

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

La (supuesta) obsolescencia del Contrato Administrativo regulado por la Ley de Contrataciones del Estado frente a la irrupción del Contrato de Estándar internacional NEC para la ejecución de obras públicas en el Perú: ¿Resulta justificado este cambio?

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

Jairo Kevin Mauricio Hernandez Alvarado

Asesor:

Lenin William Mayorga Elías

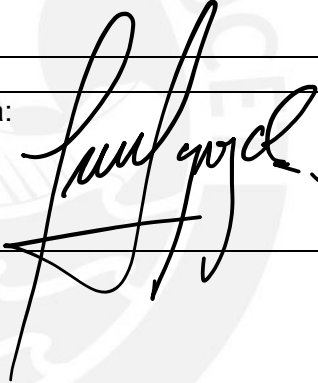
Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, LENIN WILLIAM MAYORGA ELIAS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “La (supuesta) obsolescencia del Contrato Administrativo regulado por la Ley de Contrataciones del Estado frente a la irrupción del Contrato de Estándar internacional NEC para la ejecución de obras públicas en el Perú: ¿Resulta justificado este cambio?”, del autor(a) JAIRO KEVIN MAURICIO HERNANDEZ ALVARADO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 21 de febrero del 2024

| | |
|--|--|
| <u>MAYORGA ELIAS, LENIN WILLIAM</u> | |
| DNI: 44109914 | Firma:  |
| ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1637-8318 | |

RESUMEN

El devenir actual en la ejecución de obras públicas en nuestro país advierte el crecimiento de una tendencia bastante interesante en lo que respecta a qué marco contractual se decide emplear para esta actividad: por un lado, tenemos al clásico Contrato Administrativo, regulado por normas públicas con larga trayectoria y de usual utilización, como es la Ley de Contrataciones del Estado.

En contraposición lo anterior, la utilización de contratos de estándares internacionales para la construcción, como son los NEC, se ha popularizado estos últimos años, siendo empleados para la ejecución de proyectos de infraestructura pública de diversos tipos, situación que irrumpió a partir de la ejecución de las obras de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos del año 2019.

Tomando en consideración lo hasta ahora expuesto, es oportuno preguntarnos ¿Resulta justificado ese cambio de tendencia para el provecho de la obras públicas en nuestro país?, ¿Esta transición del Contrato Administrativo (regulada por la Ley de Contrataciones del Estado) al contrato privado (específicamente el tipo NEC) resulta beneficiosa para la ejecución de obras públicas en nuestra coyuntura?, ¿El Contrato Administrativo en nuestro país ha evidenciado inutilidad y/u obsolescencia para la ejecución de obras públicas frente a marcos contractuales de derecho privado (como es el Contrato NEC)?

El presente trabajo de investigación buscar dar respuesta a esas y otras preguntas, con el objetivo de clarificar si un tipo contractual resulta ser mejor que otro (ya sea en todo o en parte) para la ejecución de obras públicas en el Perú.

Palabras clave

Obras, Construcción, Contrato Administrativo, Contrato Privado, Contratos NEC

ABSTRACT

The current evolution in the execution of public works in our country shows the growth of a very interesting trend as regards the contractual framework that is decided to be used for this activity: on the one hand, we have the classic administrative contract, regulated by public regulations with a long history and of usual use, such as the Government Procurement Law.

In contrast to the above, the use of international standard contracts for construction, such as the NEC, has become popular in recent years, being used for the execution of public infrastructure projects of various types, a situation that burst into the execution of the works for the Pan American and Parapan American Games in 2019.

Taking into consideration the above, it is appropriate to ask ourselves: Is this change of trend justified for the benefit of public works in our country? Is this transition from the administrative contract (regulated by the Government Procurement Law) to the private contract (specifically the NEC type) beneficial for the execution of public works in our situation? Has the administrative contract in our country shown its uselessness and/or obsolescence for the execution of public works compared to private law contractual frameworks (such as the NEC Contract)?

This research work seeks to answer these and other questions, with the objective of clarifying whether one type of contract is better than another (either in whole or in part) for the execution of public works in Peru.

Keywords

Works, Construction, Administrative Contract, Private Contract, NEC Contracts

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL CONTRATO NEC: DOS DE LOS MODELOS CONTRACTUALES MÁS UTILIZADOS PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN EL PERÚ | 6 |
| 1. Motivaciones para su comparativa | 8 |
| 2. El Contrato Administrativo de obra: base comparativa | 14 |
| 3. El contrato NEC: base comparativa..... | 15 |
| LAS MODIFICACIONES DEL CONTRATO DE OBRA EN AMBOS TIPOS CONTRACTUALES | 16 |
| 1. Modificaciones al monto y plazo del contrato de obra | 18 |
| 2. Conclusiones de este apartado | 24 |
| LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO | 25 |
| 1. Mecanismos de solución de controversias: La Junta de Resolución de Disputas y <i>Dispute Boards</i> | 25 |
| 2. Conclusiones de este apartado | 27 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 28 |
| BIBLIOGRAFÍA | 30 |

