



REPENSANDO LAS COMPETENCIAS DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS: PROPUESTA DE MEJORA

Autor:

Paolo Del Aguila Ruiz De Somocurcio

Recibido: 16/9/2021

Aceptado: 27/9/2021

Repensando las competencias de la Junta de Resolución de Disputas: Propuesta de Mejora

Rethink the powers of the Dispute Resolution Board: A improvement proposal

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La competencia limitada de la JRD en función a la temporalidad.
- III. La competencia limitada de la JRD en función a las materias.
- IV. Conclusiones.

Resumen.

El reconocimiento de la Junta de Resolución de Disputas (JRD) en nuestra normativa sobre contrataciones con el Estado, como un mecanismo alternativo y adicional para la prevención y resolución de controversias, es muy positivo y, no cabe dudas, ayudará en el corto plazo, de forma decidida, al fin último, cual es el desarrollo eficaz del proyecto contemplado en el contrato de obra. Sin embargo, como toda regulación legal es perfectible; máxime cuando la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y su Reglamento (RLCE), así como la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD (Directiva), normas que regulan esta institución, presentan algunos problemas y hasta contradicciones.

Un problema gravitante en su regulación y, por tanto, materia de reforma urgente para su mejora, está vinculado con las competencias de la JRD. En efecto, consideramos que haber limitado o prohibido su ámbito de decisión le ha restado fortaleza y, con ello, efectividad a su labor en pro del buen avance de la obra. Impedir que la JRD se pronuncie sobre prestaciones adicionales, indemnizaciones y prohibir que su competencia se extienda hasta la liquidación del contrato es un error grave, por un lado, porque la JRD es un órgano técnico que sigue y “vive” la obra y, por tanto, es quien mejor puede brindar una decisión acerca de estos temas; y por otro lado, al restarle esa competencia, termina “judicializando” un campo de acción importantísimo, generando de ese modo tiempos excesivos, poca

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Árbitro y Consultor Legal Independiente. Profesor de Derecho en cursos de pregrado y postgrado en la PUCP, la Universidad de Lima, la Universidad Continental y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Correo: paolo@delaguilaconsultores.com.

predictibilidad y decisiones no necesariamente técnicas, justo todo lo que se quería evitar con la implementación de la JRD.

Por estas razones, planteamos la reforma en los alcances de sus competencias, conforme se desarrollará a continuación.

Palabras claves. *Junta de Resolución de Disputas (JRD); Competencia; Prohibiciones; Restricciones; Recepción y Liquidación de Obra; Prestaciones Adicionales; Indemnización; Funciones de la JRD.*

Abstract.

The recognition of the Dispute Resolution Board (JRD) in our regulations on contracting with the State, as an alternative and additional mechanism for the prevention and resolution of controversies, is very positive and, there is no doubt, will help in the short term, in a decisive way, finally, what is the effective development of the project contemplated in the work contract. However, like all legal regulation it is perfectible; Especially when the State Contracting Law (LCE) and its Regulations (RLCE), as well as Directive No. 012-2019-OSCE/CD (Directive), rules that regulate this institution, present some problems and even contradictions

A serious problem in its regulation and, therefore, a matter of urgent reform for its improvement, is linked to the powers of the JRD. In effect, we consider that having limited or prohibited its scope of decision has diminished its strength and, with it, the effectiveness of its labor in favor of the good progress of the work. Preventing the JRD from ruling on additional work, compensation and prohibiting its jurisdiction from extending until the settlement of the contract is a serious error, on the one hand, because the JRD is a technical body that follows and "lives" the work and, on the other hand, Therefore, he is the one who can best provide a decision about these issues; and on the other hand, by subtracting that competence, it ends up "judicializing" a very important field of action, thus generating excessive times, little predictability and not necessarily technical decisions, just everything that was wanted to be avoided with the implementation of the JRD.

For these reasons, we propose the reform in the scope of its powers, as it will be developed below.

