ser reconocida ya como organización internacional. Actualmente está constituida por afiliados de más de medio centenar de países y representa algo más de 560,000 profesionales en todo el mundo relacionados con la ingeniería y construcción<sup>16</sup>. Entre sus miembros afiliados, cuenta con otros operadores interesados en el sector, como abogados y aseguradoras<sup>17</sup>.

La FIDIC es dirigida por un comité ejecutivo de nueve miembros elegidos en reuniones de asamblea general. El comité ejecutivo nombra un presidente que se mantiene en el cargo por un plazo de dos años, prestando sus servicios voluntariamente.

Las diversas actividades de la FIDIC son delegadas a comités permanentes y a grupos de tareas ad hoc, cuyos miembros poseen el conocimiento especializado necesario para producir, entre otros, estos modelos contractuales a cargo del comité de contratos<sup>18</sup>.

El objetivo principal de los contratos modelos de la FIDIC es la ejecución exitosa en tiempo, plazo y calidad de los proyectos en los cuales los ingenieros consultores están involucrados. La tarea principal de los comités de contrato es preparar documentos que

---

<sup>16</sup> Pueden ser miembros de la FIDIC: (i) Asociaciones miembros: Asociaciones nacionales que son consideradas de mayor importancia en cada uno de sus países por proveer servicios de consultoría tecnológica e intelectual para la construcción y medio ambiente del país de origen; (ii) Miembros afiliados: Asociaciones u otras organizaciones de ingeniería o de actividades relacionadas que tiene gran interés en la ingeniería; (iii) Miembros propuestos: Cualquier firma o grupo de firmas provenientes de un país que no tiene miembros de la asociación, que cumplen con los criterios de aceptación de la misma y que son propuestos por el comité ejecutivo de FIDIC; (iv) Miembros corresponsales: Personas naturales de un país que carece de miembros y que está dispuesto a invertir tiempo a promover la creación de una asociación a nivel nacional. Página Web de la FIDIC: [www.FIDIC.org](http://www.FIDIC.org).

<sup>17</sup> Cfr. Bowcock 1997

<sup>18</sup> Estos comités incluyen el Panel de Evaluación para Adjudicadores, Comité de Prácticas Negociales, Comité de Contratos, Grupo de Trabajo sobre Capacidad de Edificaciones, Grupo de Trabajo de Integridad de Administración, Grupo de Trabajo de Calidad de la Administración, Grupo de Trabajo de Desarrollo Sostenido y el Foro de Administración de Riesgo. Página Web de la FIDIC: [www.FIDIC.org](http://www.FIDIC.org).

formen una base para la buena administración del proyecto; así como una cuidadosa consideración de cómo deben asignarse los riesgos entre las partes.

En efecto, el principio básico en todos los formatos FIDIC es que los riesgos sean asumidos por aquella parte que se encuentre en la mejor condición para controlar, asumir y/o evitar aquellos riesgos al menor costo. En aquellos casos en que estos riesgos se encuentren fuera del control de las partes, o en situaciones de “Fuerza Mayor”, las consecuencias, incluyendo el incremento de los costos, recaen sobre aquella parte que tiene la posición más eficiente de recuperar tales costos durante la operación del proyecto. Ello ocurre, en principio, en el así denominado Libro Rojo. Se reconoce; sin embargo, que lo anterior va variando de acuerdo al tipo de contrato y a la asignación de riesgos propia del sistema de entrega del proyecto. Aun así, el principio básico señalado es la regla esencial y clave del éxito de estos contratos.

Otros objetivos buscados por la FIDIC son los siguientes:

- Representar a la consultoría alrededor del mundo;
- Prestar asistencia a sus miembros a través de buenas prácticas comerciales;
- Promover la conformidad con el código de ética de la industria;
- Realzar la imagen de los miembros como líderes y creadores de riqueza; y,
- Comprometer a la industria con el desarrollo sostenible de las naciones.

Esta asociación se caracteriza por el alto grado de colaboración entre los participantes de distintos sectores implicados a la ingeniería, tales como empresas especializadas e

ingeniería, contratistas, empresas del sector metalmecánica, instituciones internacionales de financiamiento, etc.

Los modelos contractuales FIDIC recopilan la práctica internacional de la materia<sup>19</sup>, convirtiéndose en expresión de las buenas prácticas en el sector de la ingeniería y construcción o como lo denomina WADE el “*sentido común en la ingeniería*”<sup>20</sup>.

La FIDIC publicó su primer modelo contractual en el año 1957 y, durante los últimos cuarenta años, es la asociación más conocida, prestigiosa y líder en la elaboración de contratos estándar utilizados en el sector de la ingeniería y construcción. Estos contratos estándar son denominados algunas veces como el “arco iris FIDIC”, debido a la identificación por medio de colores: Libros: Blanco, Rojo, Amarillo, Azul, Naranja (hoy integrado al Libro Plata), Plata, Verde, Rosado y el actual Libro Oro.

En la preparación y revisión de sus formatos contractuales, la FIDIC acoge la participación activa de diferentes instituciones internacionales como el Banco Mundial, European International Contractors (EIC), Orgalime -organización internacional que representa a los principales fabricantes mecánicos y eléctricos- entre otros. Esta apertura participativa está orientada a asegurar un adecuado y justo balance en el diseño de la asignación de riesgos contractuales y el precio.

Adicionalmente, ha seguido muy cercanamente las recomendaciones de la International Bar Association (en adelante, IBA) en cuanto a la redacción legal de sus

---

<sup>19</sup> Cfr. Rodríguez 2006: 13

<sup>20</sup> Cfr. Wade 2000: 06

documentos. Recibe la ayuda de sus miembros, así como de muchos expertos en áreas especializadas, tales como en el área de seguros y en financiamiento de proyectos, quienes prestan su tiempo en la preparación de los referidos formatos contractuales. La IBA viene trabajando en un proyecto de creación de un protocolo de asignación de riesgos vinculado al sistema de entrega del proyecto, que seguro contribuirá en mejorar los modelos.

La FIDIC actualiza periódicamente sus modelos estándar, aprendiendo de la experiencia para manejar y reducir la ocurrencia de reclamaciones. En 1999 culminó una revisión importante de los Libros Rojo<sup>21</sup> y Amarillo, así como la introducción de un nuevo formato estándar para los EPC<sup>22</sup> en los contratos de Llave en Mano, el cual es conocido como el Libro Plata.

### 2.1.2. Los contratos modelos clásicos FIDIC

Por más de 40 años, la FIDIC viene elaborando formatos contractuales para el sector de la construcción, pero además promoviendo su uso internacional<sup>23</sup>.

Con más de 100 años de creación, la FIDIC ha publicado un número importante de contratos modelo, basados originalmente en el derecho inglés -en el caso de Libro Rojo (inspirado originalmente en un modelo desarrollado por el Institute of Civil Engineers,

---

<sup>21</sup> Este modelo contractual ha sido reconocido por varias décadas como el formato contractual dominante en el mercado de la construcción. Este estatus fue reconocido también por el Banco Mundial, quien lo incorporó a sus documentos de licitación para ejecución de obras.

<sup>22</sup> Es la abreviatura de: Engineering, Procurement and Construction.

<sup>23</sup> El primer formato estándar de contrato de construcción publicado por la FIDIC fue la primera edición de sus Condiciones de Contrato para las Obras de Construcción de Ingeniería Civil (llamado el "Libro Rojo") que fue publicado en 1957; y está basado en el contrato modelo desarrollado por la Institución Británica de Ingenieros Civiles (ICE Conditions).

ICE)- el cual tiene una tradición jurídica muy importante en este campo, convirtiendo al Reino Unido en el pionero y líder del Construction Law o Derecho de la Construcción en el mundo.

Esto explica la influencia que ejerce el sistema anglosajón del common law en este campo jurídico especializado; y en especial en el campo de la consultoría como por el lado de la construcción misma.

En el campo de la consultoría de ingeniería, la FIDIC publicó modelos contractuales para diferentes servicios como para: Estudios de preinversión, Diseño y Supervisión, así como servicios de Dirección Integrada; sin embargo, a partir de 1990, cambió de norte y unificó estos tres tipos de servicios en un sólo texto<sup>24</sup>. Este contrato modelo único es el actualmente denominado Libro Blanco o White Book: Client & Consulting Model Services Agreement o simplemente White Book. En 1991 publicó su segunda edición y en 1998, su tercera y actual edición.

En el campo de la construcción, la FIDIC publicó en 1957 el modelo contractual conocido como Libro Rojo o Red Book: “Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction” o las “Condiciones de Contrato para Obras de Construcción de Ingeniería Civil” en su traducción al español. En lo que respecta a este modelo contractual fueron publicadas varias ediciones. La cuarta edición de 1987, fue reimpressa en 1988 con varias enmiendas editoriales y nuevamente reimpressa, en 1992

---

<sup>24</sup> Estos documentos son los siguientes contratos modelo: International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Preinvestment Studies (IGRA 1979 PI), International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Design & Supervision (IGRA 1979 DS) e International General Rules Between Client & Consultant Engineering for Project Management (IGRA 1980 PM).

con enmiendas adicionales. En 1996, la FIDIC publicó un suplemento el cual introdujo un segundo grupo de enmiendas<sup>25</sup> al formato original.

Este es el modelo contractual más difundido en la práctica para obras de construcción e ingeniería civil, siendo su última edición la del año 1999, la cual introduce interesantes cambios que serán analizados más adelante.

Este Libro Rojo comprende tres series de documentos: (i) El formato de la Oferta; (ii) El formato del Acuerdo; y (iii) Las condiciones contractuales. Estas últimas están divididas a su vez en dos partes: (iii.1) Las condiciones generales que son cláusulas que son o deben ser aplicables a todos los contratos, independientemente de las condiciones específicas; y (iii.2) Las condiciones particulares que contienen un grupo de cláusulas que pueden o no ser aplicadas dependiendo de las características del proyecto<sup>26</sup>.

La labor de la FIDIC se extendió también hacia actividades de subcontratación, los procedimientos públicos de licitación y la creación de consorcios y joint ventures. En este sentido, para la subcontratación se cuenta actualmente con las “Conditions of Subcontract for Works of Civil Engineering” o “Las Condiciones de Subcontrato para Obras de Construcción de Ingeniería Civil”, publicado en 1994 y su formato nuevo del 2012, cuyo uso se recomienda de forma conjunta con el Libro Rojo; el Libro Azul o Blue Book para lo referente al tendering procedure<sup>27</sup>; y finalmente el “Joint-Venture

---

<sup>25</sup> Estas enmiendas involucraron la recomendación de una junta de adjudicación de conflicto como una alternativa frente al anterior papel del Ingeniero en la resolución del conflicto (esta recomendación fue luego introducida como un cambio vital en la nueva edición de 1999). El DAB (Dispute Adjudication Board) se incluyó en las condiciones generales del Libro Naranja publicado en 1995. Adicionalmente, se introdujeron enmiendas opcionales relacionadas con la modalidad de pagos (suma alzada) y mejores garantías al contratista en caso de que el Ingeniero tardase en certificar el pago.

<sup>26</sup> Cfr. Rodríguez 2006: 15

(Consortium) Agreement” y el “Sub-Consultancy Agreement”. Modelos que suelen utilizarse igualmente de forma complementaria al Libro Rojo, para los consorcios y joint venture.

La FIDIC también elaboró el Libro Amarillo o Yellow Book: “Conditions of Contracts for Electrical and Mechanical Works”<sup>28</sup> o las “Condiciones de Contrato para Obras Eléctricas y Mecánicas”. Este Libro es apropiado para todos los tipos de proyectos referidos al abastecimiento de plantas eléctricas en los que la responsabilidad principal del diseño es del contratista.

A inicios de la década de 1990, la FIDIC publicó un nuevo Libro para adecuar la tendencia creciente del mercado hacia los proyectos que se estaban adquiriendo con una base design build (diseño-edificación) o con una base de llave en mano. Así, conformó un grupo de trabajo con este propósito, lo que resultó en el Orange Book o Libro Naranja; esto es las “Condiciones del Contrato para el Diseño-Edificación” y del Contrato Llave en Mano o “Conditions of Contract For Design-Build Turnkey”, es decir para condiciones previstas a ser utilizadas en el diseño y la construcción de obras diseñadas por el contratista. La tercera edición de este libro fue editada en 1995.

En 1997, la FIDIC publicó un suplemento a dicho Libro, recomendando la conformación de un DAB como una alternativa de sustitución de la función del ingeniero en la resolución de conflictos.

---

<sup>27</sup> Primera edición de 1982 y segunda de 1994.

<sup>28</sup> Su tercera edición fue publicada en 1987 -reeditada en 1988 con modificaciones- y su última edición es de 1997.

Finalmente, de todos estos modelos contractuales antes mencionados, para el campo de la construcción, el Libro Rojo es el que goza de mayor difusión a nivel internacional y, que a su vez, es adoptado por instituciones financieras importantes y es el que sirve de base de esta tesis.

### 2.1.3. Nuevos Formatos Estandar de la FIDIC

La influencia de la práctica de los formatos FIDIC ha sido y seguirá siendo de gran importancia a nivel internacional en el mundo de la construcción. En 1999 se publicaron un nuevo conjunto de formatos estándar tomando en cuenta la crítica del sector para el perfeccionamiento de los modelos hasta ese momento existentes, siendo esto un suceso relevante en la industria de la construcción internacional.

En 1999, la FIDIC publicó cuatro nuevos formatos estándar que son los siguientes:

- Las condiciones de contrato para la construcción de obras de edificación e ingeniería diseñadas por el empleador, proyecto y obra el nuevo “Libro Rojo”.
- Las condiciones de contrato para la edificación e ingeniería de plantas (eléctricas y mecánicas), diseñadas por el contratista; el nuevo “Libro Amarillo”.
- Las condiciones de contrato para los proyectos de llave en mano (Contratos EPC), conocido como el “Libro Plata”.
- Los formatos de contratos cortos, para proyectos de un valor relativamente menor, denominado el “Libro Verde”.

Estos nuevos modelos contractuales fueron diseñados y publicados no sólo para mejorar la actual práctica comercial acorde al desarrollo de la tecnología en proyectos



de construcción, sino también para armonizar y perfeccionar las cláusulas, definiciones y redacciones.

En particular, los nuevos Libros Rojo y Amarillo fueron reestructurados. Un cambio sustancial, es que los nuevos Libros Rojo y Amarillo no están separados estrictamente en formatos “civiles” y “eléctricos y mecánicos” como antes, sino en “obras de edificación e ingeniería diseñadas por el empleador” (el nuevo Libro Rojo), y “plantas eléctricas y mecánicas, y obras de edificación e ingeniería diseñadas por el contratista (el nuevo Libro Amarillo).

En el caso del nuevo Libro Rojo y el nuevo Libro Amarillo, la administración del contrato y la supervisión de la ejecución de las obras siguen siendo función del Ingeniero<sup>29</sup> quien dejó de resolver disputas en el nuevo esquema del sistema de gestión conflictual convencional.

Si bien los nuevos Libros Rojo y Amarillo mantienen los mismos principios de los formatos predecesores<sup>30</sup>, son considerablemente diferentes en su estructura real, en su composición y redacción.

---

<sup>29</sup> La función del “Ingeniero” es el de supervisar y monitorear el trabajo que está llevando a cabo el Contratista. Éste tiene muchas obligaciones específicas, las cuales están indicadas en varias cláusulas. El Ingeniero debe “mantener el equilibrio entre las partes”, por lo que para ejercer esta función debe ser alguien con adecuada experiencia para la obra en cuestión y alguien en quien puedan confiar ambas partes en cuanto a que va a actuar profesional e imparcialmente.

<sup>30</sup> El principio básico en ambos libros es que el riesgo es asignado a la parte que tiene mayor capacidad de asumir y controlar aquel riesgo y que únicamente se puede esperar del contratista que se enrumbe hacia el cumplimiento de una serie de condiciones que determinan la fijación del precio, o hacia condiciones que son conocidas por él, o que él es capaz de preverlas y por consiguiente ofertar un precio por éstas. Por lo tanto, ambos libros tienen cláusulas que estipulan la compensación y la extensión del tiempo cuando se presentan obstáculos, como, por ejemplo, la recepción tardía de planos, o en el caso de obstrucciones o condiciones físicas impredecibles que se encuentran durante la ejecución de las obras, etc.

El Libro Plata cubre ciertos requerimientos internacionales que los Libros Rojo y Amarillo no cubrían; y que permitieron reestructurar y reemplazar el antiguo Libro Naranja. La FIDIC verificó que había una demanda de mercado para un nuevo formato de contrato para los proyectos de llave en mano que permitieran al contratista fijar un precio correspondiente a un riesgo más alto, y proporcionaran al empleador una mayor certidumbre en cuanto al precio final, alcance y una mayor seguridad de que sería respetada la fecha de terminación final<sup>31</sup>. Aunque los modelos contractuales estándar de la FIDIC han respetado tradicionalmente el principio del riesgo equilibrado que se comparte entre el propietario y el contratista, este nuevo Libro coloca mayor riesgo sobre el contratista que los modelos estándares tradicionales<sup>32</sup>.

Este nuevo Libro Plata de la FIDIC se redactó para ser usado como un contrato EPC, en tanto los propietarios (incluyendo entidades estatales), los proyectistas y constructores deseen ejecutar un proyecto del tipo llave en mano.

El cuarto nuevo libro, es el modelo de Contrato Corto o Libro Verde. Este se elaboró y publicó con la intención de ser usado en obras de edificación que cuyo monto esté por

---

<sup>31</sup> Así se aprecia en la nota introductoria de la primera edición del Libro Plata:

“Durante los años recientes, se ha notado que una gran parte del mercado de la construcción requiere un formato de contrato en el cual sean de extrema importancia la existencia de la certeza en cuanto al precio final y a la fecha de terminación. Los empleadores en tales proyectos de llave en mano están deseosos de pagar más –algunas veces, considerablemente más– por sus proyectos, si es que pueden tener una mayor certeza de que no se va a exceder el precio final acordado. Entre tales proyectos, se pueden encontrar muchos proyectos financiados por fondos privados, en los cuales los prestamistas requieren de una mayor certeza acerca de los costos del proyecto para el Empleador que el proporcionado por la asignación de riesgos suministrada por los formatos de contrato tradicionales de la FIDIC. A menudo, el proyecto de construcción (el contrato EPC – engineering, procurement and construction) es sólo una parte de un complicado negocio comercial, y el incumplimiento financiero u otro en este tipo de proyecto de construcción, va a arriesgar todo el negocio.

*Para tales proyectos, es necesario que el Contratista asuma la responsabilidad de un mayor rango de riesgos que bajo los tradicionales Libros Rojo y Amarillo. Para obtener una mayor certeza acerca del precio final, a menudo se le pide al Contratista que cubra tales riesgos en caso de la ocurrencia de condiciones del hallazgo de condiciones del terreno pobres o inesperadas, y aquello que está establecido en los requerimientos preparados por el Empleador va a resultar en el objetivo deseado.”* (Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 03)

<sup>32</sup> Se aprecia, por ejemplo, que el Contratista es responsable por la precisión del diseño dado por el Comitente, así como por ciertas condiciones imprevisibles, por lo que tiene que revisarlo y de ser el caso modificarlo.

debajo de los US\$ 500,000; en obras simples o repetitivas, o en obras de corta duración (generalmente de seis meses o menos). Efectivamente, para manejar proyectos relativamente pequeños, la FIDIC preparó un formato mucho más simple, sea para la colocación de tuberías de desagüe, de líneas de transmisión u obras de carreteras rurales que a menudo no necesitan de un formato complicado de contrato. Este Libro ha simplificado la provisión de todas las disposiciones necesarias para tales obras en un total de quince cláusulas, con una extensión total de diez páginas y con frases cortas y simples de entender.

Tiene básicamente el mismo principio de distribución equitativa del riesgo; sin embargo no hay un "Ingeniero", por lo que se trata de un contrato "directo" entre el comitente y el contratista, aun cuando el comitente pueda contratar un "representante" en obra. El diseño puede ser realizado por cada una de las partes, y se pueden cubrir todos los tipos de obras de construcción. El pago se puede realizar con una base de suma alzada o con cualquier otra base acordada.

Una de las innovaciones más importantes y que tiene relevancia para esta investigación es que bajo las condiciones generales de los nuevos Libros Rojo, Amarillo y Plata (para obras mayores), se exige ahora que los conflictos sean sometidos a un DAB para su decisión. En el caso del nuevo Libro Rojo, el DAB debe ser nombrado en el momento en que se firma el contrato, y permanece en funciones hasta que éste concluya, pero en el caso de los Libros Amarillo y Plata, se propone un DAB para cada conflicto, y generalmente permanece en funciones hasta que el conflicto haya sido resuelto (Cláusula 20)<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Bajo los antiguos Libros Rojo y Amarillo los conflictos tenían que ser sometidos primero al Ingeniero para una decisión y como una condición para que hubiera arbitraje.

Los nuevos Libros Rojo, Amarillo y Plata no sólo son diferentes en estructura, en su composición, léxico y redacción, sino que también son más detallados, lo que refleja la creciente complejidad y el creciente tamaño de los proyectos de construcción.

En el año 2006, la FIDIC publicó su modelo de contrato form of contract for dredging and reclamations work “Dredgers Contract”, y en el 2008, publicó su versión del Libro Oro (Golden Book) dedicado al desarrollo del proyecto encargando al contratista el diseño, construcción y operación, desarrollado sobre la base del Libro Plata pero agregándole la responsabilidad de la operación por un tiempo determinado<sup>34</sup>.

#### 2.1.4. El Libro Rojo FIDIC (Edición 1999)

Como se describió, en el ámbito mundial, el Libro Rojo es el modelo contractual más reconocido y utilizado. El objeto de este modelo contractual no sólo es servir de formato estándar aplicable en la mayor parte de los sistemas legales del mundo, sino –como afirma TIEDER- *“(...) llegar a convertirse en derecho internacional de la contratación en el sector de la construcción.”* (Tieder 1998: 575)

La primera edición del Libro Rojo data de 1957; la segunda, tercera y cuarta fueron en 1969, 1977 y 1987 (reeditada en 1988), con un suplemento publicado en 1992 y otro en 1996. En 1999, la FIDIC publicó el Nuevo Libro Rojo, como se comentará como mayor detalle en este apartado.

---

<sup>34</sup> La publicación del libro “The Design, Build and Operate Contract – The Gold Book” se realizó durante la conferencia “FIDIC Americas Contract User’s Conference” en New York el año 2012.

El Libro Rojo está concebido para los trabajos de construcción de ingeniería civil diseñados por el propietario, se trata de contratos en los que el cliente espera que el contratista realice una obra concreta. Su referencia a las obras de construcción de ingeniería civil lleva a deducir la exclusión de su utilización para la construcción de obras de edificación y viviendas.

Desde la perspectiva de este modelo contractual, se prevé que se adjunte al contrato toda la documentación relativa al diseño y las especificaciones técnicas de la obra, así también se preestablece la forma de determinación del precio.

Además, se prevé que el comitente cuente con el asesoramiento de un experto técnico que supervise los trabajos de ejecución del contratista y que autorice a éste último los pagos sucesivos pactados, de acuerdo con el trabajo efectivamente realizado y su presupuesto de obra. La función de experto técnico está encomendada al Ingeniero que se vincula al comitente a través de una relación de agencia (contrato de supervisión).

En la cuarta edición del Libro Rojo destaca el procedimiento de solución de controversia regulada por la cláusula 67. En este artículo se prevé un procedimiento que exige la participación en primer lugar del experto (Ingeniero) en un plazo de 84 días y en caso de desacuerdo la parte que se oponga a esta decisión puede optar por el arbitraje de la International Chamber of Commerce (en adelante, ICC) en un plazo de 70 días.

En la fase pre arbitral, el Ingeniero cumplía una función adjudicativa exigiéndole neutralidad, condición sometida a duras críticas debido a su relación de agencia con el comitente; por esta razón en la última edición de 1999, fue eliminada esta función, introduciendo la figura del DAB como parte del sistema de gestión del conflicto.