INTRODUCCIÓN

En nuestra coyuntura actual, la ejecución de obras públicas en nuestro país advierte una circunstancia relativamente novedosa en lo que respecta a qué marco normativo – contractual se decide emplear para esta actividad:

1. En primera instancia, tenemos al clásico Contrato Administrativo, regulado por normas públicas con larga trayectoria y de usual utilización, como es la Ley de Contrataciones del Estado.
2. En otro extremo, resulta oportuno advertir la utilización de contratos de estándares internacionales para la construcción, como son los NEC, los mismos que se han popularizado estos últimos años, siendo empleados para la ejecución de proyectos de infraestructura pública de diversos tipos, situación que irrumpió a partir de la ejecución de las obras de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos del año 2019.

Resulta importante acotar que, actualmente, el mencionado tipo o modelo contractual es derivado de la suscripción de los llamados Contratos de Gobierno a Gobierno (G2G)¹; es decir, vínculos obligacionales entre Estados con la finalidad de alcanzar un objeto de contratación determinado (en este caso, ejecución de obras pública de trascendencia nacional y regional).

Para efectos demostrativos, a la fecha se encuentra vigente el Acuerdo de Gobierno a Gobierno para el Programa de la Reconstrucción, entre La Autoridad para la Reconstrucción con Cambios del Gobierno del Perú y el Departamento de Comercio Internacional del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda

¹ Para mayor abundamiento respecto de su concepto, se recomienda la siguiente lectura: <https://www.gob.pe/institucion/pronis/campa%C3%B1as/3918-conoce-nuestros-proyectos-en-salud-bajo-modalidad-g2g>

del Norte²; a partir de este, se encuentran en ejecución una serie de obras públicas a partir de los Contratos NEC3 y NEC4.

Por una parte, el Contrato Administrativo posee una concepción clásica que se mantiene vigente hasta nuestros tiempos, la misma que nos permite conocer sus rasgos particulares, características y objetivos esenciales; para estos efectos, resulta oportuno tomar en consideración a MARIENHOFF, que enmarca al Contrato Administrativo bajo los siguientes alcances:

“Acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”³.

En consecuencia, el Contrato Administrativo advierte particularidades muy específicas a comparación de otros escenarios contractuales; por ejemplo, se hace énfasis en los sujetos que participan en la misma, siendo necesariamente uno de ellos una Entidad Pública; de igual forma, se advierte que el Contrato Administrativo se desarrollará en el marco de funciones o facultades administrativas; como corolario, se describe a su finalidad esencial, que es la de satisfacer fines públicos; es decir, persigue una motivación alejada de intereses particulares propios o de terceros para centrarse en metas propias de una colectividad determinada.

Como se indicó en un inicio, el objeto de este ejercicio académico es el analizar una faceta particular de los contratos administrativos, específicamente cómo es que se desempeñan en la ejecución de un proyecto de infraestructura en el marco de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado; para ello, resulta oportuno aterrizar en instituciones como el “contrato” u “obra”, a efectos de conocer su definición en el marco de dicha normativa, tal como se aprecia a continuación:

² <https://www.rcc.gob.pe/2020/wp-content/uploads/2023/03/acuerdo-gobierno2gobierno.pdf>

³ Marienhoff, M. (1970). Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A. Argentina. Abeledo-Perrot. Pág. 8.

“ANEXO N° 1 DEFINICIONES

(...)

Contrato: *Es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y el Reglamento.*

(...)

Obra: *Construcción, reconstrucción, rehabilitación, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren expediente técnico, dirección técnica, mano de obra, materiales y/o equipos”⁴.*

En consecuencia, el Contrato Administrativo de obra regulado por la Ley de Contrataciones del Estado es un vínculo obligacional por el cual una de las partes (el privado) se encuentra a cargo de ejecutar un proyecto de infraestructura a favor de la otra (la Entidad), de conformidad a los cánones previsto en la normativa especial de la materia.

Por otro lado, resulta oportuno explicar muy brevemente qué debe entenderse por un contrato de estándar internacional para la construcción; en atención a ello, MEDINA FLORES define a los Contratos NEC bajo los siguientes alcances:

“En este escenario internacional, los Nuevos Contratos de Ingeniería (NEC, por sus siglas en inglés) son una familia de contratos estándar de uso internacional, tal como los contratos FIDIC, ICC, ENNA, AIA, entre otros. Los Contratos NEC fueron creados en Inglaterra por el Instituto de Ingenieros Civiles como un intento de cambiar las formas tradicionales de contratación que solo se concentraban en los derechos y obligaciones

⁴ Decreto Supremo N° 344-2018-EF - Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado

legales de las partes, para pasar a la creación de un contrato que además promoviera la correcta gestión del proyecto”⁵.

Como vemos en la definición antes descrita, el Contrato NEC se encuentra pensado en ser un contrato dirigido a un objetivo particular: procurar y dar herramientas para una adecuada gestión de proyectos de infraestructura, bajo estándares internacionales brindados por expertos en la materia.

