Un Tiro IPSC, Rápido y Certero:
Las Juntas de Resolución de Disputas en las Asociaciones Público-Privadas

Gustavo Paredes[(*)]

El tiro práctico IPSC es una disciplina deportiva de precisión fascinante, que de haberlo conocido antes, hubiese cambiado mi actual vocación. Este consiste en medir la capacidad de un tirador de disparar rápidamente y con precisión al objetivo, durante un recorrido de estaciones previamente diseñadas, en el menor tiempo posible.

Las siglas distintivas que resumen la esencia de este deporte son "DVC" (Diligentia, Vis, Celeritas), ya que el deportista debe estar en capacidad de diseñar su mejor estrategia de combinación posible de precisión (Diligentia), potencia del arma (Vis) y velocidad (Celeritas).

La calificación, por la precisión del tiro, se determina en función del valor asignado a ciertas áreas de un blanco octogonal, que en orden de puntaje se denominan: Alfa, Delta y Charlie; utilizando el Oficial de Campo un cronógrafo sensible a los disparos para medir el tiempo. El tiro fuera del blanco se denomina Miss.

Es un deporte distinto y contrariamente a muchos es esencialmente diverso, no existe límite a la creatividad ni extensión del recorrido de las estaciones por parte de los organizadores, y eso es lo que lo hace libre para ser resuelta por el deportista según su ingenio, estrategia y dinamismo.

Al día siguiente del Campeonato Nacional de IPSC en el país, y antes de ser publicados los resultados, el Congreso de la República nos sorprendió con su tiro más rápido y certero; y fue la incorporación de las Juntas de Resolución de Disputas como mecanismos alternativos de solución de controversias surgidas

(*) Abogado especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Estatal y Solución Alternativa de Disputas, socio de NPG Abogados. Profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Fundador de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

en los nuevos contratos de asociaciones público- privadas, que merecen la pena relevar y comentar:

TIRO ALFA

El lunes 02 de diciembre de 2013, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley N° 30114 "Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2014", cuya undécima disposición complementaria modificatoria, modifica 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. Ahora, 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.

Una de las ausencias del diseño legislativo de gestión de disputas anterior fue justamente no incluir la posibilidad que las partes puedan optar por métodos previos al arbitraje que les permita mantener el control de la disputa y con ello tener la opción de darle solución de manera más eficiente.

El numeral 9.6 del artículo 9 modificado del Decreto Legislativo 1012, sólo contempló el arbitraje como el único método de solución definitiva de toda disputa en el marco del Contrato de Asociación Público-Privada:

> 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.

De esta manera, en la escalada de intensidad y costo del conflicto, las partes acudían directamente al último de los métodos alternativos de solución de disputas, el arbitraje.

La undécima disposición modificatoria deja redactado el numeral 9.6 del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1012, agregando lo siguiente:

> 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.

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 junta de resolución de disputas (JRD)

Sin embargo, esta posibilidad de diseño de gestión de conflictos no es de aplicación cuando la controversia se remite a uno de los mecanismos internacionales de solución de controversias conforme al artículo 13 de la Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión.

> 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.

En suma, la incorporación de mayores opciones para las partes de control de conflictos, es un tiro alfa, rápido y certero.

TIRO DELTA

Desarrollemos ahora el recorrido en cada una de las estaciones de tiro organizada por el Congreso.

El trato directo como expresión del estadio de una negociación directa o asistida según el acuerdo de las partes se encuentra delimitado de la siguiente manera:

> 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.

Establecida esta opción por las partes en forma previa a un arbitraje nacional, serán éstas quienes designen al neutral y sus reglas, o en defecto de pacto someterse a la designación y/o el procedimiento de negociación directa o asistida por un "amigable componedor". Quizás el término pueda prestarse a confusión, pero la idea es que este tercero neutral, designado por las partes o en defecto de pacto por un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos, asista a las partes en la solución de la disputa y en la satisfacción de sus intereses con propuestas o fórmulas creativas que maximice el interés de las partes en la negociación y concrete acuerdos legítimos que se soporten en el tiempo y queden protegidos bajo los efectos de una transacción.

> 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.

El reglamento de la Ley fijará los puntos centrales que permitirán establecer las reglas de operatividad de este método.

> Los procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución del Amigable Componedor [ ] serán establecidos en el reglamento de la presente Ley. Tanto el Amigable Componedor [ ] podrán ser terceros neutrales de nacionalidad distinta a la de las partes.

Esta norma ofrece también la libertad a las partes para designar a terceros neutrales extranjeros o de nacionalidad distinta a ellos. Sin duda esta designación dependerá de la capacidad de los neutrales, su entrenamiento y confianza que tengan las partes.