Efectivamente, a raíz de la publicación del Libro Naranja en 1995 se abandona la figura del Ingeniero para referírsele únicamente como la del “representante del comitente”. A partir de este momento, los reclamos entre las partes se dirimen a través de un DAB. Se suprime el recurso previo de la decisión del Ingeniero y se sustituye por el DAB, como condición previa para el arbitraje. La inclusión de este nuevo sistema generó un cambio en la política de la FIDIC que inspiró sus posteriores reformas<sup>35</sup>.

## 2.2. Subcapítulo segundo: ventaja comparativa del sistema de gestión conflictual convencional del Libro Rojo FIDIC (Edición 1999)

En los contratos de construcción, los reclamos y disputas pueden surgir, no sólo entre los distintos sujetos que intervienen directa o indirectamente en el contrato, sino también, con relación a diferentes materias<sup>36</sup> y a lo largo de las distintas fases del proyecto, sea tanto en la fase inicial, en la fase de ejecución de las obras y conclusión o incluso en la fase de concesión<sup>37</sup> para el caso de los contratos en la modalidad de Build, Operate & Transfer (BOT). En este subcapítulo se abordará la esencia

---

<sup>35</sup> En los Suplementos de los Libros Rojo y Amarillo publicados en 1996 y 1997 se permitió la posibilidad de sustituir la figura del Ingeniero por el DAB.

<sup>36</sup> Las disputas más frecuentes en este tipo de contratos son aquellas relativas al pago de valorizaciones, ampliaciones de plazo y pago de mayores gastos generales, adicionales de obra, penalidades, mayores costos por variación o cambio de circunstancias, derivados del acto de recepción de obra, liquidación y resolución del contrato.

<sup>37</sup> En determinados contratos internacionales de ingeniería, como ocurre con la modalidad BOT, el contrato no concluye con la entrega de la obra. La realización de la obra sucede a un periodo de concesión largo, en el que la parte que la ha ejecutado compensa sus gastos y obtiene beneficios. En este periodo es perfectamente posible que puedan surgir disputas en relación con circunstancias que no existían en el momento de celebración del contrato.

fundamental que soporta la ventaja comparativa de este sistema de gestión conflictual convencional del Libro Rojo FIDIC.

### 2.2.1. Regla de eficiencia: curva de influencia del costo

La actividad de la construcción por su naturaleza es temporal, las obras se inician y terminan dentro de un cronograma de tiempo que programan actividades que el contratista debe seguir rigurosamente. Este cronograma original puede modificarse en atención a los eventos que la impactan; sin embargo ello, no debe perder de vista el interés original de las partes que motivó su contratación: El interés del propietario, de tener su obra en un plazo, presupuesto y calidad determinada; y, el interés del constructor, de obtener su utilidad.

Aunque muy pocas veces las partes alinean este interés originario que motivó su decisión de contratar, ello es fundamental para administrar con eficiencia la obra. Cuando las partes, no comparten este interés originario que motiva el contrato, la reclamación o disputa aparece casi de manera inevitable.

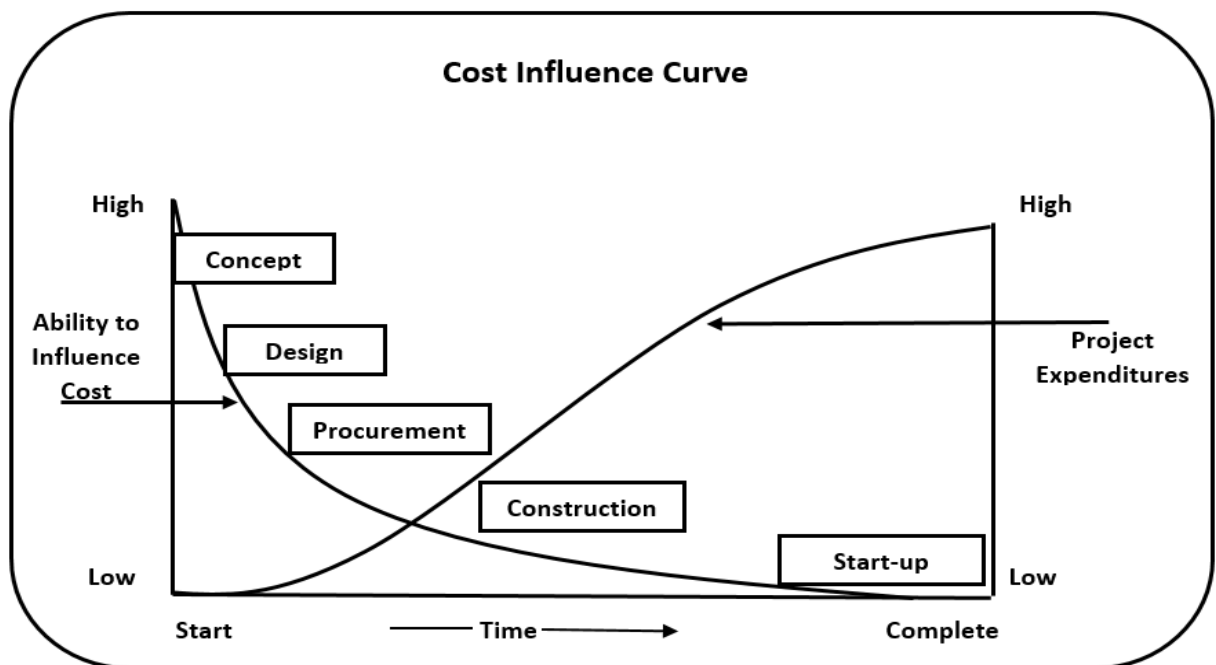
Es así que en el contexto de una actividad altamente conflictiva, la preocupación y nerviosismo de las partes por hacer su negocio eficiente emerge notoriamente.

Para el análisis de eficiencia de la solución de conflictos dentro de la ejecución de un proyecto de construcción, la curva de influencia de costo es una herramienta interesante para explicar la relación directa entre el tiempo y costo en la administración

de la disputa, y de cuyo análisis permitirá llegar a la siguiente conclusión: A mayor tiempo en la gestión o solución de la disputa, mayor costo.

Ello puede entenderse mejor si observamos la curva de influencia del costo a la que hacíamos referencia y que es utilizada por James P. Groton para explicar por qué siempre será mejor resolver las disputas mediante un sistema planificado de prevención, control y resolución temprana<sup>38</sup>:

Gráfico 1



Este gráfico se explica de la siguiente manera:

La curva izquierda representa las etapas propias en el desarrollo de los proyectos de construcción que tienen una influencia en el costo de la obra en el tiempo: La etapa de concepción de la obra, el diseño técnico, la gestión de contratación y administración del proyecto, la construcción y su puesta en marcha o start-up.

<sup>38</sup> Cfr. Groton 1997: 5



La curva derecha, que se incrementa progresiva y exponencialmente a partir de la intersección; es decir, del inicio de la construcción, representa la curva de influencia en el costo.

De esta manera el análisis se enfoca así:

- Resolver un conflicto derivado de la concepción del proyecto de construcción en la misma etapa de concepción, será siempre menos costoso que hacerlo en la etapa del diseño del proyecto;
- Resolver un conflicto derivado del diseño del proyecto de construcción en la misma etapa del diseño, será siempre menos costoso que hacerlo en la etapa del procurement.
- Resolver un conflicto derivado del procurement del proyecto de construcción en la misma etapa del procurement, será siempre menos costoso que hacerlo en la etapa de construcción;
- Finalmente, resolver un conflicto vinculado con la concepción del proyecto, el diseño o sobre su administración o procura en la etapa de la construcción de la obra, se convierte en una aventura muy costosa, pudiendo llegar incluso a su nivel más alto al momento de la conclusión y entrega de la obra. Esto lleva a pensar lo prohibitivamente costoso que significaría resolver una disputa relacionada con el diseño de un proyecto de construcción por ejemplo, en la etapa de su conclusión y

entrega; ello sin duda se convierte en un situación descomunalmente costosa que muy pocos constructores y propietarios pueden soportar.

Esta es la esencia, en opinión de esta tesis, seguida por FIDIC para diseñar su sistema de gestión de conflictos que permita una administración o gestión eficiente de las disputas en tiempo real, es decir durante la ejecución de la obra, ya que la experiencia muestra, que el incremento innecesario de costos de transacción, desincentivan la contratación, haciéndola prohibitiva; o en otros, haciéndola ineficiente.

### 2.2.2. Resolución de disputas On Time y On Site

Bajo una perspectiva de eficiencia en la administración o gestión de costos de las disputas en los contratos de construcción, resulta siempre más eficiente evitar el conflicto o por lo menos, resolverlo en tiempo real o cuando éste aparezca (ON TIME).

Si esto se presenta así, no es eficiente para ninguna de las partes que un arbitraje, como mecanismo decisorio, dure más allá del plazo mismo de la obra<sup>39</sup>; el asunto se complica aún más en el ámbito de la contratación pública en el Perú al no poder concluir con la liquidación de la obra sino hasta que todas las controversias concluyan<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> HUMBERTO PODETTI refleja claramente esta preocupación señalando que *“las divergencias nacidas durante la ejecución de un contrato tienen su mejor entorno para ser resueltas durante la vida misma del contrato que los originó. No hay razón alguna para que ello no sea posible, como sea la voluntad de una de las partes de no resolverla o la lentitud del árbitro o juez designados por las partes y ambos son elementos que las partes pueden evitar si programan cuidadosamente durante el período de gestión del contrato, el procedimiento adecuado no sólo en cuanto a privilegiar el acuerdo recíproco y cuando él no puede alcanzarse, la ecuanimidad de un tercero, sino también en colocar como condición ineludible, el tiempo de resolución congruente con los plazos de vida del contrato.”* (Podetti 2004: 425)

<sup>40</sup> Así lo dispone el artículo 211 de la aún vigente Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017) cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

(...) No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.”

Se debe tener en cuenta que el contrato de obra no concluye sino hasta que se realice la liquidación y se pague lo que corresponda, por lo que el problema se agrava más pues ambas partes estarán atadas a una relación

(aunque ciertamente existen determinadas conductas eficientes que son consideradas por las normas de contrataciones del Estado<sup>41</sup>).

De esta manera, las exigencias de tiempo y costo en la gestión del conflicto en la actividad de la construcción genera la necesidad constante de crear métodos que permitan a las partes resolver sus reclamos en forma interina y rápida durante la ejecución del proyecto y mejor aún en el sitio de la obra (ON SITE).

A nivel internacional, esta preocupación tuvo una respuesta inmediata de la FIDIC, proponiendo un sistema gestión de conflictos que hoy forman parte de sus modelos contractuales, muy utilizados en la industria; dándole cabida al DAB no como un método en reemplazo del arbitraje, sino como un elemento adjudicativo integrado a este sistema que contribuye a dotar de eficiencia a la gestión contractual.

Nadie duda que el arbitraje en el país ha ganado el justo reconocimiento de un método alternativo eficiente en la solución de conflictos empresariales en comparación con el

---

contractual que mientras siga viva – aunque sea en menor escala – seguirá generando costos innecesarios. Véase el artículo siguiente de la misma norma:

“Artículo 212.- Efectos de la liquidación

Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo. (...)” (Peru 2008: 184)

<sup>41</sup> Obsérvese; por ejemplo, lo señalado en el artículo 199° respecto a las valorizaciones:

“Artículo 199.- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados

Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. Si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado, la parte interesada podrá someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de presentada. La iniciación de este procedimiento no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes.”

Ello implica que ninguna de las partes podrá iniciar el arbitraje respecto al monto en discusión de determinada valorización si aquél no es igual o supera el porcentaje que se señala. El contrato seguirá ejecutándose, se pagarán los montos no discutidos, y solo en la liquidación (última etapa para dar por concluido el contrato) se verá si corresponde o no pagar dichos montos y; en todo caso, ambas podrán ir a arbitraje. En otras palabras, la continuidad del contrato y de la ejecución de la obra no se afectará por montos de valorizaciones no pagadas (teniendo en cuenta el porcentaje, por supuesto). (Peru 2008: 175)

sistema judicial peruano, aportando neutralidad y generando un gran impulso en la promoción de inversión y negocios; sin embargo, no obstante lograr un gran arraigo en el sector, pareciera no superar plenamente aquellas exigencias que emerge de la propia industria de la construcción<sup>42</sup>, en el sentido que sus disputas sean finalmente resueltas ON TIME y ON SITE; y que el DAB sí logra.

No es posible analizar el método DAB FIDIC de manera aislada, hacerlo sería un error, lo propio es hacerlo como parte de un sistema integrado y escalonado de gestión del conflicto donde el arbitraje reserva siempre su posición dominante para solucionar las controversias de manera definitiva, y sólo así entenderemos que el DAB ayuda a reducir costos y tiempos en la administración de los reclamos que surjan durante la ejecución de los proyectos de construcción.

La ventaja comparativa que tiene el sistema de gestión conflictual convencional FIDIC respecto de las demás modelos utilizado en el sector, lo potencia fundamentalmente la presencia del DAB en el sistema.

Como ejemplo emblemático, se refiere la experiencia Honduras en la construcción de una de las carreteras más importantes de ese país, la Carretera CA5, financiada por la agencia americana de la Cuenta del Milenio utilizando el modelo FIDIC.

Para esta investigación se entrevistó a la Licenciada Esther Aleman, funcionaria del gobierno hondureño, informando:

---

<sup>42</sup> Según el Informe Final sobre Arbitraje en la Industria de la Construcción publicado por la ICC en el 2001, realizado sobre la base de sus investigación y encuestas a principales actores de la construcción a nivel mundial, mostraron que si bien las reglas del arbitraje ICC proporcionan un buen marco para los arbitrajes en construcción, todavía hay una necesidad de comprender que es lo requerido para la gestión eficiente de los grandes y complejos arbitrajes comerciales.

- De los 9 contratos suscritos, han existido 10 reclamaciones sometidas a la decisión de los DAB.
- Las 10 reclamaciones decididas por los DAB fueron aceptadas por las partes y no fueron sometidas a arbitraje.

Este comportamiento de las partes es frecuente en la experiencia internacional. En efecto, la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) reporta que más del 98% de las decisiones emitidas por un DB son cumplidas por las partes y sólo un 2% son referidas a un arbitraje. De este porcentaje, el 1% ha logrado un laudo en sentido diferente de la decisión del DAB<sup>43</sup>.

Como se aprecia, es frecuente que las partes decidan no continuar con la siguiente etapa del arbitraje, por las altas probabilidades que el laudo replique el sentido de una decisión emitida por un DAB que conoce la obra con un alto nivel de certeza y exactitud de la información en el momento en que ocurren los hechos.

Adicionalmente, refiere de la entrevista que una de las ventajas del DAB permanente en obra es la posibilidad de evitar la aparición de conflictos, ya que al participar periódicamente haciendo visitas a campo y verificando cumplimiento de las partes, programando fechas de cumplimiento de hitos para acuerdos, vinculadas en la administración del Contrato, disuade la aparición de conflictos<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. Guzman- Barrón 2013: 11

<sup>44</sup> Cfr. Esther Aleman 2015 - Entrevista por correo electrónico del 29 de abril de 2015.

Finalmente, un punto igualmente relevante para los agentes del mercado son los costos que este método implica en la gestión de los conflictos.

En la Conferencia sobre Dispute Boards en el año 2013 en Lima, organizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Honduras presentó los siguientes resultados relacionados con la construcción del Carretera CA5:

Gráfico 2

| RESUMEN - RECLAMOS CA-5 NORTE |   |                                  |                      |  |   |  |
|-------------------------------|---|----------------------------------|----------------------|--|---|--|
| Tramo CA-5                    | Monto Total Reclamado en diferentes Reclamos en USD | Monto Aprobado por el DAB en USD | % Reconocido por DAB | Monto Total Pagado al DAB a lo largo de la vida del Contrato | Pagado al DAB por MCAH (50%) <sup>(a)</sup> | % Costo DAB Pagado por MCA-H del monto reclamado |
| Sección 1 <sup>(a)</sup>      | 10,917,409.56                                       | 5,074,188.41                     | 46.5%                | 95,784.03  | 47,892.02                                   | 0.4%   |
| Sección 2                     | 6,790,505.05  | 2,916,248.64                     | 42.9%                | 74,189.85  | 37,094.93                                   | 0.5%   |
| Sección 3 <sup>(b)</sup>      | 216,388.48  | -                                | 0.0%                 | 9,000.00   | 4,500.00                                    | 2.1%   |
| Sección 4 <sup>(c)</sup>      | 2,105,608.32  | 1,183,044.03                     | 56.2%                | 27,000.00  | 13,500.00                                   | 0.6%   |
| <b>Totales</b>                | <b>20029911.41</b>                                  | <b>9173481.08</b>                | <b>45.8%</b>         | <b>205,973.88</b>  | <b>102,986.95</b>                           | <b>0.5%</b>                                      |

NOTAS:

(a) El Monto total de honorarios del DAB, el Contratante paga el 50% y el Contratista el restante 50%.

(b) En la presentación al DAB del Reclamo No. 2, el Contratista no presentó un valor ya que el reclamo consistía en la modificación de los índices de la fórmula polinómica. El valor que se estimaba era de USD 6 millones.

(c) En las Secciones 3 y 4 se contrató el DAB específicamente para la resolución de los reclamos, en la Secciones 1 y 2 el DAB acompañó la ejecución lo largo de la vida del Contrato de obras.

Este cuadro muestra el costo real de la utilización del DAB respecto del monto reclamado, variando entre un 0.4% y 2.1% del monto en reclamo, que finalmente fueron decididos por el DAB, durante la ejecución del proyecto y sin recurrir al arbitraje. Esta experiencia real muestra la ventaja comparativa que tiene este sistema de gestión de conflictos respecto de cualquier otro modelo adjudicativo.

## CAPITULO 3

### EL SISTEMA DE GESTION CONFLICTUAL CONVENCIONAL FIDIC - LIBRO

#### ROJO (Edición 1999)

#### 3.1 Subcapítulo primero: el sistema de gestión conflictual convencional del Libro Rojo

El Libro Rojo FIDIC diseñó estaciones o etapas que, adecuadamente ensambladas, conforman un sistema dirigido a gestionar los conflictos contractuales. En este subcapítulo se describe como:

##### 3.1.1. Modificaciones introducidas en la edición 1999

Una práctica histórica en los países del common law que vieron nacer el derecho de la construcción, incluida en la práctica de los modelos contractuales FIDIC anteriores a la ediciones de 1999, fue la participación del Ingeniero en la solución de los reclamos contractuales.

La participación de este ingeniero en la solución de conflictos era vinculante solo si su decisión era aceptada por las partes del contrato; razón por la que, para la industria fue

necesario diseñar la inclusión de métodos subsiguientes y alternativos a los poderes estatales que garanticen una solución definitiva y eficiente del conflicto, y este fue el arbitraje.

Sin embargo, con el desarrollo de la tecnología aplicada a la construcción, pronto el arbitraje comenzó a dar signos de mayor complejidad y demora, que en costo y en tiempo significó un decaimiento de su ventaja comparativa con el sistema estatal en la gestión contractual del conflicto<sup>45</sup>, siendo este el origen del cambio de perspectiva en la búsqueda y/o mejoramiento de nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos que deberían ser introducidos, una vez más con la intención de reducir los costos y el tiempo en la administración de las disputas. Entre todos los métodos internacionales más conocidos (conciliación, mediación, mini trials, etc) se optó por dar mayor relevancia a la adjudicación<sup>46</sup> y las juntas de conflictos.

Por estas razones, a partir de la década de 1990<sup>47</sup>, la FIDIC decidió introducir un innovador método de adjudicación dentro de sus modelos contractuales. Este implicó un cambio sustancial en el papel histórico del Ingeniero en la resolución de conflictos en la construcción, superando las críticas que sobre una de sus funciones se agudizaban.

---

<sup>45</sup> Cfr. Bowcock 2004: 02

<sup>46</sup> En 1996 entró en vigencia en el Reino Unido la Ley de Adjudicación, denominado Adjudication Act, disposición que introdujo legalmente la adjudicación obligatoria para las controversias en construcción, siguiendo los resultados de una encuesta realizada para la industria de la construcción llevada a cabo por Sir Michael Latham de la Reading University, contenido en el denominado Latham Report. Cfr. Coulson 2007: 07

<sup>47</sup> Con la publicación de las Condiciones Generales de los Contratos para los proyectos de diseño-edificación y llave en mano en 1995 (Libro Naranja), se dio inicio a la incorporación progresiva del DAB en los demás modelos contractuales FIDIC publicados en 1999, tales como los Libros Rojo, Amarillo y Plata.



El Ingeniero en los tradicionales modelos contractuales FIDIC<sup>48</sup>, actuaba originalmente como:

- Agente del comitente para la supervisión de la obra.
- Entidad independiente e imparcial en la toma de decisiones pre-arbitrales en la solución de reclamos.
- Consultor entre el comitente y el contratista.

De estos tres roles o funciones del Ingeniero, su actuación como entidad decisoria de reclamos concentró la mayor cantidad de críticas por parte de los contratistas, en dos puntos centrales:

- Cuestionando su condición de entidad independiente e imparcial dada su relación de agencia con el comitente, de tal manera que en la realidad era juez y parte en la solución de los reclamos.
- La inobservancia o desatención al principio de contradicción al momento de decidir sobre el reclamo.

Por estas razones, la FIDIC tomó la decisión de eliminar esta función decisoria del Ingeniero, y lo hizo inicialmente con el Libro Naranja de 1995 y posteriormente en los modelos editados de 1999, entre los que se encuentra el actual Libro Rojo.

---

<sup>48</sup> Es importante añadir que, aunque el Ingeniero tenía un papel clave en la operación de un contrato, no era parte de él. Si bien el Ingeniero tenía el poder para supervisar la ejecución de las obras de acuerdo con el contrato, carecía de poder para modificar el contrato.

En este contexto, la FIDIC creó e introdujo una nueva entidad experta denominada Dispute Board (en adelante, DB), específicamente en la modalidad de un DAB, para la toma de decisiones pre-arbitrales de solución de los reclamos en obra. Esta decisión es de obligatorio e inmediato cumplimiento, sin perjuicio que alguna de las partes notifique su disconformidad y deseo de recurrir al arbitraje en la búsqueda de una solución definitiva, previo agotamiento de la etapa de acuerdo amistoso regulado, en la subcláusula numeral 20.5<sup>49</sup> de la cláusula 20 de la actual edición del Libro Rojo.

Siguiendo a BOWCOCK<sup>50</sup> las razones que justifican esta innovadora inclusión fueron las siguientes:

- Durante la ejecución de la obra surgen eventos imprevisibles, particularmente cuando se trata con factores físicos tales como las condiciones geológicas del suelo o el clima; y ello requiere de una evaluación y decisión técnica oportuna.
- De igual manera, durante la ejecución de la obra suele confrontarse técnicamente in situ las especificaciones del diseño, y, en muchos casos existen incompatibilidades o insuficiencias que requieren nuevos diseños y nuevos procedimientos de construcción, y cuyas discrepancias deben ser resueltas oportunamente.

---

<sup>49</sup> Cláusula 20. Reclamaciones, Discrepancias y Arbitraje

“(…)

20.5 Acuerdo Amistoso

En el caso de que se remita una notificación de disconformidad en virtud de lo dispuesto en la Subcláusula 20.4, ambas Partes deberán intentar solucionar el conflicto amistosamente antes de comenzar el procedimiento de arbitraje. Sin embargo, salvo pacto en contrario, el procedimiento de arbitraje puede iniciarse a partir del día 56, contado desde la fecha en la que una de las partes remitió la notificación de disconformidad, incluso aún no se hubiera intentado alcanzar un acuerdo amistoso. (…)” (Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 80)

<sup>50</sup> Cfr. Bowcock 2004

- Los contratos de construcción son complejos y a menudo involucran interrelaciones cercanas con otras partes sobre las cuales no puede ser posible el control directo y los DB ofrecen una mejora sustancial en el manejo de tales relaciones.
- La participación de contratistas con márgenes de ganancia muy pequeños en los procesos de licitación, genera una tendencia de entender y usar al reclamo como el medio natural de compensar el equilibrio financiero, por ello los DB surgen como un mecanismo eficiente de filtro de un reclamo ilegítimo.