Como detalle particular sobre este tipo contractual, a diferencia del Contrato Administrativo, en el Contrato NEC se advierte la ausencia de elementos tradicionales que acompañan a la contratación pública, como son las prerrogativas exorbitantes de la administración o el interés público, toda vez que el espíritu de este es que las partes contractuales actúen en pie de igualdad bajo cánones de colaboración, adecuada asignación de obligaciones y riesgos, además de procurar un marco de transparencia relevante entre las partes (libros abiertos).

Por tanto, podemos afirmar de manera indubitable que los Contratos NEC se enmarcan en lo que es calificable como una contratación privada; las características que indicamos en el párrafo anterior se encuentran muy cercanas a la concepción clásica del contrato civil, por lo que la aplicación de este tipo contractual significa un cambio de paradigma para efectos de la ejecución de obras públicas.

Tomando en consideración las reflexiones antes expuestas, resulta oportuno citar a AMES PERALTA, que enmarca al Contrato NEC bajo los siguientes alcances:

“Los contratos NEC son el único conjunto de contratos estándares diseñados para facilitar y fomentar la buena gestión de los proyectos en los

⁵ Medina Flores, J. C. (2019). *El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades?* IUS ET VERITAS, (58), 110-127. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.006>

que se utilizan, su lenguaje claro y sencillo, facilita su comprensión y eficacia interpretativa. Además, al ser una familia de contratos cuyos procedimientos establecidos están diseñados para estimular una buena gestión y velar por la colaboración previsora, además, de contar con directrices como la flexibilidad, claridad y simplicidad hace que este tipo de contratos sea de fácil aplicación y comprensión”⁶.

Tomando en consideración lo hasta ahora expuesto, es oportuno preguntarnos, ¿Resulta justificado ese cambio de tendencia para el provecho de las obras públicas en el Perú?, ¿Esta transición del Contrato Administrativo (regulada por la Ley de Contrataciones del Estado) al contrato privado (específicamente el tipo NEC) resulta beneficiosa para la ejecución de obras públicas en nuestro país?, ¿El Contrato Administrativo en nuestro país ha evidenciado inutilidad y/u obsolescencia para la ejecución de obras públicas frente a marcos contractuales de derecho privado (como es el Contrato NEC)?

El presente trabajo académico busca realizar un análisis crítico (desde una perspectiva objetiva) del escenario y preguntas antes expuestas, con la finalidad de concluir si esta transición resulta beneficiosa o no para la ejecución de obras públicas en nuestro territorio.

Asimismo, se pretende efectuar el análisis del Contrato Administrativo peruano (regulada por la Ley de Contrataciones del Estado) para la ejecución de obras públicas, con la finalidad de determinar si este resulta competente frente a marcos contractuales como es el Contrato NEC (así como también a los Contratos de Gobierno a Gobierno que actualmente se encuentra muy ligado a este tipo contractual). Se advierte muy interesante el conocer la diferencia entre uno y otro, y el determinar si estas divergencias hacen que uno sea mejor que el otro.

⁶ Ames Peralta, L.E. (2019). *Los Contratos NEC, Una Nueva Era*. Material académico disponible en: <https://www.caeperu.com/columnistas/luis-enrique-ames/pdf/los-contratos-NEC-una-nueva-era.pdf>, 15

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL CONTRATO NEC: DOS DE LOS MODELOS CONTRACTUALES MÁS UTILIZADOS PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN EL PERÚ

Como se dio a entender en la parte introductoria, el Contrato Administrativo regulado por la normativa de contratación pública y el Contrato NEC persiguen un mismo objetivo: brindar un marco legal razonable y suficiente para la adecuada ejecución de obras; sin embargo, cada uno de ellos posee enfoques y filosofías diferentes, lo que los lleva a promover herramientas y figuras contractuales en ciertos escenarios distintos a ser empleadas durante la fase constructiva de los proyectos de infraestructura.

En esa medida, veremos que el Contrato Administrativo promueve elementos y figuras particulares, como el “interés público” o las “prerrogativas exorbitantes”, dirigidas a una adecuada ejecución de obras en el entendido de que la Administración debe poseer una postura o posición privilegiada para conocer y garantizar los intereses de la colectividad.

Bajo esa línea, resulta oportuno delimitar qué es lo que debemos comprender por “interés público”, ya que como veremos más adelante, este se constituye como un elemento diferenciador del Contrato NEC, ya sea para provecho o demérito de la ejecución del contrato; bajo esa premisa, ESCOLA define a esta institución bajo la siguiente idea:

“[El interés Público es] El resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su

propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”⁷.

En consecuencia, veremos que el Contrato Administrativo se desarrolla en un marco en dónde el interés general señala o delimita de manera preponderante las acciones contractuales de las partes, priorizando aspectos deontológicos sobre límites o parámetros objetivos.