Key words. *Dispute Resolution Board (JRD); Competence; Prohibitions; Restrictions; Reception and Liquidation of Work; Additional Features; Compensation; Functions of the JRD.*

I.INTRODUCCIÓN.

Ninguna persona está libre de enfermarse y que ese estado, de agravarse, conlleve problemas serios en su ámbito personal, familiar, laboral y, también económico. Sin embargo, esta situación, por sí misma complicada, puede mitigarse -no decimos, anularse, porque la posibilidad de enfermar es cierta- a través de diversos mecanismos, que van desde los cuidados alimenticios a través de una dieta balanceada, pasando por dejar estilos de vida sedentarios, llegando a chequeos médicos anuales preventivos para conocer nuestro estado de salud y tomar la medidas necesarias.

En el caso de un contrato de obra pasa lo mismo: es poco verosímil asumir que durante su ejecución nunca ocurrirá un incidente que pueda generar eventuales conflictos entre el propietario y el contratista. Ese no es el punto, el punto pasa por asumir que la ejecución de una obra humana no es perfecta, que es altamente probable que se presenten defectos, retrasos, descoordinaciones y casos fortuitos o de fuerza mayor que escapen del control de las partes. Frente a ello, contar con mecanismos “ex ante” que prevean tales situaciones y mitiguen su impacto es altamente recomendable.

En términos de costo-beneficio, es mucho mejor gastar (realmente, invertir) en mecanismos de prevención y mitigación como se indicó previamente -cuando no hay enfermedad o ésta es incipiente-, que asumir gastos elevados, acaso inmanejables, cuando la enfermedad está presente y afecta varios órganos de nuestro cuerpo. Siguiendo con la metáfora médica, en el contrato de obra, la JRD no asegura que nunca te enfermarás, pero sí es una inyección muy efectiva para prevenir o amenguar cualquier enfermedad.

De esa forma, coincidiendo con lo expuesto por Freitas y Gushiken, *“Para una mejor administración de un contrato de construcción, tenemos que desterrar el pensamiento equivocado de quienes consideran un desperdicio de dinero el separar una partida en su presupuesto de construcción para sus posibles disputas”*².

La JRD es una “póliza” que permite internalizar adecuadamente el riesgo del conflicto entre las partes y distribuir “ex ante” sus costos de forma eficiente; a diferencia de lo que sería un proyecto de obra sin dicha “póliza”, en el cual las disputas “ex post”, es decir, acaecidas durante la ejecución de la obra, ocasionarían costos mayores (legales, administrativos, entre otros) a los usualmente presupuestados, con la consiguiente merma de la utilidad esperada.

A decir de Podetti, *“En efecto, siendo las divergencias un ingrediente necesario de todo contrato de construcción, y aún de todo contrato de ejecución diferida, solo requieren de las partes un tratamiento adecuado en el acuerdo que ha originado el contrato”*.³

Por eso, mientras más presente y activa esté la JRD, desde el primer día del contrato, a lo que su ámbito de competencias se refiere, más eficaz será la prevención o resolución del conflicto y, también, menos costoso para las partes. Nuestra tesis es que restarle competencias a la JRD -como hacen la LCE, el RLCE y la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD- justamente genera lo contrario, es decir, resta eficacia y aumenta los costos de este mecanismo; de allí que consideremos necesario repensar tales competencias, desde su ámbito temporal y de materias, conforme se desarrolla en el presente artículo.

² Rodrigo Freitas y Juan Diego Gushiken. *Dispute Boards: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción* (Lima, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 33, 2020) 105.

³ Humberto Podetti. *Contrato de construcción*. Citado por Gustavo Paredes. *Dispute Boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan?* En: *Disputes Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* (Lima, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 23, 2014) 144.

II. LA COMPETENCIA LIMITADA A LA JRD EN FUNCIÓN A LA TEMPORALIDAD.

El ámbito temporal de la competencia de la JRD está establecido en el artículo 45.8 de la LCE, cuyo texto indica lo siguiente:

“En los casos en que 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 (...)” (El subrayado es agregado).