Estas razones ofrecen una ventaja comparativa con la función que ejercía el Ingeniero en la edición anterior del Libro Rojo. Actualmente, el mecanismo operativo del DAB se encuentra incorporado en la cláusula 20 del modelo estándar de la edición 1999 del Libro Rojo FIDIC, específicamente en las subcláusulas 20.2, 20.3, y 20.4.

### 3.1.2. Modelo de la Cláusula Arbitral

En la edición de 1999 del actual Libro Rojo FIDIC, el método arbitral es la etapa final del nuevo sistema de gestión conflictual convencional desarrollado como parte de la cláusula N° 20 referido a “Reclamación, Conflictos y Arbitraje” de la siguiente manera:

|                          |   |                                    |
|--------------------------|---|------------------------------------|
| Subcláusula 20.1         | : | Reclamaciones                      |
| Subcláusula 20.2 al 20.4 | : | DAB                                |
| Subcláusula 20.5         | : | Procedimiento de solución amigable |
| Subcláusula 20.6 al 20.8 | : | Arbitraje                          |

Este nuevo sistema de gestión conflictual convencional en la solución de disputas bajo la edición 1999 del actual Libro Rojo FIDIC, concibe un sistema de múltiples etapas o pasos escalonados, pero antes de desarrollarlas, debe describirse previamente una etapa previa de gestión contractual:

#### Etapa de Gestión Contractual / Evitamiento de la Disputa

Esta es una etapa que se presenta en caso las partes acuerden tener un DAB permanente y no uno ad-hoc; es decir, se basa en la gestión contractual enfocada en evitar la disputa, actuando las partes de manera previa a la aparición del conflicto. Se fundamenta en dotar de alta información a los miembros de un DB quienes tienen la oportunidad de visitar múltiples veces la obra. Así, por ejemplo, interrogan a las partes sobre sus preocupaciones que podrían impactar en el costo y plazo del proyecto, sobre el avance de la obra frente a lo inicialmente programado y fundamentalmente sobre las acciones previas, inmediatas y posteriores a estos eventos que se pueden tomar proactivamente en relación a los mismos.

- Primera etapa: Determinativa

Esta primera etapa se inicia con la presentación de un pedido contractual, presentado generalmente por el contratista y que es aprobado o no aprobado<sup>51</sup> por el Ingeniero a través de una determinación y que algunas de las partes desea cuestionar.

- Segunda etapa: Conflicto

---

<sup>51</sup> Un ejemplo citado por SEPPÄLÄ, es el típico caso en el cual el contratista reclama que el comitente no libera o se ha retrasado en dar acceso al sitio o locación de la obra y solicita el reembolso de sus mayores costos, utilidad y una extensión de tiempo. Si el Ingeniero rechaza este pedido, entonces se presenta un reclamo formal al DAB bajo la cláusula 20. Cfr. Seppälä 2004.

Esta segunda etapa se inicia con la presentación de un reclamo formal al DAB para su decisión bajo la cláusula 20, por cualquiera de las partes, generalmente el contratista, derivado de un pedido rechazado o no aprobado por el Ingeniero.

El DAB notifica a las partes su decisión dentro de los 84 días posteriores al sometimiento de tal reclamo, adjudicando un resultado.

Si una de las partes está insatisfecha con la decisión o si el DAB incumple con emitir una decisión dentro del plazo establecido, entonces notifica a la contraparte (dentro de los 28 días posteriores) su insatisfacción o disconformidad y deseo de someterse al procedimiento de trato amigable; caso contrario la decisión del DAB se vuelve final y vinculante.

- Tercera etapa: Acuerdo Amistoso

Cuando una parte ha sido notificada acerca de la insatisfacción o disconformidad de la otra por la decisión, ambas partes tienen, a partir de la fecha de dicha notificación, 56 días para intentar una solución amigable, caso contrario se continúa con la siguiente etapa.

- Cuarta etapa: Arbitraje Internacional

Cualquier disputa que no haya sido resuelta bajo trato directo o acuerdo amistoso, será final y definitivamente resuelta bajo arbitraje internacional.

De esta manera en la concepción FIDIC, el camino para llegar al arbitraje es residual<sup>52</sup>; es decir, una disputa bajo este sistema de gestión conflictual sólo puede ser sometida a arbitraje siempre que las partes hayan cumplido y agotado las etapas descritas en la cláusula 20, tal como se aprecia de la redacción del primer párrafo de la subcláusula 20.6:

“Salvo que se resuelva amistosamente, cualquier conflicto con respecto al cual la decisión del DAB (en su caso) no ha llegado a ser definitiva y vinculante, deberá resolverse finalmente a través de un procedimiento de arbitraje internacional” (Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 80)

De este primer párrafo se aprecia claramente que lo único que puede ser sometido a arbitraje es un “conflicto” que ha sido sometido previamente al DAB para su decisión y que no ha llegado a ser una decisión final y vinculante.

El carácter residual del arbitraje condiciona la competencia de los árbitros para conocer y resolver cualquier de reclamación que no haya agotado la etapa de adjudicación, sin el consentimiento de las partes<sup>53</sup>; de otro modo los árbitros excederían sus atribuciones, y un juez podría anular su laudo o rechazar su reconocimiento<sup>54</sup>. El

---

<sup>52</sup> Cfr. Seppälä 2004

<sup>53</sup> Apunta SEPPÄLÄ que una vez que un arbitraje ya se encuentra en camino y se han firmado los Términos de Referencia, suele ocurrir que el demandante (generalmente el Contratista) descubre que hay otras reclamaciones que desea someter a arbitraje. Esto no es posible a menos que las reclamaciones hayan pasado a través del DAB (Cláusula 20), salvo acuerdo de las partes; y una vez que se hayan firmado los Términos de Referencia, con el consentimiento de los árbitros). Cfr. Seppälä 2004

<sup>54</sup> Este juez puede ser del país donde se lleva a cabo el arbitraje, o aquellos Tribunales de cualquier país donde se busca el reconocimiento y ejecución de laudo extranjero, conforme al Convenio de Nueva York.

agotamiento de estas etapas escalonadas constituye una condición de arbitrabilidad, que emerge del acuerdo contractual.

Por otro lado, la remisión de la Cláusula 20 a un arbitraje internacional bajo las reglas de la International Chamber of Commerce (en adelante, ICC) –salvo acuerdo en contrario- la convierte en una cláusula autosuficiente para garantizar predictibilidad en su plena aplicación. Así la subcláusula 20.6 declara que:

“Salvo que se acuerde de otro modo entre ambas partes:

- a) El conflicto será resuelto finalmente de acuerdo con las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio,
- b) El conflicto será resuelto por tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas Normas (...)”<sup>55</sup> (Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 80)

En lo que respecta a las disposiciones específicas contenidas en la subcláusula 20.6 del modelo de la cláusula arbitral, se precisan los siguientes:

“El o los árbitros tienen plenos poderes para reabrir, analizar y revisar cualquier certificado, decisión, instrucción, opinión o valoración del Ingeniero, así como cualquier decisión del DAB, con relación al conflicto” (Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 80)

Se aprecia que los árbitros no están limitados por ninguna acción o determinación del Ingeniero o decisión del DAB emitidos durante la ejecución de la obra. Los árbitros tienen absoluta y completa libertad para resolver el conflicto sometido por las partes, independientemente del sentido de la opinión, instrucción del Ingeniero o decisión que

---

<sup>55</sup> Estas normas de arbitraje se han mantenido de manera consistente en el Libro Rojo desde su primera edición.

el DAB haya declarado: “Nada inhabilitará al Ingeniero para que sea llamado como testigo [en el arbitraje]” (Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 80)

El Libro Rojo de la FIDIC siempre admitió la posibilidad que el Ingeniero pueda ser llamado como testigo y presentar evidencia ante los árbitros, debido a su inmediatez directa con la ejecución de la obra; sin embargo, en la actual cláusula 20 no se establece de manera expresa que los miembros de la DAB pueden ser llamados como testigos en el arbitraje, pero tampoco prohibición expresa para excluirlos, si ello contribuye a generar mayor convicción a los árbitros, ello dependería del acuerdo de las partes.

“Ninguna de las partes se verá limitada en el procedimiento ante el o los árbitros a presentar pruebas o argumentos previamente presentados DAB para obtener su decisión, o a los motivos de disconformidad indicados en su notificación a este respecto (...)” (Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 80)

Esta disposición refleja el carácter flexible y no formal del derecho irrestricto de las partes para presentar nuevos argumentos y/o pruebas<sup>56</sup> relacionadas con la disputa, no existiendo limitación contractual alguna, todo esto en aras de una justa solución del conflicto.

“Cualquier decisión de la DAB será admisible como prueba en el procedimiento de arbitraje (...)” (Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 80)

---

<sup>56</sup> Nótese que esta disposición hace referencia únicamente a argumentos o pruebas pero no nuevos reclamos; ya que conforme los artículos 18 y 19 de las Reglas de la ICC, una vez firmado los Términos de Referencia, no se pueden introducir en el arbitraje nuevas reclamaciones o conflictos, excepto con la autorización del tribunal.



Esta es una disposición permisiva e importante, ya que el DAB al estar integrado por profesionales expertos vinculados con la actividad de la ingeniería y construcción, pero además independientes al interés de las partes, designados con el consentimiento de éstas, sus decisiones no pueden ser rechazados de plano en un procedimiento arbitral por contener aquellos un análisis técnico contemporáneo al conflicto cuya trascendencia debe ser evaluada por los árbitros.

“El procedimiento de arbitraje puede iniciarse antes o después que se terminen las obras. Las obligaciones de las Partes, del Ingeniero y del DAB no serán alteradas por el hecho que de algún procedimiento de arbitraje se esté llevando a cabo durante la ejecución de las obras.”  
(Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 80)

Esta es una disposición muy importante y exigencia de la propia industria de la construcción en consonancia con la búsqueda constante de la eficiencia en la administración de las disputas contractuales. A manera de antecedente existe una diferencia en el tratamiento del inicio del arbitraje en la primera y la segunda edición del Libro Rojo de la FIDIC. En estas primeras ediciones, el contratista no tenía derecho a comenzar el arbitraje hasta después que la terminación de las obras, o hasta la alegada terminación de las obras, excepto en ciertos casos muy limitados. Esta restricción fue eliminada con la tercera edición del Libro Rojo en 1977, y desde entonces, cada parte es completamente libre de solicitar el inicio del arbitraje, siempre que se hayan cumplido con los pasos previos descritos.

Adicionalmente, se precisa que las obligaciones de las partes, del Ingeniero y de la DAB no serán alteradas en razón del inicio de cualquier arbitraje conducido durante la ejecución de las obras. De acuerdo con esto, las partes continúan obligadas a cumplir con sus obligaciones, independientemente del inicio o trámite de un arbitraje. De este

modo, se evita que el contratista suspenda la ejecución de la obra por haber iniciado un arbitraje, así como el comitente tampoco retenga el pago al contratista con esta misma razón.

Para terminar con este diseño del sistema de solución conflictual, dos precisiones finales:

La subcláusula 20.7 está referida a la excepcional posibilidad de las partes de recurrir directamente al arbitraje, sin tener que agotar las etapas previas, sólo y únicamente en el caso que una de las partes incumpla o no haya notificado su disconformidad respecto de una decisión final y vinculante emitida por el DAB, dentro del plazo previsto; esto es un mecanismo muy importante que fortalece la DB, por ser identificado como una condición de arbitrabilidad.

Por otro lado, conforme a la subcláusula 20.8, después de concluida las funciones del DAB, las partes pueden proceder directamente al arbitraje para la solución de los conflictos derivados de la ejecución de la obra; sin embargo, el problema que se plantea es establecer cuál es el límite para dichos reclamos; es decir ¿hasta cuándo las partes están habilitadas para reclamar conflictos derivados del contrato en caso haya expirado el nombramiento del DAB? Ensayando una respuesta se puede admitir que un plazo razonable podría estar marcado por el plazo para el ejercicio del derecho de reclamo por responsabilidad del contratista por defectos de la obra, conforme a los términos fijados en el contrato; sin embargo, esto es un punto que se mantiene en actual debate.

### 3.2. Subcapítulo segundo: el procedimiento pre arbitral

El procedimiento pre-arbitral descrito como parte del sistema de gestión conflictual convencional objeto de esta investigación se instituye como aquel mecanismo obligatorio que debe agotarse antes de acudir o iniciar un arbitraje.

En el modelo contractual del actual Libro Rojo FIDIC, este procedimiento es consubstancial a la construcción y eficiencia de todo el sistema de gestión conflictual convencional.

#### 3.2.1. El Ingeniero como autoridad en obra

##### 3.2.1.1. Funciones

El Ingeniero ejerció una función de gran importancia en los modelos contractuales FIDIC hasta antes de la publicación de la edición de 1999 del actual Libro Rojo. En efecto, la cláusula 67 de la edición de 1987 del Libro Rojo estableció como funciones del Ingeniero no sólo la supervisión técnica de la obra, su consultoría sino también desarrolló una función decisoria en la solución de reclamos en obra.

De este modo, surgido el reclamo, su destino era decidido por el Ingeniero, como condición necesaria para poder acudir al arbitraje. Esta situación fue cuestionando el deber de imparcialidad de esta entidad en la gestión del conflicto, el cual fue materia de

una crítica severa por parte la doctrina internacional<sup>57</sup> como RUBINO-SAMMARTANO, NICKLISCH, LYON, KENDALL, HOCHULI, EINBINDER, POETIS, etc; hasta el punto que en las últimas ediciones de los contratos modelos FIDIC se suprime definitivamente esta función, sustituyéndola por las funciones del DAB. Actualmente, el Ingeniero ya no participa en forma decisoria dentro del nuevo esquema del sistema de gestión conflictual convencional.

### 3.2.1.2. Principales críticas a la participación del ingeniero bajo los alcances de la tercera edición - 1987 del Libro Rojo

De los roles que ejerció el Ingeniero en el esquema de gestión conflictual anterior a la edición de 1999 del Libro Rojo, su actuación como entidad decisoria de reclamos concentró la mayor cantidad de críticas por parte de los contratistas, en dos puntos centrales:

- (i) Su condición de entidad independiente e imparcial dada su relación de agencia con el comitente. No era admisible, su condición de juez y parte en la solución de los reclamos en obra.
- (ii) La inobservancia o desatención al principio de contradicción al momento de decidir sobre la procedencia del reclamo.

Con relación al primer punto central: La base central de esta crítica fue que como es la práctica usual en la industria de la construcción, el comitente es quien contrata los

---

<sup>57</sup> Cfr. Reig 2003: 533

servicios del Ingeniero, cuyas cualidades de experiencia y técnica deban ser iguales o superiores al del contratista, para que se encargue de su supervisión; y en tal sentido ejerce la representación del propietario para hacer cumplir el contrato y la correcta ejecución técnica de la obra. Adicionalmente, a esta función se le asignó facultades decisorias de reclamos en los modelos FIDIC.

En este último caso, fue evidente el agravio al principio de imparcialidad ya que el Ingeniero concentró las figuras de “Juez y Parte”. Un sector de la doctrina –la cual no es compartida en consenso- ha llegado, incluso, a ver un lado positivo a esta situación, por cuanto señalan que se presenta como una buena ocasión para el Ingeniero revise la determinación que tomó en primer término, contando con más argumentos para ello. Así, suponen que el Ingeniero es el que mejor conoce el problema porque fue quien emitió una decisión<sup>58</sup>; sin embargo más allá de esta argumentación, lo cierto es que no existe entidad imparcial en la solución de la reclamación planteada y ello es fundamental para legitimar cualquier método de solución de disputas.

El DAB sí satisface este principio de imparcialidad; quien decide ahora es un órgano imparcial igualmente experto; sin embargo, la operatividad en la práctica de estos métodos de las nuevas ediciones de las condiciones FIDIC viene generalizándose paulatinamente.

Las críticas sobre falta de imparcialidad del ingeniero para resolver disputas decantaron en la eliminación de esta función, llegando a calificarla como una función inaceptable<sup>59</sup>,

---

<sup>58</sup> Cfr. Seppälä 1986: 43-127

<sup>59</sup> Cfr. Reig 2003: 533

por la relación de agencia con su contratante (el Comitente), la cual traslucía una manifiesta alineación de intereses con su mandante. Como parte de esta relación de agencia existieron manifestaciones como las relacionadas con el pago de su retribución; el interés de largo plazo del Ingeniero vinculado con el aseguramiento de subsiguientes nombramientos por parte del comitente, imprimían un sesgo de parcialidad a favor del comitente en la solución de conflictos, que era difícil de entender, más aún cuando en determinados temas se involucraban sus propios defectos, por ejemplo en la entrega tardía de planos, instrucciones erróneas, etc.

Sin embargo, la crítica no sólo surgió del lado del contratista sino también del lado de los comitentes o propietarios de obras. Estos manifestaron estar preocupados por la relación demasiado cercana entre el contratista y el Ingeniero, particularmente en los proyectos internacionales en los que ambos tenían la misma nacionalidad. Los comitentes, correctamente o incorrectamente, tenían la impresión que el Ingeniero actuaba de forma demasiado generosa en la administración del contrato en reclamos de ampliaciones de plazo o adicionales de obras<sup>60</sup>.

Con relación al segundo punto central: Como bien señaló SEPPÄLÄ, la cláusula 67 de la edición de 1987 del Libro Rojo no reguló el modo a través del que el Ingeniero debería emitir su decisión, señalando que en muchos casos dictaba su decisión sin conceder audiencia a las partes y sin aceptar sus alegaciones, no respetándose así los principios de audiencia y contradicción<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. Seppälä 2004

<sup>61</sup> Cfr. Seppälä 1986: 379

Sin embargo, a partir de la edición de 1999 del Libro Rojo, las críticas orientadas a mejorar y lograr un sistema de gestión conflictual convencional más eficiente, lograron resultados positivos, y con ello incrementando la confianza de los actores del negocio de la construcción.

### 3.2.2. El DAB y la Adjudicación

Los modelos contractuales FIDIC de 1999 introdujeron una nueva estructura en la sistemática de gestión y resolución de controversias: La eliminación de la función decisoria del Ingeniero y su sustitución por un procedimiento pre-arbitral concretamente denominado DAB que es el actual método en crecimiento a nivel internacional. Paralelamente, existe un método muy parecido al DAB y que es utilizado con más frecuencia en el Reino Unido denominado “Adjudicación” y que se explica a continuación.

#### 3.2.2.1. Adjudicación y DAB como Métodos Adjudicativos Pre Arbitral

Tanto la adjudicación como el DAB comparten una misma esencia en su naturaleza: ambas permiten la resolución de controversias ON TIME y ON SITE de manera más eficiente que el arbitraje. Sin embargo, en adelante esta tesis se referirá solo al DAB sin que ello implique descartar la importancia de la adjudicación en el sistema británico. Es conveniente profundizar en el uso del DAB por ser este el más utilizado en los países europeos y que ha ingresado con mayor fuerza en Latinoamérica.

Basta con decir; respecto a la adjudicación, lo señalado por CHAPMAN, calificando al uso de este método como una verdadera revolución en la resolución de conflictos en la construcción en el Reino Unido. Es un proceso de toma de decisión “hecho a la medida e inevitable” para la industria de la construcción rápida y eficiente, aunque provisional<sup>62</sup>.

Bajo este nuevo sistema de gestión convencional conflictual, el adjudicador asume la función decisoria de reclamos en obras, históricamente atribuida al Ingeniero de manera ad hoc, en un período de 28 días, a no ser que un período mayor sea acordado por las partes luego que la disputa haya sido referida<sup>63</sup>.

Así, el adjudicador es el encargado de emitir una decisión que pone fin a una controversia y, salvo disconformidad notificada por alguna de las partes, se convierte en obligatoria para ellas.

Este método, al igual que el DAB utilizado por los actuales contratos modelos de la FIDIC, presenta una ventaja frente a la sustituida función del Ingeniero, y es que se trata de un órgano imparcial, ya que es nombrado por ambas partes de consuno. Así, las nuevas condiciones de contratación del modelo FIDIC inciden en la necesidad de asegurar la imparcialidad de su mecanismo de resolución de disputas, y para ello, se exige, entre otras cosas, la independencia de sus miembros respecto de las partes<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Cfr. Chapman 2004

<sup>63</sup> Cfr. Wilmot- Smith 2010: 447

<sup>64</sup> Cláusula 3 del Apéndice relativo a las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos de la Edición 1999 del Libro Rojo donde se fijan las garantías del DAB



Para asegurar la imparcialidad e independencia de los miembros del DAB, se les exige no tener ningún interés económico ni de cualquier otro tipo con el cliente, contratista o ingeniero. Se exceptúa, claro está, la retribución que le corresponda por ser miembro de dicho panel<sup>65</sup>. Consecuentemente, se prohíbe la contratación de cualquier miembro del DAB como asesor de alguna de las partes en el contrato. Este límite actúa, no sólo durante el periodo en que esté constituido el DAB, sino también con anterioridad. No obstante, estas restricciones quedan a salvo en el caso que se haga constar por escrito dicha circunstancia antes de firmar el Acuerdo de Resolución de Conflictos y ninguna de las partes muestre su disconformidad<sup>66</sup>.

Adicionalmente a la búsqueda de independencia, se añade que cuando el DAB esté compuesto por un solo miembro, éste no debe tener la misma nacionalidad que cualquiera de las partes implicadas. Esta misma limitación se impone para el Presidente, cuando el DAB esté compuesto por tres miembros. De modo que, ni el sole adjudicator -miembro único del DAB- ni el Presidente -cuando el DAB se compone de tres miembros- podrán tener la nacionalidad de las partes.

De esta manera, la participación de las partes en el nombramiento de los miembros del DAB, es evidencia de confianza en su honorabilidad y experiencia, garantizando imparcialidad de este órgano.

Este método tiene sus orígenes en los EE.UU. en la década de 1970 y fueron adoptadas de forma generalizada desde finales de la década de 1980 en adelante, bajo

---

<sup>65</sup> Cláusula 4 apartado a) del Apéndice relativo a las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos de la edición 1999 del Libro Rojo.

<sup>66</sup> Cláusula 4 apartados b) y d) del Apéndice relativo a las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos de la edición 1999 del Libro Rojo.

la modalidad de Juntas de Revisión o Dispute Review Board (en adelante, DRB), y así fue adoptada inicialmente por el Banco Mundial en los contratos de construcción internacionales financiados por esta institución, así consta del “Documento de Licitación Estándar para la Adquisición de Obras” del Banco en 1995<sup>67</sup>.

La función de este DRB era emitir una recomendación no obligatoria basada en el contrato. Si alguna de las partes rechazaba la recomendación, entonces el conflicto sería solucionado en primera instancia mediante un acuerdo amistoso y, si esto fallaba, a través del arbitraje.

A mediados de la década de 1990, cuando el Banco Mundial introdujo la DRB en sus proyectos internacionales de construcción, paralelamente la FIDIC terminaba su nuevo modelo para contratos de diseño-edificación y de llave en mano (el Libro Naranja publicado en 1995), y decidió introducir el concepto de Junta de Conflictos en dicho documento<sup>68</sup>. Sin embargo, la FIDIC hizo un cambio significativo y fundamental en los procedimientos de DRB. De acuerdo con la FIDIC, la decisión del DB sí era obligatoria y definitiva para todas las partes y de cumplimiento e implementación inmediata, aunque dejaba abierta a las partes la posibilidad de notificar disconformidad y así recurrir al arbitraje, previo acuerdo amistoso. En otras palabras, la decisión de la Junta era obligatoria e inmediata más que persuasiva. Debido a esta diferencia fundamental, la FIDIC conceptualizó a su Junta como una de adjudicación de conflictos, denominándola DAB<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> El documento del Banco previó el uso de una DRB de una o tres personas. Si el valor estimado del valor del contrato, incluyendo las contingencias, era equivalente a US\$ 50 millones o más, era obligatoria una Junta compuesta por tres personas; y si el valor estimado era menor se podía usar un solo adjudicador.