Adicionalmente, por primera vez aparece reconocido legislativamente una de las modalidades de los Dispute Boards en el Perú para la contratación estatal; es decir, la Junta de Resolución de Disputas (JRD). Este método fue creado y

hecho a la medida para el sector de la ingeniería y construcción; y ahora, con aplicación práctica en los sectores de energía y telecomunicaciones.

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.

La modificación omite este punto, por lo que si no existe distinción o excepción normativa no deberíamos hacer ninguna; pareciera ser entonces que estaremos ante la posibilidad de ser pactada para todas las fases del proyecto, quedando en la esfera de decisión de las partes aquello que mejor consideren pertinente para resolver sus reclamos.

Por otro lado, la modificatoria señala que este método en principio es facultativo y no obligatorio como sí lo hace para el arbitraje:

> 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 [ ]

Esta precisión es acertada, no se necesita obligar su uso para que el método funcione, sólo las ventajas que da la libertad de las partes para pactar su empleo, permitirá verificar y convencerse de su utilidad. Las partes entonces quedan en libertad de pactar una JRD en forma previa al inicio del arbitraje, pudiendo incluso acordar que el agotamiento de este método sea una condición de arbitrabilidad. La práctica demostrará las ventajas de este método de control del conflicto y su aporte de eficiencia en la gestión contractual.

Continúa la modificatoria describiendo la composición de la JRD

> [ ] 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 [ ]

Las partes deben conocer que la composición de la JRD debe pasar por una etapa de reflexión sobre el costo, complejidad, duración, etapas del proyecto y otras consideraciones adicionales. La libertad de elegir entre 1 o 3 adjudicadores dependerá de muchos factores, que de no tenerlos en cuenta pueden generar mayores costos en la gestión del contrato.

Los adjudicadores como su número pueden ser acordados desde el inicio del contrato (en caso sea una JRD permanente) o luego de surgir el reclamo (JRD adhoc); sin embargo la preparación y planeamiento de escenarios durante la negociación es vital para acordar posibles nóminas de adjudicadores con perfiles diferenciados dependiendo de la etapa del proyecto en que se encuentre.

A este punto, los Centros o Instituciones que administren mecanismos alternativos de solución de conflictos jugarán un rol importante en la conformación de registros de adjudicadores con una selección rigurosa y exhaustiva de expertos, pero además ofreciendo capacitación continua que ayude a desarrollar en los adjudicadores adecuadas competencias para manejar la solución de los reclamos durante el proyecto.

No está demás referir la aclaración que la norma modificatoria hace con relación a la contratación de los amigables componedores, adjudicadores y Centros o Instituciones que administren estos métodos alternativos:

> 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.

Esta disposición se asemeja a las disposiciones del literal k) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado; sin embargo contiene una agregado innecesario que podría generar alguna discusión, es obvio que los adjudicadores entrarán en acción en tanto surja un reclamo por decidir; sin embargo la designación puede ser incluso contenida en el propio anexo del contrato, siempre que las partes decidan su participación permanente en obra. De algún modo, debemos interpretar esta disposición en el sentido coherente

de excluir siempre la contratación de éstos de la Ley de Contratación del Estado.

En suma, más allá de imprecisiones superables (Tiro Delta), el reconocimiento de la JRD es un cambio estratégico trascendental en la forma de gestionar los conflictos durante la ejecución contractual de los proyectos de inversión privada.

TIRO CHARLIE

Más importante que el reconocimiento normativo de la JRD en sí mismo, es el carácter o efecto vinculante de sus decisiones.

> [ ] La Junta de Resolución de Disputas emitirá una decisión vinculante para las partes, la cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje [ ].

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. Quizás el objetivo del disparo debió centrarse mejor (Tiro Charlie), sancionando a la parte renuente de un posible incumplimiento de las decisiones.

Serán las partes entonces, 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.

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.

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.

MISS

Para finalizar, lo importante hoy no son las imprecisiones u omisiones subsanables de la modificatoria, lo trascendente es el reconocimiento legislativo de la JDR como un método alternativo y temprano de control del conflicto en los contratos estatales, que ayudará a fortalecer al arbitraje, remitiendo a él aquellos casos económica y técnicamente relevantes que realmente lo merezcan, agregando con ello mayor eficiencia en la gestión de los conflictos contractuales.

Para las reglas del procedimiento, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución del amigable componedor y de la JRD, será el reglamento de la ley el encargado de perfeccionar el método y su operatividad:

> [ ] 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 [ ].

Queda ahora esperar el reglamento para ver cómo se logra atinar en el blanco en tiempo récord.