De igual modo, el artículo 243.2 del RLCE estipula que:

“En caso de resolución del contrato, la Junta de Resolución de Disputas es competente para conocer y decidir las controversias que surjan hasta que la Entidad reciba la obra”. (El subrayado es agregado).

Nótese, entonces, un límite temporal muy marcado de las competencias de la JRD, a saber, la fecha exacta de la recepción de la obra, ni un día más.⁴

Al respecto, postulamos la necesidad que la permanencia de la JRD debe ser extendida hasta la liquidación del contrato. Ello, toda vez que existen eventos o disputas que pueden generarse en ese horizonte temporal -entre la recepción de la obra y la liquidación del contrato- que bien pueden ser tratados y resueltos por la JRD.

Si bien es cierto que tales disputas surgidas con posterioridad a la recepción de la obra se pueden dirimir a través de sendos procesos de conciliación o de arbitraje, en base al artículo 45.1 de la LCE, llama la atención la razón por la cual se retira de la competencia de la JRD aspectos no menos importantes como son aquéllos derivados de la liquidación de la obra, por ejemplo.

Pese a las indudables ventajas comparativas que tiene el arbitraje frente al Poder Judicial para resolver estos casos, ello no quita que, en ciertas ocasiones, la intermediación y conocimiento de la obra “de primera mano” de la JRD es mucho mejor para enfrentar el problema, atributo que los Tribunales Arbitrales carecen por cuanto ellos se constituyen “ex post” conflicto, con hechos consumados y en una etapa de alta conflictividad.

En esa línea, expone acertadamente Paredes, cuando señala:

*“En una industria muy sensible y habituada al conflicto, el reclamo forma parte del proceso constructivo; siendo ello así, resulta más costoso para las partes confiar la decisión de su conflicto a quienes no conozcan la obra ni la visiten periódicamente para entender el por qué de los reclamos y cómo prevenirlos”.*⁵

⁴ El artículo 249 del RLCE permite a la JRD emitir y notificar su decisión luego del acto de recepción de la obra, siempre que a ese momento se hallara en estado pendiente dicha decisión. Sin embargo, ello no desvirtúa la norma bajo análisis en el sentido que la competencia de la JRD, para conocer nuevas controversias, termina con la recepción de la obra.

⁵ Gustavo Paredes. Op Cit. 148.

En efecto, la JRD se convierte en un instrumento importante para la gestión contractual, en una actividad (la construcción) donde las desavenencias y disputas son situaciones cotidianas en las distintas fases del contrato. Por ello, el acompañamiento programado de la JRD a lo largo de la obra y hasta su liquidación resulta fundamental, de allí que nos parezca inconveniente quitarle un tramo de tiempo importante a su accionar.

Esa línea sigue, por poner un ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional (ICC), cuando en el Prefacio del Reglamento relativo a los Dispute Boards señala que *“Un dispute board es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato...”*⁶

En consecuencia, consideramos sustentado y necesario, en orden con el valor que lleva la JRD, modificar y precisar la LCE, el RLCE y la Directiva, en las disposiciones antes mencionadas, con el objeto de extender la competencia temporal de la JRD por todo el contrato, incluyendo la liquidación misma de la obra.

III. LA COMPETENCIA LIMITADA DE LA JRD EN FUNCIÓN A LAS MATERIAS.

Así como la competencia “temporal” de la JRD es limitada por la normativa en contratación con el Estado, según lo expuesto en el acápite anterior, de igual modo su competencia relacionada con materias importantes en el desarrollo del contrato, también está restringida.

En particular, nos detendremos a estudiar la conveniencia o no de la prohibición de la JRD para pronunciarse acerca de las prestaciones adicionales de obra y pago de indemnizaciones, en general.

Al respecto, la parte pertinente del artículo 45.4 de la LCE establece:

“La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a (...) pago de indemnizaciones (...) no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo”. (El subrayado es agregado).