<sup>68</sup> Cfr. Chapman 2004

En 1996, en el Reino Unido se dictó la Ley de Concesión, Construcción y Regeneración de Viviendas<sup>70</sup>, la cual generó una verdadera revolución en la resolución de conflictos en la construcción en el mundo. Esta trascendencia fue germinada jurisprudencialmente a través del caso *Macob Civil Engineering Ltd. Vs. Morrison Construction Ltd* (1999)

“La intención del Parlamento al promulgar la ley fue muy clara. Fue la de introducir un mecanismo rápido para la solución de conflictos en los contratos de construcción con una base interina provisional, y exigir que las decisiones de los adjudicadores sean cumplidas, hasta que se tome una decisión final a través del arbitraje, del litigio o del acuerdo. El programa de cumplimiento de las adjudicaciones es muy estricto. Muchos dirían que es irrazonablemente estricto, y que probablemente resulte en injusticias. Se da por descontado que el Parlamento es consciente de esto. En la medida que está involucrado un procedimiento, al adjudicador se le concede una libertad de acción razonablemente equitativa. Es verdad (aunque enormemente sorprendente) que se le exige que actúe imparcialmente. Sin embargo, se le permite que tome la iniciativa en cuanto a la determinación de los hechos y de la ley. Por lo tanto, puede conducir un proceso completamente inquisidor o simplemente puede invitar a representaciones de las partes. (...) El Parlamento ha dejado en claro de forma rotunda que las decisiones de los adjudicadores son obligatorias y se deben cumplir hasta que el conflicto sea finalmente resuelto”. (CHAPMAN 2004)

En mayo del 2000, el Banco Mundial publicó una nueva edición de su Documento de Licitación Estándar para la Adquisición de Obras, adoptando el enfoque FIDIC (DAB)

---

<sup>69</sup> Según BOWCOCK, las razones principales por las cuales la FIDIC hizo este cambio al concepto de DRB fueron las siguientes:

- (i) Según encuesta de la Reading University contenido en el Latham Report, hubo un punto de vista mayoritario a favor de una junta de conflictos que tomase decisiones en vez de recomendaciones.
- (ii) Antes de la introducción de los DAB dentro de los contratos FIDIC, el Ingeniero era responsable de la toma de decisiones cuando tenía el papel pre arbitral. De conformidad con lo mencionado, se decidió por mantener el papel decisorio a favor del DAB.
- (iii) El punto de vista de la FIDIC en cuanto a la implementación de la decisión obligatoria, fue la posibilidad de acceder de una solución de conflicto expeditiva para atender adecuadamente los intereses generales del proyecto. Cita como ejemplo, aquellos casos en que los proyectos no han operado adecuadamente debido a problemas financieros del contratista (de flujo de caja) como resultado de un reembolso o pago no abonado a tiempo conforme al contrato.

Cfr. Bowcock, 2004: 05

<sup>70</sup> Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996.

en vez del enfoque recomendativo de su DRB. De este modo el procedimiento del Banco Mundial se alineó en el mismo sentido que el de la FIDIC y la práctica internacional, fortaleciendo esta modalidad.

### 3.2.2.2. Naturaleza del DAB

El DAB es un método in situ e institucionalizado de resolución de controversias para grandes proyectos de construcción de mediano o largo plazo<sup>71</sup>. Son mecanismos de Alternative Dispute Resolution (ADR), que si bien se acercan en su configuración al arbitraje, tiene características o particularidades que la distinguen.

Wöss lo define como un método continuo, regular y eficiente para solucionar problemas durante la ejecución del proyecto. Es continuo porque generalmente sigue el proyecto desde su inicio hasta el fin. Es regular porque requiere que los expertos visiten el sitio de la obra periódica o regularmente<sup>72</sup>, siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, escuchando reclamos, preparando informes o respuestas a consultas durante el curso del proyecto. Es eficiente por la atractiva relación costo, tiempo y beneficio, en comparación con otros sistemas de solución de controversias<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Cfr. Wöss 2000: Pauta 12

<sup>72</sup> Bajo un DRB del Banco Mundial, las visitas a la obra son no menos de tres veces en 12 meses; Bajo el DAB de la FIDIC se refiere a tres criterios – no menos de 140 días (párrafo 1, Anexo), no antes de los 70 días (Norma de Procedimiento 1); “Generalmente cada tres o cuatro meses” (Introducción al Anexo). Cfr. Jaynes 2004a

<sup>73</sup> Cfr. Wöss 2000: Pauta 15

La estructura medular de este nuevo sistema de gestión conflictual convencional ayuda a mantener una relación comercial sana y pacífica entre las partes<sup>74</sup>. En efecto, la rápida solución de controversias sin crear una posición hostil entre las partes<sup>75</sup>, resulta imperativo para ahorrar costos y evitar efectos secundarios sobre relaciones comerciales entre el propietario o comitente de la obra y sus contratistas. Finalmente, por ser un procedimiento ADR, se caracteriza por su flexibilidad y poca rigidez, orientada hacia un resultado aceptable para ambas partes del conflicto, sin llegar a la mediación o conciliación.

Si bien se tiene una conformación muy parecida al arbitraje, ya que la integran personas imparciales e independientes, seleccionadas por los contratantes como adjudicadores con la especialidad y calificaciones apropiadas<sup>76</sup>, la diferencia esencial con el resto de las técnicas empleadas como medios alternativos de solución de controversias (mediación, conciliación, etc. e incluso con el arbitraje), se refiere a que ésta se conforma al comienzo de un proyecto y que -a través de visitas regulares al establecimiento o lugar de trabajo- se involucra activamente con la problemática y/o complejidad de la obra<sup>77</sup>.

Este método de resolución de conflictos se distingue tanto del litigio como del arbitraje y de la mediación por lo siguiente:

---

<sup>74</sup> Cfr. Wöss 2000: Pauta 15

<sup>75</sup> Cfr. Wöss 2000: Pauta 12

<sup>76</sup> Bajo el DRB del Banco Mundial, estos “deben tener experiencia con el tipo de construcción involucrado en las Obras y estar capacitados para la interpretación de los documentos contractuales” y deben ser “fluidos en el lenguaje del Contrato”. Por parte de la FIDIC se menciona que deben estar: “apropiadamente calificados”. (Pero véase el párrafo 3, “Garantías”, del Apéndice de la FIDIC, que indica que debe ser acordado junto con los miembros, y contiene las tres mismas exigencias del DRB del Banco Mundial. Cfr. Jaynes 2004a

<sup>77</sup> Cfr. Wöss 2000: Pauta 12

A diferencia del litigio, este mecanismo no es jurisdicción, pues como se sabe, la Constitución peruana de 1993 solo otorga este carácter al litigio, al arbitraje y al fuero militar. En consecuencia, el DAB es el producto de la autonomía de las partes.

Por otro lado, el DAB no es acogido bajo la protección internacional de un acto arbitral ni está sujeta a convenciones internacionales, como es el caso del Convenio de Nueva York. Las decisiones de los miembros del DAB son susceptibles de ser abiertas, examinadas, revisadas, e inspeccionadas en un arbitraje de la ICC. En el caso de un laudo arbitral éste no está sujeto a revisión de fondo alguno, mientras que la decisión del DAB sí está sometida a tal revisión. Desde una óptica temporal, una controversia en el arbitraje puede aparecer muy posteriormente a la conclusión de la obra, caso diferente ocurre con el DAB ya que éste analiza y resuelve las controversias en el lugar donde ocurren y en el momento en que surgen.

En lo que respecta a las diferencias centrales con la mediación, uno de ellos es que a los miembros del DAB se les requiere que decidan asuntos en controversia de acuerdo con el marco contractual y legal; una mediación busca acercar a las partes al problema para que ellas sean protagonistas de la solución.

El DAB es un procedimiento esencialmente amigable basado en derecho<sup>78</sup>. Este procedimiento no debe ser entendido como una alternativa ni una competencia con el arbitraje sino como un complemento del mismo; sin embargo, es indiscutible que el DAB representa una herramienta que limita o filtra el número de casos que de hecho llegan al arbitraje, pero que a su vez ayuda a potenciar y fortalecer el arbitraje, ya que se reserva para esta vía, la solución de reclamos de obra que realmente sean

---

<sup>78</sup> Cfr. Wöss 2000: Pauta 12

económica y técnicamente relevantes. Por lo tanto, se logra que el arbitraje en construcción crezca y se fortalezca con la experiencia de buenos casos, con la designación de los mejores árbitros y por consiguiente con el resultado de buenos laudos.

En conclusión, los DAB se trata de paneles, juntas, comités o como se les denomine que sobre la base de un procedimiento contractual, independiente e imparcial, resuelven controversias en y durante la ejecución de la obra, y cuya decisión es obligatoria y final para las partes en tanto decidan no recurrir al arbitraje, en cuyo caso se convierten en una vía previa e imperativa a ser agotada.

La alternativa propuesta por la FIDIC que los conflictos sean resueltos mediante el procedimiento de los DB en vez que lo haga un Ingeniero, fue un cambio acertado bajo la perspectiva de esta investigación. La disponibilidad de esta alternativa va a ayudar al corregir el desequilibrio a favor del comitente que se mantuvo por largo tiempo bajo la cláusula 67 de la edición 1987 del Libro Rojo.

En suma, la experiencia y especialidad del DAB ofrece predictibilidad, neutralidad y objetividad, y con ello mayor eficiencia en la gestión del conflicto en los contratos de ingeniería y construcción.

### 3.2.2.3. Constitución y nombramiento del DAB

Los miembros que componen el DAB son expertos conocedores de la materia objeto de conflicto. Generalmente son ingenieros pero nada impide que se nombren

abogados, si las necesidades así lo requieren. Este órgano estará constituido por un número impar de expertos que podrá ser de uno o tres<sup>79</sup>. Si las partes no lo han especificado expresamente se dispone que sean tres<sup>80</sup>. La FIDIC aconseja que el número de miembros esté en función de la magnitud o volumen económico del proyecto. En este sentido, sugiere que cuando la cuantía supere los 25 millones de dólares se nombren tres y que se designe uno cuando se sitúe por debajo de 20 millones de dólares<sup>81</sup>.

El nombramiento del DAB se realiza de común acuerdo por las partes, si se trata de un miembro único<sup>82</sup>. Cuando esté compuesto de tres personas, cada una de ellas deberá ser nombrada por una parte y contar con la aprobación de la otra. Finalmente, el Presidente será elegido de común acuerdo por los dos miembros del DAB.

Para el caso que las partes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del DAB, será de responsabilidad de la institución acordada para tal efecto en las condiciones particulares del contrato<sup>83</sup>.

La selección de los miembros del DAB, al igual que en el caso del arbitraje, es fundamental para garantizar la calidad de la decisión. La designación inicial de las

---

<sup>79</sup> Cuando se trata de un solo miembro, éste recibe el nombre de "Adjudicator" (cláusula 20.2 apartado 5 de las condiciones generales de la edición 1999 del Libro Rojo). Cfr. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 77

<sup>80</sup> Cláusula 20.2 apartado 2 de las condiciones FIDIC de la edición 1999 del Libro Rojo. Cfr. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 77

<sup>81</sup> De acuerdo a lo señalado en la explicación de la cláusula 20.2 de la Guía de Contratos Fidic. Cfr. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 2000: 77

<sup>82</sup> En los contratos para proyectos más pequeños, el comitente puede licitar que sólo sea necesario un miembro adjudicador.

<sup>83</sup> Cláusula 20.3 de las condiciones FIDIC de la edición 1999 del Libro Rojo. Cfr. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 78



personas que deberán formar parte del DAB es particularmente importante en la medida que, una vez seleccionadas, los miembros no pueden ser cambiados sin el acuerdo de las partes; de este modo, en un proyecto de gran importancia, los miembros del DAB pueden estar en su cargo por muchos años dependiendo del plazo de ejecución del proyecto.

Cada una de las partes necesita investigar a fondo la formación y la experiencia de todos los candidatos al DAB y no sólo al candidato que propone la parte, debido a que cada parte debe aprobar a todos los miembros, ya que una mala designación puede bloquear o retrasar el trabajo del DAB, justamente porque se requiere del consentimiento de ambas partes para su sustitución.

#### 3.2.2.4. Modalidades del DAB y modalidad elegida por la FIDIC (Libro Rojo)

Existen dos modalidades del DAB: Un DAB permanente y un DAB Ad Hoc.

##### (i) El DAB Permanente

El DAB permanente se caracteriza por estar constituido desde el mismo momento en que se firma el contrato y continúa en sus funciones hasta que éste finalice. Si bien esta modalidad puede representar un incremento en el presupuesto del proyecto por el costo que este mecanismo supone para ambas partes<sup>84</sup>, presenta al mismo tiempo muchas ventajas, que finalmente pueden generar ahorros significativos en la ejecución del proyecto por la disminución del número de disputas.

---

<sup>84</sup> Debido a la larga duración y complejidad de estos proyectos, las partes tienen que retribuir en partes iguales a los miembros del DAB durante todo el tiempo que permanezcan constituidos.

Una primera ventaja es la rapidez, en tanto que permite una actuación inmediata ante cualquier reclamo que pueda plantearse. La segunda ventaja es que el DAB puede actuar como órgano consultivo. Esta función es importantísima, ya que puede evitar que surja, efectivamente, un conflicto entre las partes. Por esta razón, tiene un importante efecto preventivo del conflicto.

Esto significa que, las partes pueden solicitar, de común acuerdo, una opinión al DAB sobre cualquier asunto relacionado con el contrato que potencialmente pueda generar un reclamo (función consultiva). De este modo, se puede evitar una posible futura controversia (efecto preventivo) si las partes conocen la opinión previa del DAB respecto un punto técnico o contractual específico.

Esta función consultiva no puede ser utilizada de forma independiente por cada una de las partes, sino que tendrán que acudir de manera conjunta<sup>85</sup>. La doctrina ha puesto de relieve la enorme trascendencia de esta función del DAB, desde el punto de vista práctico<sup>86</sup>, ya que permite una anticipada solución de los desacuerdos que puedan surgir, antes de convertirse en un verdadero conflicto.

Otra de las ventajas del DAB permanente es la intermediación o el estar muy familiarizado con el desarrollo del proyecto. Efectivamente, el DAB se encuentra en continuo contacto con las partes, desde el comienzo hasta el final del contrato. En este sentido, las reglas de procedimiento previstas en el Anexo a las Condiciones Generales de

---

<sup>85</sup> Cláusula 20.2 apartado 7 de las Condiciones Generales de Contratación de la edición 1999 del Libro Rojo. Cfr. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 77

<sup>86</sup> Cfr. Seppälä 2014: 252

Contratación prevén visitas en intervalos regulares al lugar de ejecución de las obras, en presencia de ambas partes<sup>87</sup>.

El hecho de que el DAB esté constituido de forma permanente y mantenga una comunicación fluida con las partes evita la sensación de rivalidad entre ellas, lo cual es importante como técnica de prevención de conflictos. Fomentar la cordialidad facilita la resolución de conflictos.

(ii) El DAB Ad Hoc

A diferencia de lo descrito en el ítem (i), el DAB Ad Hoc se constituye una vez surgido el conflicto; y, una vez resuelto éste, se disolverá al instante, ya que pierde su razón de ser. Sin duda, supone una reducción de los costos para las partes, ya que tan sólo se crea si existe una controversia real entre ellas.

SEPÄLÄ señala que esta modalidad presenta una indudable ventaja, frente al DAB permanente, y es el de poder elegir a expertos conocedores de la concreta cuestión en conflicto, ya que se nombran una vez éste se ha planteado<sup>88</sup>. Sin embargo, en esta modalidad los miembros del DAB Ad Hoc no podrán ejercer la función consultiva a efectos de evitar la aparición de conflictos (y aun si lo intentaran hacer a pedido de las partes, el DAB Ad Hoc no cuenta con el mismo nivel de información y familiarización del proyecto que un DAB permanente). Efectivamente, en esta modalidad los adjudicatarios no están familiarizados con el proyecto dado que se constituye con el

---

<sup>87</sup> Párrafos 1, 2 y 3 del Anexo sobre las Reglas de Procedimiento de las Condiciones Generales de Contratación de la actual edición del Libro Rojo. El objetivo de tales visitas al sitio es que se permita al DAB la supervisión de los desarrollos del proyecto, así como para que se mantenga informado de toda la situación en caso de que se presente alguna reclamación. Cfr. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 83-84

<sup>88</sup> Seppälä 2014: 250

surgimiento de la disputa y; por lo tanto, el nivel de información para la decisión final será distinto al obtenido por el DAB permanente.

#### 3.2.2.5. Finalidad del DAB

La actividad de construcción es una de las actividades productivas con un alto índice de conflictualidad. El impacto económico de las controversias en una obra es una variable de medición del grado de eficiencia contractual. Sin embargo, a este costo debe agregársele el costo que hay detrás de una controversia: el daño a la reputación, imagen y a las relaciones comerciales, el costo del tiempo, recursos y las oportunidades perdidas.

El DAB busca dotar de mayor eficiencia el manejo de los conflictos contractuales en el sector de la construcción. Lo que las partes contratantes buscan es un mecanismo eficiente de solución de controversias no sólo que lo consideren justo sino que produzcan decisiones rápidas y concretas; especialmente si se trata de grandes proyectos de construcción.

#### 3.2.3. Análisis comparativo de los procedimientos de intervención del Ingeniero y del DAB

Pese a la reforma en los modelos contractuales FIDIC de 1999, desde una perspectiva procedimental, el sistema pre-arbitral de resolución de controversias FIDIC, mantiene una misma estructura. Ello merece una descripción conjunta de ambos procedimientos tanto bajo la antigua cláusula 67 de la edición de 1987 y la cláusula 20 de la edición de 1999 del Libro Rojo, para facilitar el análisis comparativo.

En esta línea, la pregunta a resolver para verificar el cambio cualitativo, es: *¿Cómo está establecido el procedimiento para la solución pre-arbitral de conflictos bajo los contratos FIDIC?*

(i) Procedimientos con participación del Ingeniero en ediciones previas a la de 1999

Las ediciones previas a 1999 refieren directamente a aquellas del Libro Naranja de 1995 y a los suplementos de 1996 y 1997, con que se dio inicio al cambio de este nuevo sistema pre-arbitral.

De surgir alguna controversia, cualquiera de las partes podía remitir al Ingeniero la solución de tal disputa a través de una decisión, conforme a la cláusula 67 de la edición 1987 del Libro Rojo. Esta cláusula exigía al Ingeniero emitir una decisión dentro de los 84 días posteriores a la recepción del reclamo. Esta cláusula ofreció una oportunidad más para que el Ingeniero revise sus hallazgos anteriores, con un punto de vista crítico más amplio de la situación, en base a mayor sustento adicional suministrado por las partes.

En la eventualidad que alguna de las partes se encontrase insatisfecha con la decisión del Ingeniero, o si esta decisión no se hubiese emitido dentro del plazo contractual, entonces cualquiera de las partes tenía el derecho de iniciar el arbitraje.

Una característica particular de la edición 1987 del Libro Rojo fue la introducción de una cláusula (cláusula 67.2) que exigía a las partes que después de rechazar una

decisión del Ingeniero y antes de comenzar un arbitraje, se intentaría solucionar amigablemente los conflictos dentro de un período de 56 días. El propósito era que las partes realicen un intento final para resolver su conflicto antes de iniciar el arbitraje.

(ii) Procedimiento con participación del DAB en la edición 1999

El sometimiento del conflicto a un DAB permanente, conforme con el procedimiento establecido en la cláusula 20 de las condiciones del contrato de 1999 se ciñe a las siguientes etapas:

- Las partes nombran al DAB dentro de los 28 días posteriores a la fecha de comienzo del contrato<sup>89</sup>. En caso de que deba estar compuesta por tres personas, cada parte designa a un miembro para que sea aprobado por la otra parte. En consulta conjunta con estos dos miembros, las partes acuerdan posteriormente el nombramiento de un tercer miembro que actuará como presidente.
- Si surge un conflicto<sup>90</sup>, cualquiera de las dos partes puede someter por escrito<sup>91</sup> la disputa al DAB para que este emita su decisión<sup>92</sup> en un plazo de 84 días, salvo modificación contractual.

---

<sup>89</sup> Después de que se constituye el DAB, las partes deben proporcionar a cada miembro, una copia de todos los documentos que puedan haber solicitado, incluyendo los documentos del contrato y pertinentes con la ejecución de la obra. Cfr. Seppälä 1997: 970

<sup>90</sup> Tal como afirma SEPPÄLÄ, no es suficiente que el comitente o el contratista hayan presentado una reclamación contra el otro. Es necesario que exista el "conflicto" entre las partes en relación con el contrato. Existe un conflicto, cuando el contratista ha formulado una reclamación que el ingeniero o el comitente han rechazado. Es importante la exigencia de la existencia de un conflicto, de otro modo no puede haber un sometimiento válido al DAB y, por lo tanto, ningún sometimiento válido a arbitraje. Cfr. Seppälä 1997: 970

<sup>91</sup> Esto es particularmente importante, como bien apunta SEPPÄLÄ, ya que dicha forma escrita de sometimiento de un conflicto al DAB, define el ámbito de sus atribuciones; y, en el caso de un arbitraje posterior, el ámbito de su competencia. Debido a esto, los árbitros sólo pueden asumir jurisdicción sobre un conflicto que ha sido previamente sometido al DAB, el cual no debe exceder el ámbito del conflicto sometido al DAB para su decisión. Cfr. Seppälä 1997: 972

- La decisión del DAB es de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes, bajo causal de imputársele incumplimiento de contrato, a menos –claro está- que sea revisada mediante una negociación amistosa o por un laudo arbitral.
- Después notificada la decisión, cada parte tiene 28 días para emitir una “notificación de disconformidad”. Si no se emite dicha notificación, la decisión del DAB se convierte en definitiva y vinculante. Cuando se emite la notificación, el conflicto es manejado inicialmente mediante una negociación amistosa, y si fracasa este intento, se soluciona a través del arbitraje.

De esta manera, las condiciones del Libro Rojo establecen ciertas normas de procedimiento que se deben aplicar a las operaciones del DAB, sin perder flexibilidad, en la medida que actúe justa e imparcialmente, que es lo que se espera de ella. Al DAB se le exige que llegue a decisiones basadas en el contrato, no pudiendo intentar solucionar estos conflictos fuera de los términos de aquel.

#### 3.2.3.1. Procedimientos escalonados

La cláusula 67 de la edición 1987 del Libro Rojo previó un sistema escalonado en la resolución de controversias: En el primer escalón, se ubicó la función adjudicativa del Ingeniero; y subsidiariamente, se remite el conflicto a un segundo escalón de resolución amistosa y, finalmente, un tercer y último escalón que es el arbitraje

---

<sup>92</sup> Cuando el DAB conste de tres miembros, las decisiones serán tomadas por mayoría. Cfr. Seppälä 1997: 972

administrado por la ICC, salvo que las partes acuerden someterse a otro centro arbitral y reglamento distinto.

En la edición de 1999 del Libro Rojo, el sistema de resolución de controversias previsto en la cláusula 20 es igualmente escalonado. Sin embargo, la gran diferencia estriba en la inclusión del DAB como sustituto de la función adjudicativa del Ingeniero, pero además como condición previa al arbitraje.

La importancia de este cambio radica en que, bajo el actual diseño de este sistema de gestión conflictual, queda superado el cuestionamiento de la imparcialidad del órgano decisorio. Además, presenta una reglamentación más detallada al incorporar las condiciones generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos descrita como anexo en las condiciones generales de dicho modelo contractual.