Por otro lado, otra institución sumamente relevante y diferenciadora del Contrato Administrativo es el de las “prerrogativas exorbitantes”, la cual posee una relevancia y objetivo especial: establecer herramientas que le permita a la administración poseer una posición preponderante en el vínculo obligacional, generando en consecuencia una postura asimétrica sobre su contraparte privada.

Para mayor abundamiento, es necesario conocer las reflexiones de MORÓN URBINA, quien reconoce a esta figura a partir de la siguiente reflexión:

“[Las prerrogativas exorbitantes son] Capacidades de la administración contractual [que] ni son estipulaciones contractuales, ni implica que sean ilícitas en los contratos privados, sino que son manifestaciones del poder de la acción unilateral propio de la Administración Pública y solo son “desacostumbradas” en los contratos comunes”⁸.

Por lo visto, las prerrogativas o potestades exorbitantes se erigen como una institución relevante en el marco contractual administrativo, dándole un sentido a su existencia, coligado a la figura del interés público antes mencionada.

En consecuencia, podemos concluir de forma acertada que, sin los elementos del “interés público” y “prerrogativas exorbitantes” no podría haber Contrato Administrativo, toda vez que estos marcan su esencia, naturaleza y mecanismos

⁷ Escola, H. (1989). El Interés Público como fundamento del derecho administrativo. Argentina. Revista de Derecho Público. 10. Pág. 249 – 250.

⁸ Morón, J (2016). La Contratación Estatal. Lima. Gaceta Jurídica. Pág. 591.

de acción en la ejecución y/o actuación de los derechos y obligaciones de las partes contractuales.

Por su parte, el Contrato NEC resulta ser más pragmático en su tratamiento, encontrándose más asociado a lo que es un contrato privado; es decir, este promueve una relación contractual orientada a establecer la igualdad de las partes, procurar la asignación de tareas, riesgos y objetivos, además de valores como la colaboración, simplicidad, generación de incentivos y distribución de riesgos.

En esa misma línea, GOULD considera que los Contrato NEC se constituyen bajo los siguientes principios: *“En resumen, se puede decir que sus tres principales principios son la flexibilidad; simplicidad y claridad; y estímulo para la buena administración”*⁹.

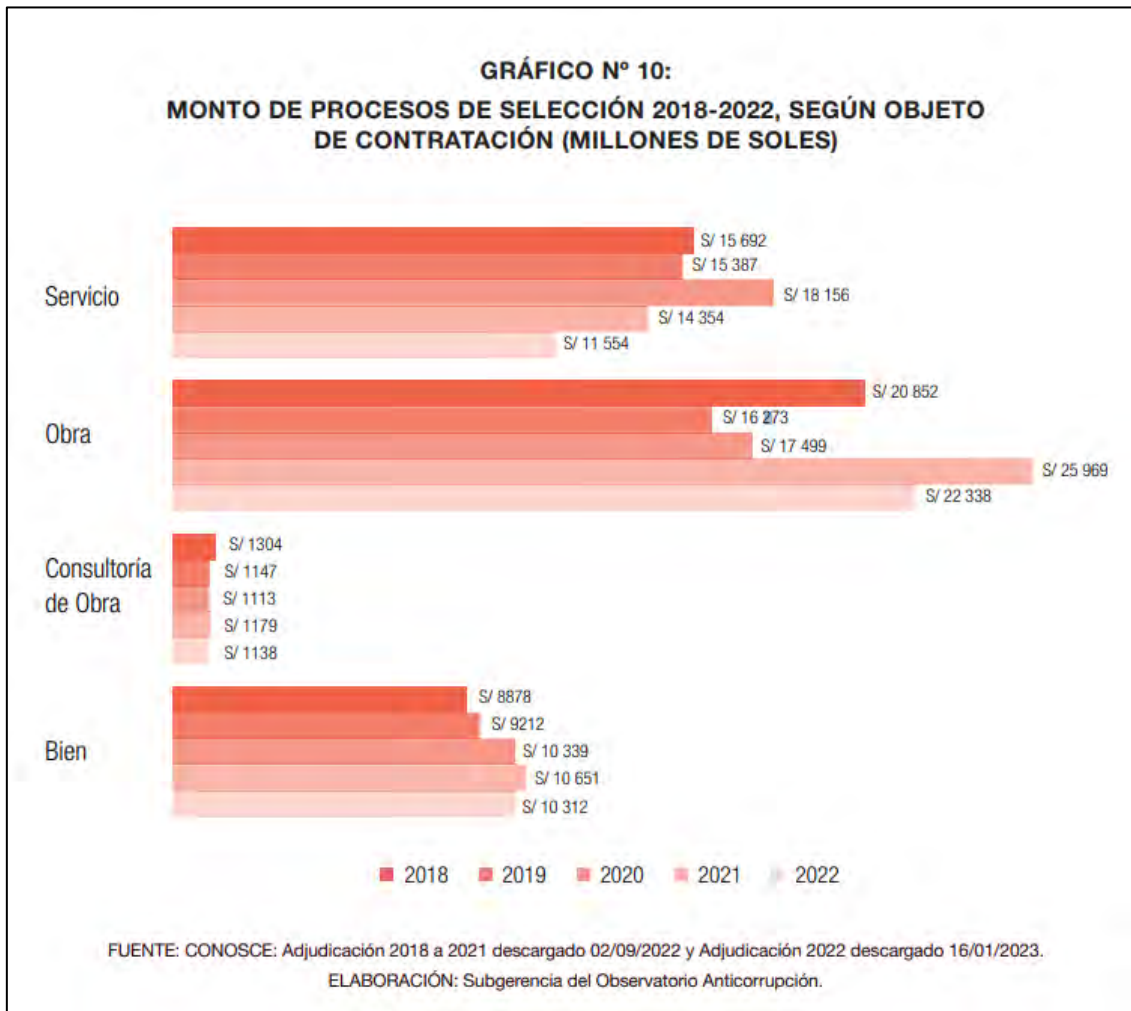
En consecuencia, la comparación de ambos tipos contractuales se advierte como un ejercicio interesante, que más allá de lo académico, situándose su verdadera utilidad en la gestión y administración de obras públicas; si bien el tipo contractual a ser empleado en un proyecto de infraestructura no es la única variable para determinar si la ejecución de una obra va a ser exitosa, si resulta ser un factor relevante tanto en su aspecto programático, así como también en la propia fase de ejecución de las obras.