Para complementar la prohibición de someter el tema indemnizatorio a la JRD, el artículo 243.3 del RLCE, estipula que *“No pueden someterse a Junta de Resolución de Disputas pretensiones de carácter indemnizatorio por concepto no previsto en la normativa de contratación pública”.* Con esta disposición reglamentaria se precisa que el pago de indemnizaciones, además de no poder ser sometidas a conciliación ni arbitraje, tampoco lo serán a la JRD, ese otro medio de solución de controversias referido indirectamente en el precitado artículo 45.4 de la LCE.

⁶ ICC Cámara de Comercio Internacional. Reglamento relativo a los Dispute Boards. Paris, 2015.

El numeral 7.6 de la Directiva no deja espacio a duda, cuando en lo referente a las facultades de la JRD enumera, entre las varias materias que no puede conocer, recomendar ni decidir: (i) la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no prestaciones adicionales; y (ii) las pretensiones de carácter indemnizatorio.

Sobre el tema de los adicionales, los mismos cuestionamientos a la prohibición de arbitrar esta materia, se pueden hacer extensivos a su prohibición para la JRD⁷. Como dicen Castillo y Sabroso, *“la autorización en la ejecución de adicionales demandaría a la Contraloría General de la República contar con un gran plantel de personal altamente calificado en todas las materias en las que el Estado contrata, lo cual significaría convertir a la Contraloría General de la República en una suerte de supra organismo público que sería sinónimo, en los hechos, de ineficiencia”*.⁸

Esta prohibición es una prueba tangible de las marchas y contramarchas, acaso también contradicciones, de la normativa en contratación estatal. ¿Qué sentido tiene abrir las opciones a las partes para resolver disputas en contratación pública, a través de un órgano técnico, imparcial y especializado, como es la JRD, cuando al mismo tiempo se le despoja de las atribuciones propias a su existencia? A decir de Franco, *“La racionalidad detrás de dicha exclusión es cuestionable y limita seriamente la eficacia de las JRD, así como la del arbitraje en materia de obras públicas, al eliminar la posibilidad que las controversias sobre adicionales puedan ser decididas de manera eficiente”*.⁹

Ahora, si bien la JRD tiene el impedimento legal para que ante ella se controvierta la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República (CGR) de aprobar o no prestaciones adicionales, consideramos que sí puede realizar recomendaciones respecto de dichos adicionales de obra. Como cuestión previa, debe quedar claro que, de acuerdo a lo dispuesto en el precitado artículo 45.4 de la LCE, *“... 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”*. Independientemente a que restar esa materia a las competencias de los Tribunales Arbitrales y de la JRD es equivocado, la LCE no deja lugar a dudas en el sentido que las decisiones sobre aprobación o no aprobación de adicionales no puede ser materia controvertida para la decisión de la JRD.

Sin embargo, ¿la LCE o el RLCE restringen, limitan o prohíben a la JRD la posibilidad de brindar recomendaciones sobre esa materia? Pienso que no. Ello, en tanto la JRD no se pronuncie acerca de la decisión que la Entidad o la CGR emitió sobre la ejecución de

⁷ Al respecto, se puede consultar a Alexander Campos, Limitaciones de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?, Arbitraje On Line N° 4. Boletín Jurídico del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2004). También, véase a Fernando Cantuarias, El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Derecho & Sociedad N° 21 (2003).

⁸ Mario Castillo y Rita Sabroso, Materia arbitrable en la contratación pública, Derecho & Sociedad N° 33 (2009), 253.

⁹ Eric Franco, Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado peruano, Arbitraje PUCP N° 6 (2016), 34.

prestaciones adicionales de obra. En ese sentido, podría brindar recomendaciones a una consulta vinculada a la pertinencia de ejecutar una partida no contemplada, por ejemplo, en el Expediente Técnico, en tanto no exista sobre ese mismo tema pronunciamientos de la Entidad o de la CGR.

Respecto al tema de las pretensiones indemnizatorias, tenemos otra prohibición expresa en la LCE y el RLCE, mermando de nuevo las facultades de la JRD, en contradicción con las bondades expuestas de este mecanismo.