Como se aprecia, en ambos casos, el arbitraje actúa con carácter subsidiario, esto es, en defecto de las vías anteriores; de modo que, en la práctica, el procedimiento pre-arbitral constituye un auténtico presupuesto de arbitrabilidad de la controversia, hasta el punto que, incluso una vez iniciado el arbitraje, si surgen nuevas controversias, no es el árbitro quien debe resolverlas sino el Ingeniero o el DAB según sea el caso de las cláusulas 67 o 20 de la edición 1987 o 1999 del Libro Rojo respectivamente. En la doctrina, se aprecia que, si los árbitros deciden sobre las nuevas disputas, actúan excediéndose de su competencia<sup>93</sup> y; en consecuencia, el laudo arbitral sería nulo o inejecutable por manifiesta incongruencia<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Cfr. Seppälä 1986: 381.

<sup>94</sup> Artículo V.1. c). del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.



### 3.2.3.2. Los requisitos previos al procedimiento pre arbitral

En los contratos modelo FIDIC, las partes deben agotar rigurosamente los siguientes procedimientos pre-arbitrales<sup>95</sup>, como se describen a continuación:

(i) El procedimiento de reclamación contractual del contratista

La sub cláusula 20.1 establece el siguiente procedimiento:

Si el contratista por ejemplo considera que tiene derecho a una ampliación del plazo de entrega de obra y/o a un pago adicional, deberá notificar al Ingeniero tal reclamo tan pronto como sea posible y dentro de los 28 días siguientes de producida la causal o desde que tomó conocimiento de tal ocurrencia o circunstancia, dando lugar a la reclamación.

El contratista sólo tiene que presentar por escrito una notificación escueta dentro del referido plazo, no necesita mencionar el monto o el tiempo reclamado, su base contractual del reclamo, ni presentar ningún documento de sustento, el detalle es presentado posteriormente; de lo contrario, si el contratista no comunica o notifica tal reclamación dentro del plazo previsto, el contratista no sólo no tendrá derecho a la

---

<sup>95</sup> La práctica arbitral de la ICC también se manifiesta en este sentido, como ocurre en el laudo del caso N° 6535/1992.

ampliación o extensión de plazo o a cualquier pago adicional, sino que al comitente se le absolverá de toda responsabilidad con relación a la reclamación<sup>96</sup>.

Dentro de los 42 días siguientes a que el contratista dio o debió dar cuenta de la ocurrencia o circunstancia generadora del reclamo, debe presentar al Ingeniero una reclamación formal y sustentada que incluya los pormenores de la reclamación. Si la ocurrencia o circunstancia que da lugar a la reclamación tiene un efecto continuo en el tiempo deberá cumplir con procedimientos adicionales<sup>97</sup>.

Dentro de los 42 días después de haber recibido la reclamación sustentada, el Ingeniero debe pronunciarse por la aprobación o su desaprobación, o puede exigir previamente cualquier información adicional relevante a su pronunciamiento.

Luego de planteada las reclamaciones, el Ingeniero procederá conforme con la sub cláusula 3.5, que dispone lo siguiente:

“(…) Cuando estas Condiciones dispongan que el Ingeniero proceda de conformidad con esta sub cláusula subordinada 3.5 para acordar o determinar cualquier tema, el Ingeniero consultará con cada parte en un esfuerzo para alcanzar un acuerdo. Si no se alcanza un acuerdo, el Ingeniero tomará una determinación justa de conformidad con el Contrato, tomando debida atención de todas las circunstancias relevantes.

El Ingeniero notificará a ambas Partes cada acuerdo aceptado o determinación, notificación que irá acompañada de documentos de sustento. Cada Parte hará efectiva cada acuerdo aceptado o determinación, a menos y hasta que sean revisadas de acuerdo con la cláusula 20 [Reclamaciones, Conflictos y Arbitraje]” (FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE INGENIEROS CONSULTORES 1999: 16)

---

<sup>96</sup> Revísese sub cláusula 20.1 de la edición 1999 del Libro Rojo. Cfr. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 76

<sup>97</sup> Revísese sub cláusula 20.1 (a), (b) y (c) de la edición 1999 del Libro Rojo. Cfr. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 76-77

Esta sub cláusula dispone que el Ingeniero deberá, después de consultar con cada parte, hacer un esfuerzo por alcanzar un acuerdo, caso contrario, emite una determinación final.

**(ii) El procedimiento de reclamación contractual del comitente**

Este procedimiento es una de las innovaciones que introdujo la edición 1999 del Libro Rojo y regula aquello que puede realizar el comitente según la sub cláusula 2.5.

En virtud de esta disposición, si el comitente considera que tiene derecho a un pago basado en el contrato y/o una prórroga para la notificación de defectos de obra debe comunicárselo al contratista detallando las circunstancias que le facultan a ello y los detalles relativos a la base legal y/o contractual de la reclamación.

Así, el procedimiento previsto en la subcláusula 2.5 de la edición 1999 del Libro Rojo contiene una vía de reclamación para el comitente que, en definitiva, resguarda sus derechos frente a actos arbitrarios de la contraparte. La mencionada cláusula exige el siguiente procedimiento:

El comitente deberá notificar al contratista, tan pronto sea posible, de algún acreditado evento, acontecimiento o circunstancia que sustenta su derecho a algún pago u obligación de cargo de aquel. La notificación deberá cumplir con las condiciones de la subcláusula 1.3, esto es, por escrito y apropiadamente entregada, etc.

Por lo tanto, la subcláusula 2.5 impone un procedimiento de reclamación para el comitente de cumplimiento riguroso, en resguardo o prevención de cualquier acto arbitrario en su perjuicio por parte del contratista.

### 3.2.3.3. La determinación de la controversia

En el sistema de resolución de controversias de la edición 1999 del Libro Rojo, verificado el cumplimiento de los requisitos previos al inicio del procedimiento pre-arbitral, puede avanzarse un paso más hacia la intervención del DAB. Para ello se requiere que exista una controversia entre las partes, entendida ésta como toda diferencia derivada de la obra o de la ejecución contrato.

La existencia de una controversia es un requisito esencial que determina la puesta en marcha del procedimiento arbitral previsto en la cláusula 20. Es decir, de no existir tal, no es posible recurrir a la cláusula 20 de las Condiciones FIDIC de la edición 1999 del Libro Rojo.

De modo que, habrá que necesariamente calificar la diferencia surgida para canalizarla por la vía adecuada. Si se trata de una reclamación o en su caso una disputa, habrá que acudir a los procedimientos contractuales previstos para cada uno de ellos<sup>98</sup>.

En todo caso, la relación de subsidiariedad entre los procedimientos de reclamación contractual y la vía pre-arbitral de la cláusula 20 queda confirmada en la práctica arbitral; ya que ante una reclamación, existe la obligación de iniciar los mecanismos

---

<sup>98</sup> En la práctica arbitral se afirma que "existe un mundo de diferencia" entre una reclamación contractual y una disputa. El primer paso siempre es una reclamación contractual bajo el sistema FIDIC, que, en caso de fracaso en su resolución, se convertirá en disputa. Cfr. International Commerce Chamber 1989 : 132

contractuales previstos para tales circunstancias, de otro modo, si llegase una reclamación al DAB que no ha seguido el procedimiento contractual, éste deberá declinar el ejercicio de la función adjudicativa. Excepcionalmente, solo en los casos en que la reclamación no haya podido seguir el procedimiento contractual se puede acudir a esta vía pre arbitral<sup>99</sup> lo cual debe ser definido por el DAB.

En conclusión, la existencia de una controversia derivada de un reclamo es un presupuesto necesario para poder acudir al procedimiento pre-arbitral de la cláusula 20. De no ser así, el DAB no podrá ejercer su potestad adjudicativa para conocer y decidir la controversia.

#### 3.2.3.4. El procedimiento pre-arbitral

El procedimiento pre-arbitral presenta las siguientes etapas:

(i) La obligación de sometimiento de la controversia

El texto de la edición 1999 del Libro Rojo obliga a someter la controversia, por escrito e invocando expresamente la sub cláusula 20.4 al DAB, con copia para las partes. No obstante, las controversias surgidas una vez disuelto el DAB deben someterse directamente al arbitraje<sup>100</sup>.

(ii) La adopción de la decisión

---

<sup>99</sup> Cfr. International Commerce Chamber 1986 : 82

<sup>100</sup> Sub cláusula 20.8 de la edición 1999 del Libro Rojo. Cfr. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 81

A partir del momento en que se notifica la controversia, el DAB cuenta con un plazo de 84 días para emitir su decisión, que deberá comunicar por escrito a las partes<sup>101</sup>. Para la toma de decisión por parte del DAB, existe una reglamentación detallada, exigiéndose que además la decisión sea razonada, con audiencia de las partes y pronunciándose sobre sus alegaciones. Este estándar supera el esquema que se mantenía con la edición 1987 del Libro Rojo en la que participaba el Ingeniero.

Una vez dictada la decisión, deberá notificarse a las partes, a partir del cual su cumplimiento es inmediato y además definitivo, si transcurrido un plazo de 28 días ninguna de las partes manifiesta su disconformidad. La reducción de este plazo en comparación con la edición contractual anterior, denota la intención de la FIDIC de convertir esta vía en mucho más expeditiva<sup>102</sup>.

La decisión del DAB se hará efectiva de manera inmediata pero transitoriamente hasta la emisión del laudo arbitral<sup>103</sup>, con lo que el contratista debe continuar con la ejecución de la obra con la debida diligencia según las disposiciones del contrato.

(iii) Negociaciones para una solución amistosa previas al arbitraje

Previo al inicio del arbitraje se describe un procedimiento diseñado de “tres pasos”<sup>104</sup>:

---

<sup>101</sup> No obstante, nada impide que las partes pacten, de mutuo acuerdo, un plazo distinto, conforme a la sub cláusula 20.4, apartado 4º de las condiciones FIDIC de la edición 1999 del Libro Rojo.

<sup>102</sup> Bajo el esquema de la anterior edición (1987) el plazo era de 70 días.

<sup>103</sup> Cfr. Seppälä 1986: 329.

<sup>104</sup> Cfr. Jaynes 2004b

- El primero es la notificación oportuna a la otra parte de la intención<sup>105</sup> de someter el conflicto al arbitraje.
- El segundo es el período mínimo obligatorio de negociaciones para alcanzar una solución amistosa, después del cual cada parte es libre de someter el conflicto a arbitraje.
- El tercero es la iniciación efectiva del arbitraje.

La exigencia de la solución amistosa se encuentra expresada en la sub cláusula 20.5 de la edición 1999 del Libro Rojo, para ello se cuenta con un plazo de 56 días, luego de lo cual se está en capacidad para el iniciar el proceso arbitral.

### 3.3. Subcapítulo tercero: el proceso arbitral

Una vez agotados los mecanismos contractuales de reclamación y/o los plazos de los procedimientos pre-arbitrales sin pronunciamiento, y de subsistir la disputa, las partes están habilitadas para acudir al arbitraje. El arbitraje, se convierte entonces, en la tercera fase en este sistema de gestión conflictual convencional.

El arbitraje se presenta como un mecanismo definitivo en sí mismo de resolución de controversias, cuya decisión obliga a las partes. Efectivamente, es el método que resuelve el fondo de la disputa e impone a las partes una decisión final que puede ejecutarse forzosamente.

---

<sup>105</sup> La parte debe comunicar a la otra y al DAB su intención de acudir al arbitraje, sin que sea necesario, presentar una solicitud formal de iniciación de un procedimiento arbitral. De modo que el requisito exigido se refiere a la manifestación de la seria intención de acudir al arbitraje y no, desde luego, a una solicitud formal.

La idoneidad del arbitraje en el ámbito internacional se manifiesta fundamentalmente, en la consecución de un título ejecución susceptible de ser ejecutado compulsivamente en los distintos países sometidos bajo el Convenio de Nueva York de 1958. De esta manera el arbitraje es lo suficientemente capaz para dotar de seguridad jurídica a la contratación internacional.

En el ámbito de la construcción, el arbitraje se presenta como un recurso idóneo y eficiente en la resolución de disputas en comparación con los poderes estatales de justicia. La inmensa mayoría de las disputas en los contratos de construcción –por no decir casi todas- se someten a arbitraje, llegando cierto sector de la doctrina a afirmar que el árbitro es el “juez natural” en este tipo de disputas<sup>106</sup>.

Conforme con la cláusula 20 de la edición de 1999 del Libro Rojo, a menos que se haya estipulado lo contrario, el arbitraje es conducido bajo las normas de arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (ICC). Esto ha sido así desde la primera edición en 1957, lo cual ha sido una fuente de una gran experiencia arbitral y aporte a la regulación internacional en el sector.

Los árbitros tienen poderes para abrir, revisar y examinar cualquier decisión, del DAB, así como toda opinión, instrucción, determinación, certificado o evaluación del Ingeniero. De este modo, los árbitros tienen el poder para decidir de nuevo sobre todas las cuestiones de hecho, toda la interpretación contractual y toda cuestión de derecho relacionadas con un conflicto.

---

<sup>106</sup> Cfr. Hernández 1999 : 328



Contractualmente, la competencia de los árbitros está limitada sólo a aquellos conflictos que han sido sometidos previamente al DAB<sup>107</sup>, o dicho de otro modo que hayan pasado por todos los procedimientos establecidos por la cláusula 20.

Debido a las diferentes etapas especificadas por la cláusula 20, no es posible iniciar el arbitraje hasta 168 días<sup>108</sup> (24 semanas ó 6 meses) después de haberse planteado la reclamación. Sin embargo esta regla no opera en caso el contrato haya sido totalmente ejecutado y la designación de los miembros del DAB haya expirado; en este caso todo conflicto puede ser solucionado directamente mediante el arbitraje<sup>109</sup>. De no recurrir al arbitraje opera la renuncia de las partes a éste<sup>110</sup>, quedando firme y vinculante la decisión del DAB.

De esta manera, la FIDIC busca que las partes no acudan al arbitraje en cualquier momento bajo la aplicación del principio de *favor arbitri*, siendo la práctica arbitral ICC<sup>111</sup> clara al respecto. FIDIC busca que el tribunal arbitral se declare incompetente en caso de comprobar que no se ha cumplido con la obligación de agotar previamente al procedimiento pre-arbitral previsto en la cláusula 20<sup>112</sup>; es más los árbitros están habilitados para valorar, bajo su competencia, el cumplimiento de los requisitos

---

<sup>107</sup> En este caso es perfectamente admisible la aplicación del principio "Kompetenz - Kompetenz". Regla bajo la que el árbitro es competente para decidir sobre su propia competencia; esto es, si lo es para conocer de la disputa, lo es también para verificar de oficio su competencia.

<sup>108</sup> Este número de días es el resultado de la agregación anterior de todos los períodos de tiempo mencionados en la cláusula.

<sup>109</sup> Sub cláusula 20.8 de las condiciones FIDIC de la edición 1999 del Libro Rojo. Cfr. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 81

<sup>110</sup> Cfr. International Commerce Chamber – ICC 1998: 74-95.

<sup>111</sup> Esta circunstancia se ha reconocido en el laudo arbitral CCI número 5634/1988.

<sup>112</sup> Véase el laudo en los casos N° 16535/1992, N° 4840/1986 y 5634/1988

procedimentales exigidos por esta cláusula, circunstancia de la que depende la competencia del árbitro.

Es más, la aceptación de la solicitud de arbitraje ante la Corte de la ICC no prejuzga el control de la competencia del árbitro, que deberá verificar, en todo caso, si ha existido una decisión pre-arbitral para poder entrar a conocer el fondo de la controversia<sup>113</sup>.

El incumplimiento de una decisión final y vinculante del DAB por parte de una de las partes permite a la otra, la posibilidad de recurrir al arbitraje, para ejecutar tal decisión. Efectivamente, la decisión del DAB *per se* no constituye un título ejecutivo como el caso de las sentencias o los laudos arbitrales y por tanto no estaría dentro de los alcances del Convenio de Nueva York de 1958.

En este caso, el arbitraje tendrá un carácter meramente compulsivo en el absoluto y pleno cumplimiento de la decisión, ya que un nuevo pronunciamiento sobre el fondo no sólo excedería la competencia de los árbitros –constituyendo esto una causa de anulación o denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral- sino que además esta situación convertiría en inútil el pronunciamiento del DAB, el cual perdería sentido dentro del nuevo sistema de gestión conflictual convencional.

En este supuesto, lo que se somete a arbitraje es el incumplimiento de una de las partes de la decisión del DAB (incumplimiento contractual). Se trata de agregar eficiencia a la gestión de los contratos de construcción y; de esta manera, la decisión ejecutiva del tribunal arbitral (como laudo arbitral) tendría además la protección del régimen del Convenio de Nueva York de 1958.

---

<sup>113</sup> Cfr. International Commerce Chamber – ICC 1983: 371-378

### 3.3.1. Participación del Tribunal Arbitral

Para poder centrar el desarrollo de la participación del tribunal arbitral se deberá partir de la siguiente premisa: el tribunal arbitral no es una instancia de apelaciones que revisa una decisión previa dentro de este sistema de gestión conflictual convencional FIDIC. El tribunal arbitral tiene la obligación de investigar el caso, de determinar por sí mismo los hechos (independientemente del punto de vista del DAB) para llegar a sus propias conclusiones, de estar informado a partir de su propio conocimiento del mundo y de su propia especialización (y si carece de esta última, con la ayuda de peritos), y de ejecutar el contrato (o la ley aplicable) para arribar a su decisión o a sus decisiones<sup>114</sup>.

En efecto, la sub cláusula 20.6 de la edición 1999 del Libro Rojo de la FIDIC deja en claro que el tribunal debe abrir, revisar y examinar cualquier decisión previa del DAB (o del Ingeniero, en caso, de ediciones previas) relevante en relación con el conflicto, y que el Ingeniero (pero no los miembros de un DAB) pueden presentar evidencia. De este modo, una decisión previa del Ingeniero o del DAB no es relevante o admisible como precedente real de nada, ni debe jugar decisivamente ningún papel en las deliberaciones del tribunal.

El papel del tribunal es guiar los procedimientos para sacar a la luz los temas o cuestiones que va a tener que decidir; tiene el papel de guiar a las partes o sus representantes legales hacia la verdad y la razón. En este contexto, las partes tienen también el deber de dotar a los árbitros del material que se necesite para que éstos guíen eficientemente el caso y les permita decidir el conflicto.

---

<sup>114</sup> Cfr. Lloyd 2004

Es importante que con la primera reunión con las partes, el tribunal pueda estar informado, recabando de ser posible una cronología de los eventos de cada parte, especialmente si hay reclamaciones por retrasos o interrupciones. Sobre la base del material proporcionado por las partes, el tribunal debe preparar una cronología compuesta que debe ser enviada a las partes. Por lo tanto, el tribunal debe mantener la cronología, enmendándola en la medida que se desarrolla el caso, haciendo circular las revisiones y solicitando a las partes que llenen cualquier vacío que se encuentre en dicha cronología. El tribunal no debe dudar en buscar la información que le posibilite crear cuadros, diagramas o glosarios organizacionales u otra forma de aclaración con el propósito de la definición de una reclamación o de cualquier otro tema.

Es común bajo las normas de la ICC iniciar la primera reunión con la redacción y suscripción de los términos de referencia como la preparación de una lista de temas controvertidos sobre los que incidirán los medios de prueba y finalmente se resolverá. Por lo tanto, la principal gran tarea del tribunal es la extracción de dichos temas en las primeras etapas. Esta lista debe ser revisada y reenviada por el tribunal en consulta con las partes en la medida que avanza el caso. Esta parte sin duda es la base para un buen análisis del caso.

El tribunal arbitral debe ser lo suficientemente hábil para recaudar de las partes e incluso de oficio, las pruebas que le permitan un adecuado análisis, para lo cual deberán inicialmente recurrir a aquellos documentos que acrediten los hechos relevantes, razón por la que necesitan ser apropiadamente seleccionados y presentados señalando qué es lo que intenta probar. Es obvio a lo dicho que el tribunal

puede pedir documentos adicionales en cualquier momento para cumplir con su obligación de determinar los hechos.

Adicionalmente a este medio de prueba, el tribunal deberá ponderar las declaraciones testimoniales presentadas, así como los informes periciales que se desarrollen durante el proceso.

Dentro del proceso, el rol del tribunal arbitral se centra en garantizar el trato equitativo para las partes en el ejercicio de su derecho de defensa y evitar todo acto que signifique un flagrante abuso de sus prerrogativas en el ejercicio de su cargo.

### 3.3.2. Análisis de la competencia de los árbitros: sus límites ante los mecanismos de control gubernamental peruano

Si bien el desarrollo de los dos subcapítulos precedentes han permitido alcanzar los dos objetivos específicos planteados para esta tesis<sup>115</sup>, este sistema de gestión conflictual convencional del modelo FIDIC (edición 1999 del Libro Rojo) propuesto como idóneo para promover la ejecución de proyectos de infraestructura en el país, será finalmente sometido a un tercer análisis, cuyo resultado permitirá confirmar o no la hipótesis propuesta al inicio de la investigación<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Los objetivos específicos planteados son:

- Verificar si el sistema de gestión conflictual convencional creado por el actual Libro Rojo FIDIC (1999) ha logrado superar las críticas de parcialidad del ingeniero y la inobservancia del principio de contradicción en los mecanismos decisorios durante la ejecución de la obra.
- Verificar la función específica del DAB en el contexto de las reclamaciones planteadas en obra y su aporte de eficiencia en el nuevo sistema de gestión conflictual bajo análisis.

<sup>116</sup> La hipótesis planteada fue la siguiente: El actual sistema de gestión conflictual convencional FIDIC del Libro Rojo (Edición 1999) es una alternativa eficiente de solución de conflictos en comparación con el modelo peruano y; así,

Esta vez la hipótesis de eficacia e idoneidad jurídica de este nuevo sistema conflictual será sometida a un tercer y último examen que tendrá como eje gravitacional la competencia de los árbitros.

La competencia de los árbitros para cualquier sistema de gestión convencional de solución de controversias es central para garantizar estabilidad, predictibilidad y, en especial, eficiencia contractual. En sentido contrario, cualquier interferencia normativa o acción estatal a la capacidad plena de conocimiento y resolución de conflictos de aquellos, encarece la contratación, porque agrega mayores costos de transacción al incrementarse el riesgo implícito<sup>117</sup> para esta clase de contratos.

De esta manera, proponer el modelo del actual sistema de gestión conflictual convencional de la FIDIC (edición 1999 del Libro Rojo) como una alternativa idónea de reglas predecibles para el manejo del conflicto en el contexto jurídico peruano que ayude a promover con mayor eficacia la inversión en el país, requiere analizar - como variable de análisis - si el desarrollo contractual de este nuevo modelo puede verse cuestionado por ciertos límites de competencia de los árbitros establecidos por la legislación nacional, para lo cual se incidirá en los siguientes tres puntos:

- (i) Adaptabilidad del actual sistema de gestión conflictual convencional FIDIC (edición 1999 del Libro Rojo) en el régimen normativo peruano aplicado al desarrollo de proyectos de infraestructura.

---

ofrece mayor predictibilidad al manejo del conflicto en el sector construcción que ayude a promover la inversión extranjera en proyectos de infraestructura en el país, favoreciendo su crecimiento económico.

<sup>117</sup> Cfr. Cantuarias 2002:14

- (ii) Disposiciones normativas en materia arbitral y mecanismos de control gubernamental del Estado en la ejecución de proyectos de infraestructura en el contexto de la Ley de Contrataciones del Estado.
  
- (iii) Límites a la competencia de los árbitros: Epílogo del análisis de los 4 escenarios normativos.

El desarrollo de estos tres puntos permitirá centrar el análisis del tercer objetivo específico planteado referido al límite competencial de los árbitros.

#### 3.3.2.1. Adaptabilidad del actual sistema de gestión conflictual convencional FIDIC (edición 1999 del Libro Rojo) en el contexto normativo público peruano.

La pregunta sugerida para el inicio de este diagnóstico es: ¿Cuán adaptable es el actual sistema de gestión conflictual convencional FIDIC (edición 1999 del Libro Rojo) en el régimen normativo peruano aplicado al desarrollo de proyectos de infraestructura?; esto, desde la perspectiva de cómo estructurar la contratación para favorecer la ejecución de proyectos de infraestructura en el país.