1. Motivaciones para su comparativa

La ejecución de obras públicas en el país responde, desde una perspectiva presupuestal, a ser el objeto de contratación más relevante en el marco de la Ley 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, a comparación de bienes, servicios o consultoría de obras (que también pueden ser adquiridos bajo dicho cuerpo legislativo); en consecuencia, estamos ante una actividad económica (centrada

⁹ GOULD, Nicholas. NEC3: The Construction Contract of the Future?». Material disponible en el siguiente enlace: <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/nec3-construction-contract-future>

en una normativa especial) sumamente importante para el país, tal como se advierte en el gráfico expuesto a continuación¹⁰:



Resulta necesario dimensionar la data antes mencionada con la siguiente información: la ejecución presupuestal del Perú equivale a alrededor del 41% del presupuesto público global¹¹; en consecuencia, estamos ante un escenario sumamente relevante para nuestra realidad, que amerita una total atención en caso resulte conveniente analizar y/u absolver potenciales soluciones a diversas problemáticas que puedan presentarse.

¹⁰ Contraloría General de la República del Perú: Análisis de la Contratación Pública en el Perú (2018 – 2022): Una mirada desde el Control Gubernamental, disponible en el siguiente enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4870766/An%C3%A1lisis%20de%20la%20Contrataci%C3%B3n%20P%C3%ABlica%20en%20el%20Per%C3%BA%20%282018-2022%29.pdf.pdf?v=1689790040>

¹¹ Loc. Cit. ídem.

En atención a esto último, resulta necesario dejar constancia que el sector construcción en particular y la contratación pública en general atraviesa diversos problemas en nuestro país; a modo de ejemplo, se estima que la corrupción habría generado pérdidas equivalentes a S/. 94 038 millones durante el periodo 2018-2022¹², de conformidad al siguiente detalle:

TABLA N° 88:
COMPARATIVO DEL PERJUICIO ECONÓMICO, PERIODO 2019-2021, POR NIVEL DE GOBIERNO (MILLONES DE SOLES)

| Nivel de gobierno | Año 2019 | | Año 2020 | | Año 2021 | | Año 2022 | | Total en el periodo | |
|-------------------|------------------|--------------|------------------|--------------|------------------|--------------|------------------|--------------|---------------------|--------------|
| | Monto | % | Monto | % | Monto | % | Monto | % | Monto | % |
| Gobierno Nacional | S/ 13 671 | 13.9% | S/ 11 580 | 10.3% | S/ 11 057 | 10.4% | S/ 10 696 | 10.6% | S/ 47 004 | 11.3% |
| Gobierno Regional | S/ 4066 | 12.1% | S/ 5763 | 15.7% | S/ 8843 | 21.9% | S/ 8038 | 18.7% | S/ 26 709 | 17.4% |
| Gobierno Local | S/ 5561 | 22.8% | S/ 4716 | 17.6% | S/ 4363 | 13.9% | S/ 5685 | 15.2% | S/ 20 324 | 16.9% |
| Total | S/ 23 297 | 14.9% | S/ 22 059 | 12.6% | S/ 24 263 | 13.6% | S/ 24 419 | 13.4% | S/ 94 038 | 13.6% |

FUENTE: Contraloría General de la República: Incidencia de la corrupción e inconducta funcional 2019, 2020 y 2021, cálculos 2022.
ELABORADO: Subgerencia del Observatorio Anticorrupción - CGR.