En efecto, el artículo 243.3 del RLCE señala que:

“No pueden someterse a Junta de Resolución de Disputas pretensiones de carácter indemnizatorio por concepto no previsto en la normativa de contratación pública”.

A decir de Franco, refiriéndose al artículo 205 del anterior RLCE -equivalente al artículo 243.3 del actual- esta exclusión resulta ambigua e indeterminada, toda vez que no se definen aquellos conceptos indemnizatorios que serían excluidos, dando un margen de interpretación a las partes (usualmente el contratista) y a la propia JRD para formular pretensiones de ese tipo.¹⁰

Sea como fuere, hay una nueva exclusión a las funciones de la JRD que no se llega a comprender. De pronto, se podría presumir que ello obedece a que para amparar una pretensión indemnizatoria se requiere demostrar la confluencia de los cuatro presupuestos de la responsabilidad contractual, a saber:

- a) La antijuricidad del hecho dañoso.
El primer requisito de la responsabilidad civil es la antijuridicidad, la cual se encuentra referida al comportamiento dañoso; esto es, a la acción u omisión que produjo el daño. Así, habrá antijuridicidad si es que existe un incumplimiento -entendido como una lesión al derecho de crédito que, consecuentemente, genera la insatisfacción del interés del acreedor- o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación¹¹.
- b) El daño.
Entendido como la lesión de un interés jurídicamente protegido o el detrimento que sufre el acreedor por la inejecución de una obligación¹². En materia de responsabilidad civil contractual, los daños patrimoniales que pueden reclamarse son el daño emergente y/o el lucro cesante.
- c) El nexo de causalidad.
En materia contractual, el daño sólo es resarcible si es consecuencia directa e inmediata del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

¹⁰ *Ibíd.*, 33.

¹¹ Lizardo Taboada, *Elementos de la Responsabilidad Civil* (Lima, 2003), 49-50.

¹² Guido Alpa, *Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil*, (Lima, Jurista Editores, 2006), 620.

La causalidad es aquella vinculación que deberá existir entre el hecho antijurídico o ilícito y los daños que ha tenido que soportar la parte que sí se ha mostrado siempre atenta a honrar sus obligaciones.

En relación con el nexo de causalidad, Lizardo Taboada señala lo siguiente: "(...) se entiende en el sentido que debe existir una relación causa efecto, es decir, de antecedente - consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existiría responsabilidad civil y no nacerá la obligación legal de indemnizar"¹³.

d) El factor de atribución.

Es el último requisito para la responsabilidad civil, asociado con la conducta del agente que causa el daño, el cual puede haber incurrido en culpa leve, culpa inexcusable o dolo.

¿Para una JRD, conformada mayoritariamente por ingenieros, y no por abogados, sería complicado analizar estos presupuestos de carácter eminentemente legal? De pronto, ese es el punto de partida, aunque cabe advertir que, como está redactada la norma reglamentaria y la Directiva, no elimina todo concepto indemnizatorio, solamente aquellos no previstos en la normativa de contratación pública. Entonces, ¿Será acaso que quiso eliminar la posibilidad de que la JRD pueda pronunciarse sobre conceptos como recursos improductivos o "stand by" que podrían plantearse a modo de indemnización?

Más allá de esas suposiciones, lo cierto es que la norma que quita competencia a la JRD para determinar el pago de indemnizaciones, es una de orden público, por lo que no cabe pacto en contrario, como lo indica la misma disposición. La "solución" a esta prohibición de competencia es que esta materia corresponderá ser conocida por el Poder Judicial, con todos los inconvenientes en tiempos, recursos y manejo técnico que esa opción legislativa representa, y que perfectamente conocemos, por lo que dejamos de lado mayores comentarios al respecto.

Otra vez, no se entiende -ni se explica- el sustento de esta norma, máxime cuando ha sido la JRD el órgano que ha acompañado el desarrollo del contrato, quien ha "vivido" la obra y que, por eso mismo, cuenta con todos los insumos para abordar cualquier cuestión vinculada a la obra, entre ellos cualquier consideración sobre el pago de indemnizaciones nacidas del contrato de obra.