La respuesta exigirá someter este sistema de gestión conflictual convencional al análisis de cuatro escenarios normativos que permiten la viabilidad de esta clase de proyectos, como son:

- (i) Régimen de Promoción de la Inversión Privada en Infraestructura de Servicios Públicos.
- (ii) Régimen de las Asociaciones Público Privadas
- (iii) Régimen de la Ley de Contrataciones del Estado.
- (iv) Regímenes de contratación pública donde la Ley de Contrataciones del Estado no es aplicable.

#### 3.3.2.1.1. Régimen de Promoción de la Inversión Privada en Infraestructura de Servicios Públicos

En el año 1991 y como antecedente inmediato de este régimen jurídico específico, se expidió el Decreto Legislativo N° 757 que aprobó la “Ley marco para el crecimiento de la inversión privada”. Esta norma estuvo orientada a consolidar el programa de reformas económicas estructurales de la economía emprendido por el gobierno de aquel momento y dirigido a promover y garantizar la libre iniciativa para el crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía. Esta Ley establece derechos, garantías y obligaciones aplicables a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que sean titulares de inversiones en el país.

El artículo 11° del mencionado Decreto Legislativo declara el interés del Estado por la inversión en servicios públicos; en tal sentido, señala que el Estado asegura la prestación de servicios públicos básicos promoviendo la participación del sector privado a fin de mejorar la calidad de los servicios.

Por otro lado, el artículo 48° señala que el Estado, en su relación con particulares, podrá someter a arbitraje nacional o internacional - de acuerdo a la legislación nacional



e internacional de los cuales el Perú es parte - toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.<sup>118</sup>

Dentro de este marco normativo, el Decreto Legislativo N° 758 apareció como una norma especial en el campo de la inversión privada en infraestructura, estableciendo reglas generales aplicables a todas las obras de infraestructura de servicios públicos que podían ser otorgadas en concesión a los inversionistas privados (nacionales o extranjeros), regulando la construcción, conservación y explotación de éstas.

Esta norma es importante porque promovió con intensidad, a partir de la última década del siglo pasado, la concesión<sup>119</sup> como mecanismo idóneo para ampliar la cobertura de los servicios públicos y desarrollar obras de infraestructura en el país.

Esta normativa introdujo como uno de los mecanismos de garantía de la inversión, la posibilidad del Estado de someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a arbitraje nacional o internacional conforme al artículo 63° de la Constitución aunque no se hubiera celebrado convenios de estabilidad<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Disposición expedida dentro de los alcances del artículo 136° de la Constitución de 1979: "*Artículo 136. Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las condiciones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquellos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.*"

<sup>119</sup> La concesión **es** definida por esta norma como el acto administrativo por el cual el Estado, con el objeto que el concesionario realice determinadas obras y servicios fijados o aceptados previamente por el organismo precedente, le otorga el aprovechamiento de una obra para la prestación de un servicio público, por un plazo determinado que en ningún caso exceda de 60 años. La concesión es la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos. (Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 839 y Artículo 2 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM)

<sup>120</sup> Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 758, actualizado por el Artículo 17 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, norma que aprueba el Texto Único Ordenado 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.

Por otro lado, sobre las diferencias derivadas de los convenios de estabilidad<sup>121</sup>, el Estado tiene la posibilidad igualmente de someter éstas a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales el Perú sea parte<sup>122</sup>. Cabe mencionar además que bajo los Tratados Bilaterales de Inversión<sup>123</sup> (Bilateral Investment Treaties - BITs), un inversionista extranjero puede someter bajo el ámbito del Derecho Internacional Público, alguna diferencia o violación de un Tratado Bilateral en que el Perú sea parte respecto de acuerdos de protección a la inversión, esto es lo que se denomina arbitraje de inversión.

De esta manera se aprecia que la garantía del arbitraje marcó una señal clara e inmejorable para el inversionista en la protección de su inversión.

La globalización ha generado que los Estados, en especial de países emergentes, tiendan a competir por atraer mayor inversión, por lo que adecúan sus legislaciones para ofrecer al inversionista extranjero mayor “seguridad” por su inversión. Así, se aprecia cómo las viejas discusiones y los fundamentos de supremacía del derecho público sobre el derecho privado a este nivel se han relativizado.

El Estado Peruano ofrece mecanismos de solución de controversias eficientes para colocarse en mejor situación que su competencia en la región; así por ejemplo, el

---

<sup>121</sup> Estos contratos constituyen un mecanismo de garantía a la inversión extranjera frente al riesgo político no comercial. En otras palabras, se blinda la inversión contra eventos tales como inestabilidad e impredecibilidad del orden jurídico, riesgos de expropiaciones, restricciones a la convertibilidad monetaria, cambio de reglas tributarias, aplicación retroactiva o discriminatoria de la ley, etc.

<sup>122</sup> Artículo 16º del Decreto Legislativo N° 662 que aprueba el Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera.

<sup>123</sup> Como bien señala KARL JOACHIM, “Los BITs generan un ambiente de estabilidad y predictibilidad del marco legal aplicable a las inversiones, que incentivan la atracción de la inversión extranjera” Cfr. ICSID 1996 : 2-3

Estado - a través de estos mecanismos de promoción a la inversión, como son los contratos leyes (convenios de estabilidad) - permite al inversionista extranjero someter a arbitraje atribuciones incluso de su "jus imperium" derivados del cambio de reglas de juego en materia tributaria, legislativa, etc; materias que para los nacionales están vedadas, pero que; sin embargo, para el inversionista extranjero se encuentra relativizada.

Aunque resulte paradójico, actualmente la inversión extranjera se encuentra en mejor condición de seguridad que la inversión nacional, expuesta y sometida a los vaivenes de las atribuciones soberanas de un Estado que no ofrece iguales condiciones de seguridad.

Posteriormente, se expidió el Decreto Legislativo N° 839, norma que aprobó la denominada "Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos"<sup>124</sup> la cual creó un organismo único coordinador denominado PROMCEPRI (hoy PROINVERSION), con el objetivo que la entrega de la concesión de determinadas obras públicas de infraestructura al sector privado se desarrolle bajo un mismo procedimiento y goce de nuevos beneficios.

El 27 de diciembre de 1996 fue publicado el Decreto Supremo N° 059-96-PCM "Texto único ordenado 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". Esta norma reiteró el interés nacional en la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

---

<sup>124</sup> El artículo 1º declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

Asimismo, consolidó a PROINVERSION como el organismo rector máximo encargado de diseñar y conducir el proceso de promoción de la inversión unificando la toma de decisiones. Como parte de este diseño normativo, los organismos reguladores cumplen, además, una función importante, cual es el de velar el cumplimiento de los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario, el cual forma parte del contrato de concesión<sup>125</sup>; y en tal sentido, ejercen, entre otros, funciones de supervisión y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contractuales o técnicas.

Bajo este esquema fueron definidas las modalidades de entrega en concesión: Licitación Pública Especial y Concurso de Proyectos Integrales, sean a su vez, a título oneroso, gratuito, cofinanciada por el Estado o mixta.

Esta norma recogió además los mecanismos de garantía para la inversión privada y dentro de ellas –la ya adelantada- posibilidad del Estado de someter a arbitraje nacional o internacional las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones<sup>126</sup>, ofreciendo de esta manera un mecanismo neutral de solución de conflictos que hace más eficiente la contratación.

El reglamento de esta norma, aprobado mediante Decreto Supremo N° 060-96-PCM, determinó con claridad la ley aplicable, señalando en su artículo 4° que las Licitaciones Públicas Especiales o los Concursos de Proyectos Especiales, para la realización de obras públicas de infraestructura o de servicios públicos, financiados total o

---

<sup>125</sup> Artículo 2° de la Ley N° 26885 “Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos” que modifica el artículo 25 del Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

<sup>126</sup> Segundo párrafo del artículo 17° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

parcialmente con recursos provenientes de fuente internacional, se sujetarán a lo establecido en los respectivos convenios de préstamo, ayuda o cooperación internacional y sus documentos anexos, así como a las normas contenidas en dicho reglamento en lo que fuera aplicable.

Estas disposiciones ofrecen un escenario óptimo para que en los contratos de construcción de los mismos se aplique de manera plena los modelos FIDIC (edición 1999 del Libro Rojo) y el desarrollo pleno del sistema de gestión conflictual convencional propuesto como herramienta no sólo que simplifique la contratación sino que garantice certeza o predictibilidad de aquellas reglas que promuevan la inversión privada. Siendo, entonces, los convenios internacionales de préstamo la base normativa de regulación directa<sup>127</sup> de los procesos de licitación o concursos de proyectos especiales, es claro que los financiadores tendrán el incentivo suficiente y adecuado para recurrir a reglas que le ofrezcan mayor seguridad y predictibilidad, siendo que -como ya viene ocurriendo- las cláusulas estándar FIDIC son de plena aplicación, dado su adaptabilidad.

Por su parte, los árbitros designados bajo un convenio arbitral FIDIC que conozcan de una controversia derivada de la ejecución de un contrato de concesión, no están sometidos a limitaciones legales expresas de competencia que perturben la idoneidad de este sistema como mecanismo adecuado de solución de disputas, con lo cual y siempre que se viabilice estos proyectos a través de este escenario propuesto queda despejada la hipótesis planteada positivamente, confirmando que el sistema conflictual convencional bajo las cláusulas estándar FIDIC (edición 1999 del Libro Rojo) es una

---

<sup>127</sup> La LCE no es aplicable al régimen de concesiones de recursos naturales y obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos, conforme a lo dispuesto en el literal m) del numeral 3.3 del Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1017.

alternativa idónea de reglas predecibles para el manejo o gestión del conflicto que promueva con mayor eficacia la inversión en proyectos de infraestructura y servicios públicos que favorezca el crecimiento económico del país.

#### 3.3.2.1.2. Régimen de las Asociaciones Público Privadas

No fue sino hasta doce años después de la promulgación de la norma que regula las concesiones que el Estado peruano decidió regular un camino adicional para atraer inversiones y promover la ejecución de obras de infraestructura que ayuden a disminuir la brecha aun existente en el Perú. Así, el 13 de mayo del 2008, el Estado publicó el Decreto Legislativo N° 1012 que aprobó la “Ley marco de asociaciones público privadas para la generación de empleo productivo y agilización de los procesos de promoción de la inversión” (en adelante, la Ley de APPs).

Mediante esta norma, se estableció la posibilidad de unir conocimientos, experiencia y tecnología a la vez que se distribuían los riesgos y recursos entre el inversionista privado y el Estado. Mediante esta modalidad se abría un abanico de posibilidades para que no solo exista la posibilidad de presentar iniciativas privadas de interés para el Estado, sino que el privado podría minimizar un poco más los riesgos que ya se habían constatado en la experiencia obtenida mediante la utilización de la concesión.

Es en ese sentido que se puede considerar a las APPs como la nueva “concesión 2.0”, una nueva versión de la concesión, más moderna, con mayores posibilidades para minimizar riesgos. Constituye una actualización con nuevos conceptos que pueden ser aprovechados por los inversionistas privados.

De acuerdo a la Ley de APPs, estas se clasifican en autosostenibles y cofinanciadas. Las primeras implican una demanda mínima o nula garantía financiada por el Estado, mientras que las segundas requieren del cofinanciamiento o del otorgamiento de garantías financiera o no financieras por parte del Estado.

En esta norma se establecieron dos caminos para la ejecución de proyectos de infraestructura con miras a reducir la brecha existente todavía. El primero se origina mediante la *iniciativa estatal* y en ella las etapas básicas siguientes:

- Incorporación al proceso.
- Aprobación del Plan de Promoción.
- Convocatoria y publicidad de Bases.
- Consultas a las Bases y Sugerencias al Contrato.
- Precalificación.
- Presentación de propuestas técnicas y económicas.
- Adjudicación de la buena pro.
- Cierre – firma del contrato.

El segundo camino se origina mediante la *iniciativa privada*. En esta norma se estableció un procedimiento más simplificado para la presentación de iniciativas privadas, así como la posibilidad de reembolso de los gastos incurridos en la elaboración de la iniciativa privada siempre que el proponente no haya obtenido la adjudicación del proyecto o no haya participado en el proceso de selección correspondiente. Las etapas del proceso de iniciativa privada son los siguientes:

- Admisión a trámite.
- Evaluación.
- Declaratoria de interés (de ser el caso).
- Publicidad de la iniciativa privada y plazo de noventa días para la presentación de terceros interesados.
- Concurso o adjudicación directa, según se presenten o no terceros interesados.
- Adjudicación, si hay concurso.

Durante los últimos años se ha venido promoviendo (por parte del Estado) y utilizando con mucha mayor fuerza los beneficios de ejecutar proyectos mediante APPs. Ello explica por qué constantemente se ha buscado mejorar la norma para simplificar los procedimientos, generar eficiencia en la ejecución de los contratos, reducir los costos de transacción, entre otros objetivos con la única finalidad de atraer la inversión y reducir la brecha de infraestructura.

Precisamente por ello, mediante la Ley N° 30114 (Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2014), se incluyeron ciertas modificaciones a la Ley de APPs<sup>128</sup>. Una de las modificaciones es importante para este análisis, contenida en la undécima disposición complementaria modificatoria que modificó el numeral 9.6 de la Ley de APPs la cual está referido al mecanismo de solución de controversias para la disputas que surjan en el marco de la ejecución de un contrato de APP<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Se ha discutido la pertinencia de haber incluido modificaciones a la Ley de APPs en una norma destinada a regular algo distinto, más aún mediante una disposición complementaria modificatoria. Sin embargo, las modificaciones ya están incluidas y en la medida que están reguladas en una ley, se ha entendido como válidos los efectos de modificación.

<sup>129</sup> Dicha modificación entró en vigencia el 01 de enero del 2014.



Se cita a continuación el numeral 9.6 original:

“9.6 Los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de diferencias y deberán contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de los contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual.” (Perú 2008:7)

La undécima disposición complementaria modificatoria de la ley antes señalada modificó el numeral 9.6 de la siguiente manera:

“9.6 Los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias y deberán contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de los contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual.

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

De igual modo en los nuevos contratos a suscribirse, podrá considerarse en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional, que las partes puedan someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, a solicitud de cualquiera de ellas, la cual estará conformada por uno (1) o tres (3) expertos que serán designados por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La Junta de Resolución de Disputas emitirá una decisión vinculante para las partes, la cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje.

Los procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución del Amigable Componedor y de las Juntas de Resolución de Disputas serán establecidos en el reglamento de la presente Ley. Tanto el Amigable Componedor, como los miembros de la Junta de Resolución de Disputas podrán ser terceros neutrales de nacionalidad distinta a la de las partes.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes, no es de aplicación cuando se remite la controversia a un Mecanismo Internacional de Solución de Controversias a que se refiere la Ley 28933.

No se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, los servicios a ser brindados por el Amigable Componedor, los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, los Centros ni las Instituciones que administren los citados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, siempre que dichos servicios sean requeridos dentro de la ejecución de los contratos de Asociación Público-Privada.” (Perú 2013: 29)

La modificación implicó la inclusión de cinco párrafos adicionales al texto original, dado los nuevos métodos de solución de controversias que se incluyeron. Básicamente, con la nueva modificatoria, no solo existiría un mecanismo de solución de controversia (el arbitraje), sino que añaden dos más: el Amigable Componedor y la Junta de Resolución de Disputas. Esta última traducida del inglés como DAB.

Estas disposiciones no hacen sino confirmar la posibilidad, ahora real, de incluir en la legislación nacional en materia de obras de infraestructura, un escenario muy parecido al sistema de gestión conflictual convencional de los contratos modelo FIDIC. Es parecido dado que solo se ha incluido la posibilidad de resolver las disputas mediante otros dos mecanismos de manera facultativa.

A diferencia de lo que ocurre en los contratos modelo FIDIC en donde la sola firma del contrato (salvo modificación de las cláusulas antes de su suscripción), establece para las partes i) *requisitos previos* al procedimiento pre arbitral; y ii) un *procedimiento pre arbitral*; ambos de obligatorio cumplimiento antes de acudir al arbitraje; en los contratos de APPs que se suscriban a futuro dependerá de las partes si optan por un modelo como el sistema de gestión conflictual convencional de la FIDIC o; por el contrario, mantienen el esquema que se ha venido aplicando en los contratos de APPs hasta la fecha con el arbitraje como único mecanismos para solucionar las disputas.

En otras palabras, se deja a las partes elegir la mejor manera de gestionar las disputas durante la ejecución de los contratos APPs. El mayor problema con el que posiblemente habrá que lidiar para el desarrollo pleno del sistema de gestión conflictual convencional de la FIDIC en los contratos APPs es el miedo a lo desconocido.

Y es que dado el desconocimiento de las buenas experiencias obtenidas con el sistema conflictual convencional FIDIC, muchos dudarán en incluir mecanismos alternativos previos y con efectos vinculantes para las partes, sin prestar atención al hecho que la actividad de la construcción es conflictiva por naturaleza y dada la necesidad de acabar las obras a tiempo, la búsqueda por solucionar disputas de la manera más eficiente se torna primordial a diferencia de lo que ocurre en otras actividades.

Sin perjuicio de lo señalado, las disposiciones ofrecen un escenario óptimo para la aplicación del sistema de gestión conflictual convencional propuesto en este trabajo como herramienta que garantice certeza y predictibilidad de las reglas que promueven la inversión privada.

#### 3.3.2.1.3. Régimen de la Ley de Contrataciones del Estado

Al entrar en vigencia la Ley N° 26850 “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”; se dio inicio a un nuevo régimen normativo en materia de contratación pública, unificando y derogando el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obra Pública (RULCOP), Reglamento Único de Adquisiciones (RUA) y el Reglamento General de Actividades de Consultoría (REGAC), entre otras normas conexas y/o complementarias.

Esta norma como su reglamento fue modificada en varias ocasiones, lo cual derivó en la expedición de un texto único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, LCADE), aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Estas normas fueron posteriormente derogadas por el actual Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Esta ley establece las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades del sector público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras, y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos; y, comprende –en términos generales- dentro de sus alcances a todas las entidades del sector público, incluidas las empresas del Estado de derecho público o privado y empresas mixtas bajo control societario del Estado, proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, entre otros.<sup>130</sup>

Por otro lado, esta ley no es de aplicación<sup>131</sup>, entre otros, al régimen de concesiones de obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos.

El Decreto Supremo N° 083-2004-PCM excluyó de su ámbito de aplicación a los contratos internacionales, los cuales debían ser regulados por los tratados en que el Perú sea parte o, en su defecto, por la costumbre y prácticas del comercio

---

<sup>130</sup> Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1017. Cfr. Perú 2008a: 12

<sup>131</sup> Literal m) del numeral 3.3 del Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1071. Cfr. Perú 2008a: 12

internacional<sup>132</sup>. Esta exclusión tal cual no ha sido replicada en el actualmente vigente Decreto Legislativo 1017.

Sin embargo, el Decreto Legislativo 1017 dispone que no se encuentra comprendido dentro de su ámbito de aplicación las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito<sup>133</sup>.

Esta sola norma pareciera delimitar, sin mayor problema, el campo de aplicación exclusiva de las disposiciones contenidas en los convenios internacionales para la contratación pública en términos generales, siendo campo fértil -sin mayor restricción- para el desarrollo del sistema conflictual convencional FIDIC o el establecido en dichos compromisos; sin embargo no es del todo claro. O por lo menos no lo fue hasta la publicación de la norma que modificará en el año 2015 la vigente actualmente<sup>134</sup>.

En efecto, la Quinta Disposición Complementaria Transitoria de la aún vigente Ley se señala que en las contrataciones bajo el ámbito del inciso t) del artículo 3.3 de la Ley, en caso de vacío o deficiencia en la regulación de los procesos de selección

---

<sup>132</sup> Literal n) del numeral 2.3 del Artículo 2º del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.

Para los contratos internacionales de ingeniería, la expresión más cercana de la *Lex Mercatoria* es el *ius ingeniorum*; la cual contiene, no sólo los principios generales universalmente aceptados en ingeniería; los usos y prácticas del comercio, fundamentalmente las condiciones generales y los contratos modelo elaborados por distintas instituciones y asociaciones de ingeniería (como la FIDIC); sino también la práctica arbitral derivada de las controversias de los contratos internacionales de ingeniería. REIG FABADO, agrega que si bien este punto puede ser materia de debate, afirma que los arbitrajes relativos a los contratos internacionales de ingeniería presentan una serie de características que los convierten únicos, tales como el carácter altamente técnico de las disputas, la alta calificación de los árbitros, el alto grado de especialización, y procedimientos rápidos y efectivos como parte de la necesidad de la obra.

<sup>133</sup> Literal u) del numeral 3.3 del Artículo 3º del Decreto Legislativo N° 1071. Cfr. Perú 2008a: 12

<sup>134</sup> En efecto, el 11 de julio del 2014 se publicó la Ley N° 30225 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado y dejará sin efecto la actual Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1017). Esta nueva norma entrará en vigencia a partir de los 30 días calendario desde la publicación de su reglamento.

convocados, serán de aplicación supletoria las disposiciones de la Ley y su Reglamento. En uno u otro supuesto corresponderá al Organismo Superior de Contrataciones del Estado (OSCE) supervisar el cumplimiento de los principios que rigen los procesos de selección contemplados en el artículo 3 de la Ley.

Asimismo, esta Disposición establece que si el vacío o deficiencia a que se refiere el párrafo anterior están referidos al procedimiento o a las reglas para la determinación de la competencia en la solución de controversias e impugnaciones, corresponderá al OSCE resolver la controversia y/o impugnación suscitada en calidad de última instancia administrativa.

Si esto fuese así, la aplicación supletoria de la LCE y su Reglamento frente a los vacíos o deficiencias de las bases en la regulación de los procesos de selección convocados en el marco de los convenios internacionales agrega sí un factor distorsionante para este análisis.

Bajo la aún vigente norma, confirmar la hipótesis se torna en una tarea compleja, ya que las disposiciones en la LCE relacionadas con las reglas sobre los mecanismos de control gubernamental del Estado (presentes desde los derogados LCADE y su Reglamento) han venido creando un escenario en el que no es posible el desarrollo pleno del sistema de gestión conflictual convencional FIDIC; sino por el contrario, se encontrarán ciertas limitaciones de tipo competencial que deberían ser tenidas en cuenta a fin de mejorar e incentivar la inversión privada en la ejecución de obras de infraestructura.

Sin embargo, y aquí lo interesante, durante el desarrollo de esta tesis y habiendo apreciado cómo se iba introduciendo el concepto del *Dispute Board* en el Perú a través de la experiencia en proyectos de infraestructura en el extranjero, en especial en Latinoamérica, y mediante conferencias académicas en los últimos años en donde profesionales del sector iban entendiendo el funcionamiento del mismo y las diferencias con otros mecanismos alternativos de solución de controversias, se publicó en el 2014 la nueva Ley de Contrataciones del Estado.

Aunque esta nueva LCE entrará en vigencia a los 30 días calendario de publicado el reglamento, se ha podido constatar la intención de resolver las disputas durante la ejecución de las obras de manera eficiente, y con ello acercarse al diseño conceptual del sistema de gestión de conflictos FIDIC. Sin duda no solo los contratistas, sino también – y más importante aún – el Estado han advertido dos situaciones básicas y esenciales para entender algunas de las modificaciones en esta nueva norma: i) la actividad de la construcción es conflictiva por naturaleza; y ii) solucionar las controversias de la manera como se venían haciendo estaba generando pérdidas de tiempo y dinero de manera innecesaria, sin contar con el hecho de no obtener la obra en el plazo previsto y con ella la insatisfacción a atender la necesidad pública.

Por ello, en la nueva LCE se introdujo la posibilidad de resolver las disputas no solo mediante conciliación y arbitraje, sino también mediante la Junta de Resolución de Disputas (traducción al español de *Dispute Adjudication Board*). El artículo 45 de esta nueva LCE establece lo siguiente:

“Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

45.2 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.

Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias



que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles **conforme a lo señalado en el reglamento.** (...)” (lo destacado es nuestro). (Perú 20014: 9)

Siendo que la nueva LCE introduce la posibilidad de resolver las controversias mediante DAB, aparece un atisbo con semejanzas al sistema de gestión conflictual convencional FIDIC; sin embargo aún está muy primariamente regulada (todavía no se reglamenta a la fecha de elaboración de esta tesis) y no ofrece cercanamente la garantía que pueda ser utilizada con eficiencia.

El reto está en entender que este método existe, que se viene empleando intensamente a nivel internacional con buenos resultados, y que además funciona integrado como parte de un sistema conflictual donde el arbitraje sigue teniendo una función preponderante, y cuyo objetivo final es la gestión eficiente de los contrato de obra pública construcción, sólo así estaremos más cerca del sistema FIDIC en la gestión de la disputas durante la ejecución de obra al amparo de la LCE.

Con esto, se ha dado un primer paso mediante regulación a nivel legal, por lo que preliminarmente sería posible adaptar el sistema de gestión conflictual convencional FIDIC a los contratos de obra regulados por la LCE. Sin embargo, el análisis de adaptabilidad no puede basarse solamente por su inclusión a nivel legal, sino que debe analizarse otras cuestiones que pueden traer conflictos o distorsiones con el correcto uso del sistema conflictual FIDIC; como los mecanismos de control gubernamental y los límites a la competencia de los árbitros que, por cierto, según se expresa en la ley se extiende a las decisiones de los miembros de la Junta de Resolución de Disputas teniendo como justificación el concepto de *interés público*.

#### 3.3.2.1.4 Regímenes de Excepción a la Ley de Contrataciones del Estado

En nuestro país, en el contexto del inciso u) del numeral 3.3 del artículo tercero de la LCE vigente y normas similares que la precedieron, existen múltiples regímenes de excepción a la aplicación de la norma general. La norma es clara en señalar que ella no es aplicable en el caso de contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones.

Por ello diversas contrataciones constituyen regímenes de excepción a la LCE, como por ejemplo, las que devienen de préstamos como los ODA Loans de la Agencia de Cooperación Internacional Japonesa / JICA y los del Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros, donde se utilizan contratos modelo FIDIC.

En este tipo de contrataciones encontramos el escenario perfecto para poder aplicar los contratos FIDIC, ya que la asignación de riesgos que ellos traen, no son cambiados por los mandatos de la LCE, como tampoco el régimen de solución de controversias y especialmente los descritos en la cláusula 20 del Libro Rojo.

La experiencia actual, sin embargo, es que pocas veces se han utilizado los modelos FIDIC de manera eficiente y con respeto a la asignación de riesgos que describen; incluso, en contra de las recomendaciones y guías de uso. Eventuales cambios en el texto no son recogidos las Condiciones de Aplicación Particular, sino en las propias

Condiciones Generales, causando confusión en su empleo al no identificarse debidamente los cambios y las razones de los mismos.

En el caso de los DB no sólo ha pasado lo anteriormente descrito, sino que no se han entendido la función y utilidad de estos, pues se le ha utilizado de diversas maneras, que van desde entenderlos como una “conciliación decisoria” o como un arbitraje técnico, con consecuencias nocivas para ambas partes.

Finalmente, también se ha apreciado casos en los que las partes, en desconocimiento y/o desconfianza de la figura del DB han decidido no emplearla y en los peores casos, hasta eliminarla de sus contratos, con la suscripción de las adendas respectivas, acordando llevar las disputas directamente a arbitraje, a la usanza de la LCE.

No obstante, la experiencia hasta aquí relatada, reiteramos que este tipo de regímenes son perfectos para que neutrales entrenados y con conocimiento de las buenas prácticas en el uso de DB puedan emplearla con éxito, pues se puede respetar tanto el correcto empleo de este mecanismo, así como la asignación de riesgos y buenas prácticas que están contenidas en los contratos FIDIC y que han sido adoptadas por las entidades cooperantes del Estado.

### 3.3.2.2. Las disposiciones normativas en materia arbitral y los mecanismos de control gubernamental del Estado en el contexto de la Ley de Contrataciones del Estado.

Las disposiciones normativas en la vigente LCE (que recogen las modificaciones introducidas en su antecesora LCADE y su Reglamento) así como los mecanismos de

control gubernamental del Estado -aplicados supletoriamente ante una eventual aplicación del nuevo sistema de gestión conflictual convencional FIDIC, en el caso que sea integrado en las bases de licitación y en el contrato para la ejecución de proyectos de infraestructura- establecen límites a la competencia de los árbitros, restringiendo su capacidad para arbitrar determinadas materias, restituyendo la competencia del Poder Público Administrador de Justicia; alejando, de esta manera, la condición de “neutralidad” del encargado de resolver disputas, exigida por los inversionistas como un factor importante al momento de tomar su decisión de inversión<sup>135</sup>.

Desde la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento, y actualmente con la vigente Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, se ha verificado cómo el interesante mecanismo arbitral, asimilado para solución de las controversias surgidas a partir de la ejecución de los contratos entre el Estado y el contratista, ha venido limitando sus alcances sistemáticamente.

Efectivamente, la fórmula recogida a partir del texto original de la Ley N° 26850 estableció que toda controversia derivada de la ejecución del contrato, esto es -a partir de la suscripción de éste- debía ser sometida escalonadamente primero a una conciliación y luego a un proceso arbitral, en caso de frustrarse total o parcialmente la primera. Este esquema resolutivo de controversias se encontraba enmarcado dentro de las disposiciones del artículo 63º de la Constitución.

Posteriormente, los alcances del mecanismo arbitral sufrieron una primera restricción. Las disposiciones de los artículos 140<sup>136</sup> y 186<sup>137</sup> del Reglamento de la LCADE,

---

<sup>135</sup> Cfr. Cremades 1983 : 46

<sup>136</sup> Artículo 140°.- Efectos de la Liquidación del contrato

aprobado por Decreto Supremo 013-2001-PCM, se encargaron de poner un primer límite a su aplicación. En efecto, debido a estas modificaciones, el arbitraje fue una alternativa de disputa pero sólo hasta el consentimiento de la liquidación del contrato, a partir de aquí se restituyó el fuero jurisdiccional ordinario para la discusión de las controversias relacionadas con ésta.

Sin embargo, el reglamento de la LCE se encargó de arreglar esta limitación, de tal forma que actualmente el contratista puede someter a arbitraje todas las controversias que surjan desde la celebración hasta el pago de la liquidación del contrato, conforme a lo establecido en sus artículos 179<sup>138</sup> y 181<sup>139</sup>.

---

Luego de haber quedado consentida la liquidación del contrato, no procederá reclamo alguno entre las partes mediante los mecanismos de solución de controversias establecidos en la Ley y el presente Reglamento, sin perjuicio de las garantías comerciales que el contratista hubiera otorgado a la Entidad, ni de la eventual responsabilidad por defectos o vicios ocultos, los que se ventilará en sede judicial. Cfr. Perú 2001: 140

<sup>137</sup> Artículo 186°.- Aplicación del Arbitraje

El arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación. Serán de aplicación las disposiciones contempladas en la Ley y en el presente Subcapítulo y, supletoriamente, las de la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje obligatorio se deberá solicitar, como máximo, hasta el vencimiento de los plazos previstos en los Artículos 139° y 164° para que quede consentida la liquidación del contrato según se trate de bienes y servicios o de obras, respectivamente.

El arbitraje regulado en el presente Subcapítulo, en todos los casos, será de derecho. Cfr. Perú 2001:186

<sup>138</sup> "Artículo 179.- Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra

(...)

3. Toda discrepancia respecto de la liquidación, incluso las controversias relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que resulten de la misma, se resuelve mediante conciliación y/o arbitraje, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago de acuerdo a lo previsto en el contrato.

Una vez que la liquidación haya quedado consentida, no procede ninguna impugnación, salvo las referidas a defectos o vicios ocultos, las que serán resueltas mediante conciliación y arbitraje, de acuerdo con el plazo señalado en el artículo 177 del Reglamento." Cfr. Perú 2012 : 16

<sup>139</sup> "Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse."

Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago." Cfr. Perú 2012 : 16

Sin embargo, con la vigencia de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, se estableció otra restricción de reglas invasivas directamente relacionadas con el arbitraje estatal, ya que irrumpieron y perturbaron su pleno desarrollo y finalidad. A esta limitación y sus consecuencias se denominará el “efecto contraloría en los arbitrajes con el Estado”.

Precisamente, el artículo 23<sup>140</sup> de la referida ley, señaló que no podía ser sometido a arbitraje:

- 1° Las decisiones que emita la Contraloría General de la República (en adelante CGR) en ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuesto adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, conforme el numeral 4 del artículo 1° de la Ley General de Arbitraje Ley N° 26572; es decir, por ser atribuciones del *“jus imperium del Estado”*.

Sin embargo, este último artículo fue derogado por el Decreto Legislativo 1071 (Ley de Arbitraje vigente) el cual, a diferencia de su antecesora, no establece una lista taxativa de las materias que no pueden ser arbitradas, sino en su artículo 2° inciso 1) establece un postulado general señalando que pueden someterse a arbitraje las controversias

---

<sup>140</sup> “Artículo 23°.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1° de la Ley N° 26572 Ley General de Arbitraje.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22° de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General.” Cfr. Perú 2002: 5

sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

2° Las controversias sobre el otorgamiento de autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la LCAE y su Reglamento, cualquiera sea su fuente de financiamiento.

Del mismo modo, se hace la precisión que la referencia hechas a la LCAE y su Reglamento, señalados expresamente en el artículo 23° de la Ley N° 27785, deben entenderse al Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Asimismo, este segundo supuesto de prohibición de materia arbitrable debe leerse conjuntamente con el numeral 2.3 del artículo 2° del Decreto Supremo N° 102-2007-EF, el cual establece cuáles son las fuentes de financiamiento de las Entidades del Sector Público para efectos del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP)<sup>141</sup>.

La CGR justifica su intervención en que el Estado requiere contar con un análisis especial y previo no sólo de la necesidad sino también del costo real de la obra adicional, la cual por su naturaleza inesperada no se tenía prevista cubrir con mayores

---

<sup>141</sup> Numeral 2.3 del Artículo 2° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, Decreto Supremo N° 157-2002-EF: "Para efectos del Sistema Nacional de Inversión Pública, considérese Recursos Públicos a todos los recursos financieros y no financieros de propiedad del Estado o que administran las Entidades del Sector Público. Los recursos financieros comprenden todas las fuentes de financiamiento."

recursos que ésta demanda, a fin de advertir -antes de la ejecución de la obra adicional- un probable egreso injustificado de los recursos del Estado, evitando de esta manera que en vía de control posterior, se tenga que establecer responsabilidades y buscar la reversión de los recursos indebidamente invertidos.

Estos trabajos complementarios pero necesarios para lograr la finalidad de la obra ocasionan desfases o modificaciones en la administración presupuestal del Estado que van a ocasionar el dejar de efectuar otras actividades públicas para cubrir tales costos, por lo que se le ha encargado a ellos, un organismo autónomo, técnico y externo a la entidad y al contratista, efectúe la fiscalización especial y previa para analizar la necesidad y el costo real de trabajos que no fueron planificados originalmente y por tanto no estaban comprendidos en el presupuesto nacional<sup>142</sup>.

Los alcances de esta intervención fueron recogidos por la Ley N° 28267<sup>143</sup> modificatoria de la LCADE e integrados posteriormente al Texto Único Ordenado de la LCADE aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM publicado con fecha 29 de noviembre de 2004. Actualmente, la LCE también recoge esta intervención en su artículo 41<sup>o</sup><sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr: [www.contraloria.gob.pe](http://www.contraloria.gob.pe)

<sup>143</sup> Ley que modifica la Ley N° 26850 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado publicada el 03 de julio de 2004.

<sup>144</sup> "Artículo 41. Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

(...)

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago, la Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.



Bien anota, PAZ ANCAJIMA, que estas disposiciones son una clara privación -en perjuicio de los contratantes- de la jurisdicción predeterminada por la ley en la solución de sus conflictos o controversias, las cuales se convierten en normas inconstitucionales<sup>145</sup>.

Desarrolla su tesis, centrándola en el artículo 139 de la Constitución, y en torno a ella, su numeral 1) reconoce la función jurisdiccional a través de los tribunales arbitrales como regla. Por otro lado, el numeral 3) establece expresamente que:

“(…) ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”. (Perú 1993: 21)

Esta norma tiene concordancia con los artículos 62<sup>146</sup> y 63<sup>147</sup> de la Constitución.

---

41.3. Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requerirá la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República, no siendo aplicable para este caso el límite establecido en el numeral 41.1 del presente artículo. (...)

41.5. La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República. (...).”Cfr. Perú 2008: 18

<sup>145</sup> Cfr: Revista CAPECO, Edición Octubre del 2004. ¿Puede la Contraloría Limitar las Materias Arbitrales? Pp. 05 N° 180. Lima.

<sup>146</sup> En tal sentido, la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo de celebración del contrato, así como los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

<sup>147</sup> Conforme a este artículo constitucional, el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que disponga la ley.

Adicionalmente, agrega a su análisis las disposiciones del derogado artículo 2 de la Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA) el cual prevé que “pueden ser sometidos a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí”. Sin embargo, similar disposición ha sido recogida por el Decreto Legislativo 1071, cuyo artículo 4°, incisos 2 y 3, establece lo siguiente:

“Artículo 4°.- Arbitraje del Estado Peruano

(...)

2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.

3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.

(...)” (Perú 2008c:2)

A partir de aquí, se plantea la siguiente interrogante: ¿Puede la CGR limitar las materias arbitrales?

Precisa acertadamente, que el derogado artículo 1º de la LGA establecía, de manera taxativa y no enunciativa, qué materias no pueden ser sometidas a arbitraje, siendo que cualquier otra excepción “(...) que se pudiera establecer por normas distintas a la referida ley, podrían generar un conflicto normativo y hasta atentar contra los principios establecidos en la propia Constitución del Estado”.

Bajo los términos del artículo 1° de la LGA, existía un conflicto normativo con el artículo 23° de la Ley N° 27785 y artículo 41° del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, ya que lo que se pretendió fue incluir erróneamente una actividad de control determinada dentro de un supuesto de materia no arbitrable calificándola como un *“atribución de jus imperium del Estado”*.

Efectivamente, continúa el autor su análisis, precisando que el segundo párrafo literal b) del artículo 41° de la Ley N° 28267<sup>148</sup> (recogido por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM), concordante con el artículo 23° de la Ley N° 27785, parte de una premisa errónea y es que *“no es la CGR quien tiene la disponibilidad de los bienes del Estado”*, sino que éste organismo circunscribe su labor sólo a un *“control adecuado del uso de los bienes del Estado”*; y que conforme a la propia definición<sup>149</sup> que hace su ley especial, la función de control es una actividad intra-administrativa que se da entre la CGR y las entidades del sector público, y que de ninguna manera puede integrar los actos de disposición de los particulares.

Debe tenerse en cuenta, que el arbitraje entre el Estado y un contratista en el manejo de sus controversias derivados de este tipo de contratos, es en esencia una arbitraje

---

<sup>148</sup> “Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

b) Solución de Controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso de que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

Dicha disposición no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General ejerce el control previo y serán resueltas por ésta de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor de Control para el efecto.” Cfr. Perú 2012a:5

<sup>149</sup> Conforme al Artículo 6° de la Ley N° 27785, el control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes. Cfr. Perú 2002: 1

comercial (aun cuando ahora se le identifique como un arbitraje administrativo) y como tal, el Estado debe someterse en igualdad de condiciones que un particular en la solución de sus controversias, y de esta manera no debería utilizar su imperio en la expedición de normas que tiendan a restringir los alcances del arbitraje. Al respecto cabe citar parte de los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 006-96-I/TC<sup>150</sup>, el cual señala:

“(...) el Estado tiene una doble personalidad jurídica, cuando ejerce el *ius imperium*, actúa como persona de derecho público, y cuando contrata o administra sus bienes patrimoniales privados actúa como persona de derecho privado. En consecuencia, cuando contrata y se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia, lo contrario sería ir contra el principio de igualdad ante la ley. La persona que acude, en busca de justicia, a la función jurisdiccional, sea quien fuera, recurre pidiendo solución a un conflicto de intereses intersubjetivos y no puede hacerlo con más privilegios que la otra parte o contrario, así sea éste el Estado quien con mayor obligación debe acudir sin otro privilegio que la razón o el derecho; es decir, que ambos recurrentes deben hacerlo en igualdad de condiciones y con la plena confianza de que van a obtener justicia en forma igualitaria, de tal suerte que no se merme la seguridad jurídica (...)” (Perú 1997:2)

De esta manera, la función de la CGR de autorizar el pago de presupuestos adicionales de obras no puede considerarse como un acto de imperio del Estado y mucho menos está limitada las controversias derivadas de ésta para ser sometidas a arbitraje.

La función de control de la CGR, es una intra-administrativa que se limita a establecer la conformidad administrativa de la actuación realizada por las entidades públicas, respecto del marco normativo de la cual operan. En conclusión, la CGR tiene un carácter esencialmente administrativo, que comparte con las demás entidades de la administración pública, por lo que no puede atribuírsele una posición de supremacía ni

---

<sup>150</sup> Sentencia expedida con fecha 30 de enero de 1997.

interpretar los actos control intra-administrativo que realizan sus funcionarios como actos soberanos del Estado.

De esta manera, ambas normas (segundo párrafo literal b) del artículo 41º de la Ley N° 28267 -recogido por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM- y el artículo 23º de la Ley N° 27785) resultarían ser inconstitucionales.

La descripción de esta posición, permite demostrar con mayor exactitud la naturaleza errática de las disposiciones en la normativa de contrataciones con el Estado referidas a los mecanismos de control gubernamental; las cuales inciden directamente en el análisis de la hipótesis planteada en esta investigación para el tercer escenario propuesto, y que permite confirmar la limitación de la competencia arbitral aun cuando el sistema conflicto convencional FIDIC sea posiblemente una fuente de inspiración en la nueva LCE.

Sin embargo, es de verse que hoy la disposición contenida en el artículo 1º de la LGA ha sido derogada por el Decreto Legislativo 1071, cuyo artículo 2º inciso 1), el cual no establece una lista taxativa de materias que no pueden ser arbitradas, sino que dispone de manera general que las controversias que pueden someterse a arbitraje son aquellas sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

Ello, si bien soluciona el conflicto de inconstitucionalidad pues, interpretado *contrario sensu*, el Decreto Legislativo 1071 establece que *no es controversia arbitrable aquellas materias prohibidas por ley*, esto no afecta el resultado de la presente investigación, en

tanto que igualmente se verifica que las restricciones establecidas en la normativa de contrataciones con el Estado así como los mecanismos de control gubernamental limitan la competencia arbitral para el sistema de gestión conflictual convencional FIDIC.

### 3.3.2.3. Límites a la Competencia de los Arbitros: Epílogo del análisis de los 4 escenarios normativos

De la revisión y análisis de los cuatro escenarios normativos descritos a los que se sometió el sistema de gestión conflictual convencional FIDIC (Libro Rojo) se extraen las siguientes conclusiones:

La adaptación del sistema de gestión conflictual convencional FIDIC bajo el primer escenario normativo; es decir, bajo el Régimen de Promoción de la Inversión Privada en Infraestructura de Servicios Públicos no se aprecia conflictiva; por el contrario, los árbitros designados bajo un convenio arbitral FIDIC que conozcan de una controversia derivada de la ejecución de un contrato de concesión, no están sometidos a limitaciones legales expresas de competencia que perturben la idoneidad de este sistema como mecanismo adecuado de solución de disputas, con lo cual y siempre que se viabilicen estos proyectos a través de este escenario queda despejada la hipótesis planteada en sentido positivo, concluyendo que este sistema de gestión conflictual convencional bajo las cláusulas estándar FIDIC (Edición 1999 Libro Rojo) si es pactada como tal sería una alternativa idónea de reglas predecibles de gestión de conflicto contractuales identificada por los inversionistas como reglas de juego claras que

ayudarían a promover el desarrollo de proyectos de infraestructura de servicios públicos, favoreciendo el crecimiento económico del país.

La adaptación del sistema de gestión conflictual convencional FIDIC bajo el segundo escenario normativo, es decir, bajo el Régimen de las Asociaciones Público Privadas, tampoco se aprecia conflictiva, los árbitros bajo un convenio arbitral FIDIC que conozcan de una controversia derivada de la ejecución de un contrato de concesión, no están sometidos a limitaciones legales expresas de competencia que distorsionen la idoneidad de este sistema como mecanismo adecuado de solución de disputas, con lo cual en este escenario también quedaría despejada la hipótesis planteada en sentido positivo, concluyendo que este sistema de gestión conflictual convencional bajo las cláusulas estándar FIDIC (Edición 1999 Libro Rojo) si es pactada en contratos de este tipo sería una alternativa idónea de reglas predecibles de gestión de conflicto contractuales y que percibidas como reglas de juego claras ayudarían a promover el desarrollo de proyectos de infraestructura de servicios públicos, favoreciendo también el crecimiento económico del país.

Tan es una alternativa idónea de gestión eficiente de disputas durante la ejecución de los contratos APPs, que recientemente se introdujo una modificatoria a los mecanismos de solución de controversias en la Ley de APPs y ahora el arbitraje no será la única herramienta para solucionar disputas, sino también el Amigable Composedor y la Junta de Resolución de Disputas.

Si bien es cierto que la regulación de estos dos mecanismos de solución de disputas permite que las partes sean libres de elegirlos y; con ello, el sistema de gestión

conflictual convencional FIDIC no esté necesariamente introducido en todos los contratos APPs; existe ahora – por regulación legal expresa – la posibilidad de gestionar los conflictos de la manera como se ha venido haciendo en los contratos modelo FIDIC, pudiendo generarse incentivos para los inversionistas si es bien utilizado el sistema.

La adaptación del sistema de gestión conflictual convencional FIDIC bajo el tercer escenario normativo; es decir, bajo el Régimen de la Ley de Contrataciones del Estado, se aprecia conflictiva para su pleno desarrollo debido a los límites competenciales establecidos para los árbitros con la intervención de los mecanismos de control gubernamental para conocer materias declaradas como no arbitrables como la aprobación de adicionales de obra, cuyo valor excedan los porcentajes de incidencia legal, conforme a las disposiciones de la Ley 27785, restituyendo la competencia de los tribunales ordinarios. Esta situación distorsiona la idoneidad y finalidad del sistema FIDIC en la búsqueda de eficiencia en la gestión del conflicto, lo cual lleva a no confirmar la hipótesis, bajo este escenario.