Otro gran inconveniente que afrontar, especialmente para el sector construcción, es la brecha de infraestructura que atraviesa el país, tan así que *“El cierre de la brecha total de infraestructura implica una inversión anual del 8,27% del PBI, lo que significa alrededor de US\$15.955 millones al año. Actualmente la inversión es de entre 3% y 4% del PBI”*¹³.

En esa medida, resulta evidente que existen factores que impiden que la infraestructura en el país no sea suficiente, lo que finalmente genera que existan sectores y servicios que no son brindados de la mejor forma posible, como el agua y saneamiento, telecomunicaciones, carreteras, energía, educación, entre otros, tal como se desagrega en la siguiente tabla¹⁴:

¹² Loc. Cit. ídem.

¹³ Información obtenida del siguiente portal web: <https://www.up.edu.pe/egp/noticias/brecha-infraestructura-afin-egp/>

¹⁴ Loc. Cit. ídem.

| 2016 - 2025 | | | |
|--|---------------|---------------|----------------|
| Brecha de infraestructura | | | |
| En US\$ millones al 2015 | | | |
| Sector | 2016 - 2020 | 2021 - 2025 | 2016 - 2025 |
|  Agua y saneamiento (*) | 6.970 | 5.282 | 12.252 |
|  Telecomunicaciones | 12.603 | 14.432 | 27.036 |
|  Transporte | 21.253 | 36.246 | 57.499 |
|  Energía | 11.388 | 19.387 | 30.775 |
|  Salud | 9.472 | 9.472 | 18.944 |
|  Educación (**) | 2.592 | 1.976 | 4.568 |
|  Infraestructura hidráulica | 4.537 | 3.940 | 8.477 |
| Total | 68.815 | 90.734 | 159.549 |

(*) La brecha solo considera acceso al servicio, no mejoras en las conexiones ya existentes y tratamiento de aguas
(**) La brecha contempla únicamente incrementos en la cobertura. No toma en cuenta adecuación funcional de los colegios, rehabilitación o reforzamiento antisísmico.

Fuente: AFIN

Por lo expuesto, queda claro que existen inconvenientes reales y urgentes que atender, motivo por el cual la búsqueda de soluciones se advierte necesaria.

Es en mérito de dicho contexto que hasta hace no mucho se han visto artículos de opinión e iniciativas legislativas que, entre otras razones, señalaban que buena parte de responsabilidad de estos inconvenientes se debe a la propia normativa de contrataciones de estado, toda vez que esta mostraba deficiencias que generaban mucha burocracia, establecen demasiadas trabas para las contrataciones, entre otros motivos.

Producto de ello, esas mismas bases informativas ensalzan las virtudes de los Convenios de Gobierno a Gobierno en general y los Contratos NEC en particular, como mecanismos ideales para solventar los problemas antes descritos, resaltando como base empírica de demostración de su eficiencia a la ejecución de las obras en el marco de los Juegos Panamericanos Lima 2019, tal como podemos cotejar en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 392-2021-CR, citado a continuación:

“En el año 2019, para la realización de los Juegos Panamericanos Lima 2019 y bajo el asesoramiento del Gobierno Británico es que primaron el uso de contratos NECs para la realización de las obras de infraestructura necesarias para este evento deportivo, los cuales fueron exitosos, permitieron entregar las obras en tiempo récord y sobre todo, demostraron ser positivamente innovadores para la contratación de obras públicas en el Perú, ya que permitió eliminar la situación en que las partes (Estado vs. Contratistas) parecían rivales, y generó, a través de un lenguaje sencillo, una buena gestión entre las partes contratantes. Así, es que la ejecución de las obras de las instalaciones de la Videna, villa de atletas, los complejos deportivos y el polideportivo, utilizando la modalidad de la tecnología de los contratos NEC, fue reconocida por el Colegio de Ingenieros de Lima”¹⁵.

Como se advierte en el precitado párrafo, la ejecución de las obras de los juegos Panamericanos del 2019 marcó un hito relevante para los defensores e impulsores de los Convenios de Gobierno a Gobierno y Contratos Colaborativos, los mismos que vieron que estas figuras podrían replicarse en otros escenarios y contextos de nuestro país.

Como cierre de la idea antes expuesta, el Proyecto de Ley antes mencionado aterriza sus ideas sobre el provecho de estas figuras bajo la siguiente reflexión:

“c) Importancia de los Acuerdos G2G y Contratos NEC en el Perú

La importancia de los Acuerdos Gobierno a Gobierno es que han permitido en el país aplicar los contratos NEC, los cuales han demostrado para el caso de nuestro país, ser una solución a las