Como correctamente dice Freitas al referirse al uso de la JRD:

"¿Por qué es recomendable el uso de la mencionada herramienta? Porque, una vez constituido el panel de adjudicadores, este va a estar familiarizado con la obra, va a tener una identificación temprana del conflicto, un conocimiento de primera mano y profundo de los hechos, y, por último, esta herramienta va a desincentivar los reclamos infundados; y es que, como bien se dice, al adjudicador

¹³ Lizardo Taboada, Op. Cit., 83.

*no le vas a contar la película (...) él va a estar en la película e incluso participará de ella”.*¹⁴

Lamentablemente, para el legislador peruano, la apuesta por fortalecer la JRD no es total.

Culminamos esta sección con una manifiesta contradicción respecto a las competencias generales de la JRD, vistas la regulación del RLCE (artículo 223.1) y la Directiva (numeral 7.6). Veamos las disposiciones pertinentes:

Artículo 223.1 RLCE

“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes”. (El subrayado es agregado).

Numeral 7.6 Directiva

“No pueden ser sometidas a JRD las controversias sobre la nulidad, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato...” (El subrayado es agregado).

Como apuntamos líneas arriba, la contradicción es manifiesta. Total ¿puede la JRD resolver disputas que versen sobre problemas de eficacia o validez del contrato? De acuerdo al RLCE sí puede, pero según la Directiva, no.

Podríamos acudir a la LCE para zanjar la inquietud, pero su apoyo es limitado debido a una defectuosa técnica legislativa. De hecho, el artículo 45.1 de la LCE señala que las controversias antes mencionadas se resuelven mediante conciliación o arbitraje, sin mencionar explícitamente a la JRD. No obstante, en el numeral 3 de ese mismo artículo dice que las partes pueden acudir a la JRD para dirimir sus controversias en contratación de obras, sin menoscabar o limitar su competencia.

La anterior (artículo 45.3 de la LCE) es una cláusula general que da facultades a la JRD para emitir decisiones vinculantes sobre las materias anteriores, siendo en ese mismo artículo - en específico, el numeral 4- donde, de manera expresa, se limitan sus competencias a, por ejemplo, las prestaciones adicionales o el enriquecimiento sin causa. Consideramos que la norma legal ha querido ser específica en estas restricciones competenciales, y una muestra palpable lo observamos cuando en la parte final del artículo 45.1 de la LCE se dice que *“Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje”*. Nótese acá cómo el legislador ha querido dejar en claro que para determinar la nulidad contractual solamente cabe usar el arbitraje como mecanismo válido, estando esta temática restringida a la conciliación, JRD o cualquier otro método de composición de conflictos.

En ese orden de ideas, compartimos la interesante opinión de Liseth Rodríguez, quien expone:

“... soy de la opinión que dicho artículo (45.1 LCE) debería ser entendido en el sentido que el hecho que se haya omitido a la Junta de Resolución de Disputas

¹⁴ Rodrigo Freitas, El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado: la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas, Foro Jurídico N° 18, Revista de Derecho (2020), 37.

como competente para conocer las controversias que allí se señalan no significa que dicho mecanismo esté impedido de hacerlo, caso distinto ocurre con la controversia referida sobre nulidad de contrato que también se menciona en el artículo 45.1 de la LCE, puesto que en ese caso sí existe una disposición expresa en relación a que ésta solo podrá ser resuelta únicamente mediante arbitraje”.¹⁵

Si se hubiera querido limitar la competencia de la JRD también a la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, pues de la misma manera se hizo con la nulidad contractual, la norma legal lo habría señalado. Por lo tanto, dicha restricción impuesta por la Directiva es un error manifiesto que contradice abiertamente el RLCE y la razón de ser de la LCE, por lo cual debería ser corregido urgentemente.