Finalmente, la adaptación del sistema de gestión conflictual convencional FIDIC bajo el cuarto escenario normativo; es decir, en las contrataciones excluidas de la LCE no sólo no se aprecia conflictiva, sino que se aprecia que puede ser utilizada con eficiencia, justamente al no existir conflictos de naturaleza competencial o de otra índole

### 3.4. Subcapítulo cuarto: comprobación de hipótesis

#### 3.4.1. Cuadro de comprobación



| OBJETIVO GENERAL   | HIPOTESIS   |
|--|---|
| <p>Verificar la eficacia e idoneidad jurídica del sistema de gestión conflictual convencional del modelo FIDIC (Libro Rojo Edición 1999) aplicados a proyectos de construcción e infraestructura destinados a satisfacer el interés público que se desarrollen en el país.</p> | <p>El actual sistema de gestión conflictual convencional FIDIC del Libro Rojo (Edición 1999) es un alternativa eficiente de solución de conflictos en comparación con el modelo peruano, ofreciendo predictibilidad en el manejo del conflicto en el sector construcción y cuya aplicación es pacífica en el contexto jurídico peruano, pudiendo ayudar a promover la inversión en proyectos de infraestructura en el país y favoreciendo su crecimiento económico.</p> |

| OBJETIVOS ESPECIFICOS   | RESULTADOS   |  |                       |                       |               |               |                       |                       |
|---|--|--|-----------------------|-----------------------|---------------|---------------|-----------------------|-----------------------|
| <p>Verificar si sistema de gestión conflictual convencional creado por el actual Libro Rojo FIDIC (1999) ha logrado superar las críticas de parcialidad del Ingeniero y la inobservancia del principio de contradicción en los mecanismos decisorios durante la ejecución de la obra.</p> | <p style="text-align: center;"><b>VERIFICADO</b></p> <p style="text-align: center;">Los cambios lograron superar las críticas de parcialidad del Ingeniero y la inobservancia del principio de contradicción</p>   |  |                       |                       |               |               |                       |                       |
| <p>Verificar la función específica del DAB en el contexto de las reclamaciones planteadas en obra y su aporte de eficiencia en el sistema de gestión conflictual bajo análisis.</p>   | <p style="text-align: center;"><b>VERIFICADO</b></p> <p style="text-align: center;">La función específica y su aporte de eficiencia</p>  |  |                       |                       |               |               |                       |                       |
| <p>Analizar si la competencia de los árbitros puede verse limitada o no en su ejercicio por la normativa nacional, en especial el referido a los mecanismos de control gubernamental para proyectos de interés público</p>  | <p style="text-align: center;"><b>ANALIZADO</b></p> <p style="text-align: center;">Competencia Arbitral</p> <table border="1" style="width: 100%; text-align: center;"> <thead> <tr> <th data-bbox="671 1787 1102 1821">Escenario Normativo 1</th> <th data-bbox="1102 1787 1452 1821">Escenario Normativo 2</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="671 1821 1102 1921">No Limitación</td> <td data-bbox="1102 1821 1452 1921">No Limitación</td> </tr> <tr> <th data-bbox="671 1921 1102 1953">Escenario Normativo 3</th> <th data-bbox="1102 1921 1452 1953">Escenario Normativo 4</th> </tr> </tbody> </table> |  | Escenario Normativo 1 | Escenario Normativo 2 | No Limitación | No Limitación | Escenario Normativo 3 | Escenario Normativo 4 |
| Escenario Normativo 1   | Escenario Normativo 2  |  |                       |                       |               |               |                       |                       |
| No Limitación   | No Limitación  |  |                       |                       |               |               |                       |                       |
| Escenario Normativo 3   | Escenario Normativo 4  |  |                       |                       |               |               |                       |                       |

|                           | Limitación                             | No Limitación                       |
|---------------------------|--|-------------------------------------|
| Comprobación de Hipótesis | Escenario 1<br>Hipótesis confirmada    | Escenario 2<br>Hipótesis confirmada |
|                           | Escenario 3<br>Hipótesis no confirmada | Escenario 4<br>Hipótesis confirmada |

Escenario 1: Régimen de Promoción de la Inversión Privada en Infraestructura de Servicios Públicos: Concesiones

Escenario 2: Régimen de las Asociaciones Público Privadas

Escenario 3: Régimen de la Ley de Contrataciones del Estado

Escenario 4: Regímenes de excepción a la Ley de Contrataciones del Estado

## CONCLUSIONES

Del cuadro de comprobación de hipótesis se establecen las siguientes conclusiones:

1. El sistema conflictual convencional FIDIC es un sistema de reconocida solvencia internacional, expresión de reglas predecibles y buenas prácticas en el sector de la ingeniería y construcción.
  
2. Bajo el primer escenario normativo:  

El sistema de gestión conflictual convencional del Libro Rojo (Edición 1999) FIDIC es una alternativa idónea de reglas predecibles que sí es posible ser aplicada en este escenario normativo, promoviendo con eficiencia la gestión de conflictos contractuales en el desarrollo de proyectos de infraestructura de interés público.
  
3. Bajo el segundo escenario normativo:  

El sistema de gestión conflictual convencional del Libro Rojo (Edición 1999) FIDIC es una alternativa idónea de reglas predecibles que sí es posible ser aplicada en

este escenario normativo, promoviendo con eficiencia la gestión de conflictos contractuales en el desarrollo de proyectos de infraestructura de interés público.

4. Bajo el tercer escenario normativo:

Bajo este escenario normativo no es posible despejar positivamente la hipótesis planteada; pese a que a partir de la vigencia de la nueva LCE sería posible (si las partes así lo quieren) incorporar una Junta de Resolución de Disputas adaptándose a un sistema muy parecido al sistema conflictual convencional de la FIDIC, ya que la competencia de los árbitros seguiría limitada en su ejercicio por la normativa nacional relacionada con los mecanismos de control gubernamental en este tipo de proyectos ejecutados bajo la LCE.

5. Bajo el cuarto escenario normativo:

Bajo este escenario normativo el sistema de gestión conflictual convencional del Libro Rojo (Edición 1999) es idóneo al no ser aplicable la LCE y no existir limitaciones competenciales a los árbitros o al empleo de DB, pues incluso es posible aplicar los formatos FIDIC respetándolos en su asignación de riesgos y procedimientos aplicables.

A partir de estas conclusiones, se desarrollan aportes, que estén orientados a mejorar la realidad, que justifique la trascendencia de esta investigación, la cual será desarrollada en el acápite siguiente.

## APORTES

La necesidad de crecimiento de las economías emergentes de este lado de la región, como parte de un mundo globalizado, está generando que los Estados compitan por ofrecer mejores condiciones y garantías de reglas predecibles para atraer inversión. Atraer y promover inversión, como misión esperada de los gobiernos, demanda que hoy tanto los inversionistas y como los Estados deban alinear sus intereses de tal forma que crear riqueza y generar bienestar caminen juntos.

La realización de proyectos de infraestructura de gran inversión tendrá un impacto relevante en el crecimiento económico del país sólo si estos flujos capital esperados perciban reglas contractuales, simples, estables, eficientes y mecanismos resolutorios de disputas menos perturbados por la acción estatal.

De esta manera buscar un eficiente sistema de contratación pública pasa también por contar con reglas de solución de controversias claras que incentiven la contratación más que desincentivarla y es a lo que debemos propender en el futuro como un mecanismo de fomento de la inversión y una sólida reactivación económica.

El modelo contractual del Libro Rojo de la FIDIC, tiene la ventaja por sobre los demás modelos contractuales de otras instituciones internacionales, que es el más antiguo y conocido a nivel global, y como tal recoge reglas y prácticas de la ingeniería universalmente aceptadas. El conocer y respetar esta cualidad nos coloca en una plaza de inversión atractiva. El sistema de gestión conflictual convencional introducido por la edición de 1999 del Libro Rojo FIDIC, constituye un marco regulatorio apreciable para potenciar la atracción de inversión, pero al hacerlo es preciso librarla de aquella interferencia estatal que termine por cuestionar su idoneidad.

Sólo bajo ciertos escenarios normativos descritos para el desarrollo de proyectos de infraestructura sería este sistema pacíficamente aplicable, convirtiéndose en regla predecible y notoriamente apreciable por los organismos extranjeros de financiamiento. Sin embargo, no obstante ello, es posible dar algunos aportes que ayuden a mejorar la realidad de los escenarios normativos analizados 2 y 3.

#### I. Aportes Escenario Normativo 2: Régimen de las Asociaciones Público Privadas

Con la Ley N° 30114 “Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2014”, específicamente su undécima disposición complementaria modificatoria, modificó el numeral 9.6 del artículo 9 del Decreto Legislativo 1012 que aprobó la “Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”.

Esta disposición modificatoria permite diseñar un nuevo sistema articulado de control del conflicto, respetando la fórmula obligatoria del arbitraje. Este nuevo diseño de manejo del conflicto permitirá a las partes mantener el control de su disputa de forma previa a la estación de definición arbitral, de ser necesario.

La undécima disposición modificatoria reconoce por primera vez en el Perú una de las modalidades de los DB para la contratación estatal; es decir, la Junta de Resolución de Disputas (en adelante, JRD) y la posibilidad de ser incorporada potestativamente en los nuevos contratos de APPs a suscribirse con decisión vinculante en la solución de reclamos durante la ejecución del proyecto.

Con esta modificatoria se agrega mayor libertad a las partes para diseñar la manera de cómo quieren resolver sus disputas, agregando así mayor eficiencia en la gestión del conflicto durante la ejecución del contrato, pudiendo incorporar etapas de trato directo y de JRD, si lo desean, lo cual es acertado.

Los aportes a este sistema potestativo serían los siguientes:

- I.1 Este método fue creado y hecho a la medida para el sector de la ingeniería y construcción; sin embargo bajo las condiciones de ejecución y operación de un proyecto integral de infraestructura, la pregunta que surge sola es: ¿La JRD es aplicable a todas las fases del proyecto incluido su operación, o está centrado únicamente para la fase de construcción?. Esta precisión es fundamental, ya que de ser así el perfil y competencias del adjudicador serían diferentes, y de esto deben ser

conscientes las partes que pretende utilizar este método. Este es un punto que debería ser aclarado normativamente.

- I.2** Si bien, no se necesita obligar el uso del método de las JRD para que este funcione, si consideramos importante que la norma prevea que si las partes deciden libremente pactar una JRD en forma previa al inicio del arbitraje, deben considerar que su agotamiento sea una condición de arbitrabilidad, ya que es la única manera de potenciar sus ventajas como método de control del conflicto y su aporte de eficiencia en la gestión contractual.
- I.3** Con relación a la designación de los miembros de la JRD, la modificatoria refiere que lo serán directamente por las partes o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Esto obliga con urgencia desarrollar un programa de difusión y capacitación primero a los diferentes Centros en el país que administren mecanismos alternativos de solución de conflictos ya que jugarán un rol importante en la conformación de registros de adjudicadores con una selección rigurosa y exhaustiva de expertos, pero debiendo además ofrecer capacitación continua que ayude a desarrollar en los adjudicadores adecuadas competencias para manejar la solución de los reclamos durante el proyecto.
- I.4** Más importante que el reconocimiento normativo de la JRD en sí mismo, es el reconocimiento del carácter o efecto vinculante de sus decisiones.



Las decisiones que emitan las JRD generan un efecto vinculante y obligan a las partes a cumplirlas inmediatamente de notificadas y durante toda la ejecución del contrato, sin perjuicio del ejercicio de su derecho de acción para acudir al arbitraje en la solución definitiva de la disputa.

Esta regulación es estructural en la operatividad del método, ya que en la práctica de nada serviría contar con decisiones de una JRD que no sean cumplidas o no puedan ser ejecutadas compulsivamente, y este es el gran reto. Hubiese sido importante que la ley prevea alguna sanción a la parte renuente de un posible incumplimiento de las decisiones. De otro modo, serán las partes, salvo que el reglamento precise ciertos desincentivos para evitar el incumplimiento de las decisiones, quienes deberán pactar la forma de forzar el cumplimiento durante la ejecución del proyecto, incluso si una de las partes decide someter la definición de la disputa a sede arbitral, como lo es en el modelo FIDIC.

Las partes deberán igualmente pactar el plazo para el ejercicio de su derecho a arbitrar la disputa. La determinación de este plazo es fundamental para calificar dicha decisión no sólo como vinculante sino también como una decisión final.

Esto es muy importante, ya que el contar con una decisión vinculante y final, ofrecerá certidumbre y exigibilidad al derecho de una de las partes e incluso la posibilidad de recurrir al arbitraje para exigir la ejecución

compulsiva de la decisión, de ser esto posible dentro los alcances del convenio arbitral.

- I.5** Urge la emisión del reglamento, que regule el procedimiento, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución de las Juntas de Resolución de Disputas, de otro modo las partes deberán llenar vacíos vía cláusula contractual.

## **II. Aportes Escenario Normativo 3: Régimen de la Ley de Contrataciones del Estado**

El 11 de julio de 2014 se publicó la Nueva Ley de Contrataciones con el Estado (Ley N° 30225) que ha incluido, finalmente, el método de las Juntas de Resolución de Disputas. Sin embargo, pese a ello, en este escenario normativo la hipótesis planteada sigue sin ser despejada.

La inclusión de la JRD si bien es un paso importante en la gestión de los conflictos contractuales, los adjudicadores también tienen limitaciones competenciales que son casi las mismas que tienen los árbitros, por ejemplo los vinculados a la participación de la CGR en la autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales que excedan de los límites legales y su sustracción de su pronunciamiento como materia no arbitrable.

Algunas propuestas que ayudarían a mejorar el sistema de solución de conflictos en este escenario normativo serían:

**II.1** Esta interferencia de control gubernamental en la práctica se ha convertido en un mecanismo ineficiente de control de los recursos del Estado; ya que la cantidad de gastos generales (costo indirecto) que el Estado Peruano ha tenido que pagar a los contratistas como consecuencia de la paralización de la obra mientras concluyan estos trámites de control han resultado superior que el beneficio del control.

El establecer límites competenciales tanto a los adjudicadores como a los árbitros respecto de las decisiones de la CGR genera efectos económicos. Una medida como ésta, encarece los costos de transacción debido al incremento del riesgo de mantener nuevamente la vía judicial como el fuero jurisdiccional para discutir esta controversia, riesgo que se verá reflejado no sólo en las propuestas económicas de aquellos pocos postores con menos aversión al riesgo que decidan participar en un proceso de selección, sino también en las tasas de retorno del inversionista.

En consecuencia, estos mecanismos de control gubernamental que trascienden a la contratación en perjuicio del interés de ofrecer señales de estabilidad al mercado, por ello deberían ser redimensionadas, restringiendo sus alcances sólo al ámbito de las funciones intra-administrativas del Estado.

Esto no significa afectar las atribuciones de este organismo de control, ya que el inciso o) del artículo 22 la Ley N° 27785, remarca la potestad de la CGR para *“participar directamente y/o en coordinación con las entidades en los procesos judiciales, administrativos, arbitrales u otros, para la adecuada*

*defensa de los intereses del Estado, cuando tales procesos incidan sobre recursos y bienes de éste.”* Con lo cual, la CGR mantendría legitimidad para intervenir en los procesos arbitrales en defensa de los intereses del Estado, lo cual contribuiría a dotar de mayor transparencia y seguridad al sistema de contratación pública, en los casos en que estos supuestos se apliquen.

En conclusión se propone eliminar toda limitación competencial a los adjudicadores y a los árbitros para las controversias reguladas en la LCE, dotando mayor eficiencia a la gestión de los contratos de obra pública, reduciendo el costo de la solución de conflictos y con ello haciendo más eficiente la contratación.

- II.2** Un aporte relevante en la utilización de las JRD y que debería ser recogida normativamente son dos condiciones importantes para que el método opere eficientemente: El primero es que la JRD actúe como una condición de arbitrabilidad. Esto ayudará a controlar mejor el conflicto y darle mayor relevancia al arbitraje para resolver conflictos técnica y económicamente más importantes; y el segundo es la condición de ejecutabilidad de las decisiones de la JRD creando desincentivos para disuadir su incumplimiento, de tal manera que la ejecución de la obra no se paralizado generando más costos al proyecto.

**III. Aportes Escenario Normativo 4: Régimen de excepción a la Ley de Contrataciones del Estado**

Debido a que una de las más importantes amenazas al funcionamiento de las Juntas de Resolución de Disputas es un inadecuada normatividad, el aprovechar los escenario de inaplicación que provienen de la aplicación del inciso u) del numeral 3.3 del artículo tercero de la LCE vigente es uno de los retos y oportunidades para el desarrollo del sistema de solución de controversias FIDIC

Algunas propuestas que ayudarían a mejorar el sistema de solución de conflictos en este escenario normativo serían:

**III.1** Debido a que el control gubernamental no se puede realizar de manera ex ante ni existe limitaciones en su uso, no se establecen límites competenciales tanto a los adjudicadores como a los árbitros respecto de las decisiones de la CGR. Esta situación consecuentemente no encarece los costos de transacción, sino que los abarata. Por ello, es propio considerar que en vez de legislarlo, la preocupación del gobierno debería ser el de estudiar el adecuado uso de los contratos FIDIC y su sistema de solución de conflictos convencional.

En conclusión se propone conservar la no limitación competencial a los adjudicadores y a los árbitros para las controversias, y antes bien invertir en educación y preparación para una mejor utilización del sistema analizado.

GLOSARIO

|  |       |
|--|-------|
| Asociaciones Público Privadas                      | APPs  |
| Contraloría General de la República                | CGR   |
| Dispute Boards                                     | DB    |
| Dispute Adjudication Board                         | DAB   |
| Dispute Review Board                               | DRB   |
| Federación Internacional de Ingenieros Consultores | FIDIC |
| International Chamber of Commerce                  | ICC   |
| International Bar Association                      | IBA   |
| Junta de Resolución de Disputas                    | JRD   |
| Ley General de Arbitraje                           | LGA   |
| Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado   | LCADE |
| Ley de Contrataciones del Estado                   | LCDE  |
| Organismo Superior de Contrataciones del Estado    | OSCE  |
| Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado  | RLCDE |

## BIBLIOGRAFÍA

1. BOWCOCK, John.  
2004 Dispute Boards And Their Benefits: Seminar of The Resolution of Disputes under International Construction Contracts en el Hotel Concorde La Fayette. Paris, France.  
  
1997 What FIDIC Has to Offer and Plans for the Future. Ponencia presentada en el Seminario Consulting Engineering in Eastern Europe, Talin (Estonia).
2. BUNNI, Nael G.  
2005 The FIDIC Form of Contract. 3ra ed. Londres: Blackwell Publishing.
3. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando.  
2002 Participación del Estado Peruano en Arbitrajes Comerciales. Materiales de estudio de la Maestría de Derecho de Empresa de la UPC. Lima: UPC.
4. CHAPMAN, Peter  
2004 La Perspectiva del Reino Unido. La Adjudicación. Ponencia en el Seminar of the Resolution of Disputes Under International Construction Contracts en el Hotel Concorde La Fayette. Paris, Francia.
5. COULSON, Peter  
2007 Statutoru Adjudication, p. 03 - 19  
En: Construction Adjudication. Oxford: Oxford University Press
6. CREMADES SANZ-PASTOR, Juan  
1983 La Neutralidad en el Arbitraje: La Lengua, el Lugar y la Ley Aplicable p. 46  
En: Estudios sobre arbitraje comercial internacional. Centro de Estudios Comerciales (CECO) 2da Edición
7. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE INGENIEROS CONSULTORES – FIDIC  
2000 FIDIC Contracts Guide to the Construction, Plant and Design-Build and EPC/Turnkey Contracts. Madrid: FIDIC.INTERNATIONAL COMMERCE CHAMBER – ICC  
  
1999 Condiciones de Contratación para la Construcción (Libro Rojo)  
Última Edición. Madrid: FIDIC  
  
1987 Condiciones de Contratación para la Construcción (Libro Rojo). Penúltima Edición. Madrid: FIDIC.

8. GROTON, James P.  
1997 Chapter 1 - The Progressive or 'Stepped' Approach to ADR: Designing Systems to Prevent, Control, and Resolver Disputes." En: MYERS, James; BUTLER, Stephen y otros (Editores). Construction Dispute Resolution Formbook. Estados Unidos: Wiley Law Publications
9. GUZMAN-BARRÓN, César y ZUÑIGA, Rigoberto.  
2013 Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública: Análisis de los laudos arbitrales. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC)
10. HERNANDEZ RODRIGUEZ, Aurora.  
1999 Los contratos internacionales de construcción "llave en mano". Granada: Editorial Comares.
11. INTERNATIONAL COMMERCE CHAMBER – ICC  
2001 Bulletin Vol. 12 / N° 2 – 2001. Ginebra. ICC
- 1989 Caso ICC N° 5428/1988 p. 132  
En: Yearbook Commercial Arbitration. Ginebra. ICC
- 1998 Laudo Arbitral N° 4862/1986 p. 74-95.  
En: ICC International Court of Arbitration Bulletin, May. Ginebra. ICC
- 1986 Caso ICC N° 6535/1992 y 4840/1985 p. 82  
En: International Construction Law Review. Ginebra. ICC
- 1983 Laudo Arbitral N° 3790/1983 p.371-378  
En: International Construction Law Review. Ginebra. ICC
12. JAYNES, Gordon  
2004a A Dispatch From The Front: Disputes Boards at 2002. Ponencia en el Seminar of The Resolution of Disputes under International Construction Contracts en el Hotel Concorde La Fayette. Paris, Francia.
- 2004b Amicable Settlement Negotiations Prior Request for Arbitration. Ponencia en Seminar of The Resolution of Disputes under International Construction Contracts. Paris, Francia.
13. LLOYD, Humphrey  
2004 The Role of The Arbitral Tribunal. Ponencia en Seminar of The Resolution of Disputes under International Construction Contracts. Paris, Francia.
14. PAZ, Marco  
2004 ¿Puede la Contraloría Limitar las Materias Arbitrales? Construcción e Industria. Revista de la Cámara Peruana de la Construcción. N° 180. Lima



### 15. PERÚ Congreso de la República

2014 Ley N° 30225: Ley de Contrataciones del Estado.

2012a Ley que modifica el Decreto Legislativo 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado.

2002 Ley N° 27785: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

2001 Decreto Supremo 013-2001-PCM: Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

### 16. PERÚ. Congreso Constituyente Democrático

1993 Constitución Política del Perú.

### 17. PERÚ. Poder Ejecutivo

2012b Decreto Supremo N° 138-2012-EF: Modificatoria al Decreto Supremo N° 184-2008-EF que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2008a Decreto Legislativo N° 1017: Ley de Contrataciones del Estado

2008b Decreto Legislativo N° 1012: Ley marco de asociaciones público privadas para la generación de empleo productivo y agilización de los procesos de promoción de la inversión

2008c Decreto Legislativo N° 1071: Decreto Legislativo que norma el arbitraje

### 18. PERÚ. Tribunal Constitucional del Perú

1996 Sentencia del Tribunal Constitucional en Exp. N° 006-96-I/TC

### 19. PODETTI, Humberto.

2004 Contrato de Construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea de Depalma. Buenos Aires.

### 20. REIG FABADO, Isabel.

2008 El Contrato Internacional de Ingeniería. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.

- 2003 Régimen Jurídico del Contrato Internacional de Ingeniería. (Tesis de doctorado en derecho). Valencia: Universitat de Valencia. España
21. RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano
- 2006 El Contrato Internacional de Construcción: Aspectos Generales. Ed. Revista e-Mercatoria Vol. 5 N° 01
22. SEPPÄLÄ, Christopher.
- 2014 Fidic's New Standard Forms of Contract— Force Majeure, Claims, Disputes And Other Clauses  
En: International Construction Law Review. United Kingdom: HH Lloyd QC & Douglas S. Jones
- 2004 The Arbitration Clause in the FIDIC Contracts (1991 Edition) Ponencia en la Conferencia promovida por la ICC/FIDIC entre 29 y 30 de Abril. Paris, Francia.
- 1997 The New FIDIC Provision for a Dispute Adjudication Board. p. 970  
En: International Business Law Journal N° 967.
- 1986 The Pre-arbitral Procedure for the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Conditions of Contracts p. 43-127.  
En: International Construction Law Review. United Kingdom: HH Lloyd QC
23. THE INTERNATIONAL COUNCIL OF SOCIETIES OF INDUSTRIAL DESIGN - ICSID
- 1996 The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad p. 2-3  
En: Review Foreign Investment Law Journal Vol. II
24. THE JOINTS CONTRACTS TRIBUNAL
- 2014 <http://www.jct ltd.co.uk>  
Página web institucional: contiene modelos de contrato para proyectos de construcción e información en general sobre ejecución de proyectos. (Consulta: 15 de junio)
25. TIEDER, J.B.
- 1998 The Globalization of Construction – Evolving Standards of Construction Law.  
En: International Construction Law Review. United Kingdom: HH Lloyd QC
26. WADE, Christopher.
- 2000 FIDIC's Standard forms of Contracts – principles and scope of the new four books”  
En: International Construction Law Review. United Kingdom: HH Lloyd QC
27. WILMOT- SMITH, Richard QC
- 2010 Construction Contracts. Oxford University Press 2da edición, Nueva York
28. Wöss W. Herfried
- 2000 Panel de Adjudicación de Desavenencias “Una Retrospectiva” En: Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. CAMECIC. Medios de Solución de Controversias. N° 50 Junio 2006