¹⁵ Proyecto de Ley N° 392/2021-CR – “Ley Que Modifica La Ley N° 27867, Ley Orgánica De Gobiernos Regionales Y La Ley N° 27972, Ley Orgánica De Municipalidades Facultando A Los Gobierno Regionales Y Locales Realizar Acuerdos G2g Con Gobiernos Extranjeros Como Mecanismos De Contratación, Ante Las Brechas En Infraestructura Presente En Todo El País”, disponible en el siguiente enlace web: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTc2NA==/pdf/PL-00392>

deficiencias normativas de contrataciones del Estado, esto porque la Ley de Contrataciones del Estado por su rigidez y los limitados escenarios sobre los cuales ha sido ideado, no permite responder a todo el universo de necesidades que las entidades públicas contratantes del Perú presenten, esto porque estos contratos operan de manera ajena a la Ley de Contrataciones del Estado, lo que quiere decir que los proveedores no estarán obligados a encontrarse dentro del Registro de Proveedores del Estado, permitiendo una mayor celeridad en la ejecución del contrato porque ya no se debe contar con supervisión de la OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado). A eso debemos de sumarle que las cláusulas al ser específicas, no dejan lugar a malos entendidos entre las partes. En el caso de las obligaciones, las cláusulas detallan de manera simple y directa cuáles son las obligaciones de cada parte, ello evita que se entre en discusiones o incluso se inicien procesos con instancias mayores, para definir sobre quién recae la responsabilidad. Por esta razón, se considera que estos contratos ofrecen una suerte de "arbitraje" en el cual el árbitro (denominado "adjudicador") es —la mayoría de las veces— un ingeniero especialista en el tema, lo cual hace más eficiente la solución de controversias porque los adjudicadores manejan el carácter técnico de la obra”¹⁶.

Es a partir de estas ideas, sumando a la existencia de instituciones y/o proyectos como la Autoridad de Reconstrucción con Cambios o el PEIP - Escuelas del Bicentenario, que un análisis comparativo entre ambos tipos contractuales resulta no sólo interesante, sino también necesario; nos encontramos en una coyuntura donde se puede producir un punto de quiebre en la ejecución de obras públicas, de conformidad al escenario antes explicado.

Por tanto, la posibilidad de un debate, como el que planteamos inicialmente, resulta oportuno y conveniente para dilucidar si se está realizando un enfoque

¹⁶ Loc. Cit. Ídem.

adecuado a este tema, y por tanto si se está apuntando a medidas que signifiquen una mejora.

Finalmente, es oportuno resaltar que el análisis comparativo en este trabajo se centrará en aquellas figuras o instrumentos de gestión – administración contractual que ofrecen ambos escenarios; es partir del examen de estos elementos que podremos dilucidar si un tipo contractual resulta ser mejor que otro o no.

2. El Contrato Administrativo de obra: base comparativa

El Contrato Administrativo materia de análisis en este trabajo de investigación se encuentra actualmente regulado por la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado; su Reglamento regulado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y demás dispositivos vinculados según las normativas antes mencionadas, como son las Directivas, Opiniones, Acuerdos de Sala Plena, entre otros (además de otros marcos legales de uso general y de aplicación supletoria, como el código civil y normativas técnicas, como el Reglamento Nacional de Edificaciones o aquellas de naturaleza sectorial que sean utilizadas en escenarios particulares, como es el caso de la infraestructura del Sector Salud).

La particularidad del mencionado contrato, a diferencia de los Contratos NEC, es que sus figuras de gestión – administración contractual se encuentran principalmente regulados en los precitados cuerpos legales, más no en el soporte documental en el cual se encuentra contenido; esto le reviste un cariz de obligatoriedad y rigidez, toda vez que es evidente que las partes contractuales no pueden pactar en contra de la norma, sino que sus acuerdos y actuaciones deberán enmarcarse en ella.

Por tanto, nuestra base comparativa más relevante a efectos de este ejercicio académico será la normativa pública que regula la contratación pública, específicamente el apartado referido a la ejecución de obra, sin perjuicio de

considerar además la proforma de contrato que el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE dispone para estos efectos¹⁷.

3. El contrato NEC: base comparativa

Por su parte, el contrato NEC regula su desarrollo en el propio soporte documental en el que se encuentra contenido; por tanto, no existe una base legal que directamente sirva de marco regulatorio en este tipo de contrataciones, salvo por disposiciones que pueda emitir cada Entidad y demás normas complementarias de carácter general y supletoria (por ejemplo, el código civil y demás cuerpos legales que resulten competentes en cada tipo de escenario).

Lo anterior no exonera a las decisiones de gestión de la cada Entidad, ni tampoco a los acuerdos o convenios que se hayan alcanzado a partir de los Acuerdo de Gobierno a Gobierno, los mismos que eventualmente pueden disponer ciertos “candados” o límites al marco de modificación del contrato antes, durante o después de fase de ejecución contractual de la obra.

En esa medida, el Contrato NEC es un modelo de contrato estándar que, dependiendo de las versiones que se utilicen y las modalidades de contratación que busquen emplearse, serán utilizadas en distintos tipos de obra y demás objetivos que pretendan ser alcanzados por las partes. Generalmente, este se compone de varios volúmenes en el cual se desarrollan alcances de gestión, técnicos, riesgos, formalidades y demás disposiciones necesarias para la adecuada administración del proceso constructivo. Por tanto, el análisis se ceñirá a la revisión del contenido documental de los contratos que tengamos a disposición.