IV. CONCLUSIONES.

1. La JRD es una “póliza” que permite internalizar adecuadamente el riesgo del conflicto entre las partes y distribuir “ex ante” sus costos de forma eficiente; a diferencia de lo que sería un contrato de obra sin dicha “póliza”, en el cual las disputas “ex post”, es decir, acaecidas durante la ejecución de la obra, ocasionarían costos mayores (legales, administrativos, entre otros) a los usualmente presupuestados, con la consiguiente merma de la utilidad esperada.
2. La JRD se convierte en un instrumento importante para la gestión contractual, en una actividad (la construcción) donde las desavenencias y disputas son situaciones cotidianas en las distintas fases del contrato. Por ello, el acompañamiento programado de la JRD a lo largo de la obra y hasta su liquidación resulta fundamental, de allí que nos parezca inconveniente quitarle un tramo de tiempo importante a su accionar.
3. Consideramos sustentado y necesario, modificar y precisar el artículo 45.8 de la LCE, el artículo 243.2 del RLCE y el numeral 7.6 de la Directiva, con el objeto de extender la competencia temporal de la JRD por todo el contrato, incluyendo la liquidación misma de la obra.
4. La prohibición o limitación a la JRD para pronunciarse acerca de prestaciones adicionales o pagos indemnizatorios es una prueba tangible de las marchas y contramarchas, acaso también contradicciones, de la normativa en contratación estatal. Carece de sentido abrir las opciones a las partes para resolver disputas en contratación pública, a través de un órgano técnico, imparcial y especializado, como es la JRD, cuando al mismo tiempo se le despoja de las atribuciones propias a su existencia.
5. Existe una manifiesta contradicción respecto a las competencias generales de la JRD -referidas a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de contrato-, vista la regulación del artículo 233.1 del RLCE y el numeral 7.6 de la Directiva. Por su lado, el artículo 45.3 de la LCE constituye una cláusula

¹⁵ Lizeth Rodríguez, Las Juntas de Resolución de Disputas reguladas en la nueva Ley de Contrataciones con el Estado peruano y su Reglamento: Ley 30225 y D.S. N° 350-2015-EF, Trabajo de Investigación para optar el título profesional de abogado (Lima, Universidad de Lima, 2017), 88.

general o abierta que ofrece a las partes la opción de acudir a la JRD para dirimir sus controversias en contratación de obras, sin menoscabar su competencia en los temas anteriores.

6. La restricción impuesta por el numeral 7.6 de la Directiva a la competencia de la JRD para pronunciarse sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato es un error manifiesto que contradice abiertamente el artículo 233.1 del RLCE y la razón de ser de la JRD apuntada en el artículo 45.3 de la LCE, por lo cual es imperiosa su corrección.
7. En síntesis, consideramos que mientras más abiertas y amplias sean las competencias de la JRD -bien definidas por la normativa pertinente- más eficacia tendrá en sus funciones y más cerca estará para alcanzar el cumplimiento de sus objetivos básicos.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alpa, Guido. Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil. Lima: Jurista Editores, 2006.
- Campos, Alexander. Limitaciones de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir? Arbitraje On Line N° 4. Boletín Jurídico del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2004).
- Cantuarias, Fernando. El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Derecho & Sociedad N° 21 (2003).
- Castillo, Mario y Rita Sabroso. Materia arbitrable en la contratación pública. Derecho & Sociedad N° 33 (2009).
- Franco, Eric. Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado peruano. Arbitraje PUCP N° 6 (2016).
- Freitas, Rodrigo y Juan Diego Gushiken. Dispute Boards: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción. En Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 33. Lima, 2020.
- Freitas, Rodrigo. El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado: la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas. Foro Jurídico N° 18, Revista de Derecho (2020).
- Paredes, Gustavo. Dispute Boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan? Disputes Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos. En Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 23. Lima, 2014.
- Rodríguez, Lizeth. Las Juntas de Resolución de Disputas reguladas en la nueva Ley de Contrataciones con el Estado peruano y su Reglamento: Ley 30225 y D.S. N° 350-2015-EF. Trabajo de Investigación para optar el título profesional de abogado. Lima: Universidad de Lima, 2017.
- Taboada, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley, 2003.