Con la finalidad de coadyuvar a un análisis más práctico y útil en atención a la naturaleza de la presente investigación, utilizaremos como base de comparación

¹⁷ Bases estándar de licitaciones públicas para la ejecución de obras públicas en el Perú, obtenida del portal institucional del OSCE: <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/2652777-bases-estandar-de-la-directiva-n-001-2019-osce-cd-modificada-por-la-resolucion-n-004-2022-osce-pre>

al Contrato NEC 3 opción F y NEC 4 opción C, que en la vía de los hechos son los más utilizados por Entidades Públicas como la Autoridad de Reconstrucción con Cambios y el Proyecto Especial de Inversión Pública – Escuelas del Bicentenario.

LAS MODIFICACIONES DEL CONTRATO DE OBRA EN AMBOS TIPOS CONTRACTUALES

Las personas que han tenido la oportunidad de participar en la ejecución física de un contrato de construcción han denotado que, generalmente, la modificación de las condiciones iniciales de una obra es una situación que no causa sorpresa; es más, se advierte como algo sumamente necesario, tanto así que los distintos marcos legales para la ejecución de obras deben contribuir a la ocurrencia de dichas situaciones, en pro de los intereses de las partes y del propio objeto de contratación.

En ese orden de ideas, podemos hablar de forma inequívoca que, una característica intrínseca a la propia naturaleza del contrato de obra es la mutabilidad del contrato, la cual se traduce como aquella predisposición o idea preliminar que, durante la ejecución del proyecto constructivo, se va a presentar necesariamente modificaciones en el diseño, alcance, prestaciones, precio, plazo y demás características a las inicialmente pactadas entre las partes.

A modo de idea introductoria, Shimabukuro Tokashi reflexiona sobre esta concepción, asociándola con una potestad o prerrogativa clásica de la administración en los contratos administrativo: el *ius* o *potestas variandi*, de conformidad a lo siguiente:

“La ingente doctrina clásica del Contrato Administrativo ha señalado que el principio que predomina en la ejecución contractual para salvaguardar la satisfacción de las necesidades públicas comprometidas es el de mutabilidad, el cual consiste sin más en la atribución de la potestas variandi por parte de la Administración pública, quien podrá variar los términos y condiciones del contrato de manera unilateral o prescindiendo de toda

renegociación, por razones de interés público, a efectos de tutelar y garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas”¹⁸.

Es importante acotar que, como indica el autor previamente citado, este concepto de la modificación del contrato por razones de interés público o necesidades colectivas deriva de una concepción tradicional del Contrato Administrativo; es decir, una conceptualización que de cierta forma podemos calificar de “romantizada” y ciertamente un poco nebulosa, que no termina de aterrizar a nociones más concretas y objetivas que nos permitan tener un parámetro cierto de acción o valoración.

Sin embargo, en la actualidad la idea de modificar un contrato de obra ha ido complementándose y apartándose de criterios subjetivos que finalmente le puedan otorgar a alguna de las partes (generalmente a la Administración) una posición totalmente asimétrica sobre la otra; en consecuencia, la modificación de un contrato debe responder a criterios concretos, claros, medibles y sobre todo, razonables sobre las condiciones iniciales de contratación, proponiendo no sólo límites al ámbito de modificación contractual, sino también proponiendo herramientas que permitan mantener o restituir el equilibrio económico – financiero entre los contratantes.

Por tanto, la modificación a los alcances del contrato de obra es una situación aceptada hoy en día, toda vez que responde a dos criterios elementales: por un lado, la i) la temporalidad, en lo que respecta al tiempo prolongado que involucra ejecución de una obra, y con ello la posibilidad de que ocurran situaciones imprevisibles para las partes contractuales que alteren las condiciones iniciales de contratación, y ii) la complejidad, en el sentido que la ejecución de un proyecto de infraestructura es una actividad que reviste una dificultad intrínseca en su desarrollo, generando en determinadas situaciones que se presenten

¹⁸ Shimabukuro Tokashiki, N. R. (2015). El Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la Modificación del Contrato de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura Suscrito en el Marco Jurídico de Asociaciones Público – Privadas”. *Derecho & Sociedad*, (45), 15-34. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15221>

deficiencias en el expediente técnico, en las directrices técnicas, en el proceso constructivo, entre otros.

1. Modificaciones al monto y plazo del contrato de obra

La modificación del plazo y/o monto del contrato son las variaciones más relevantes para un contrato de obra; tanto para el contratante, así como también para el contratista, la modificación de los aspectos antes mencionados genera suma alerta para efectos programáticos, toda vez que dichas variables determinan, en muchos casos, la conveniencia o rentabilidad de la ejecución de una obra pública.

En esa medida, la variación del plazo de ejecución de una obra parte de una premisa esencial: este factor de la ejecución de la obra podrá ser modificado siempre y cuando se produzca un retraso o paralización que no resulte imputable o de responsabilidad del contratista; en consecuencia, esta modificación será permitida cuando ocurran circunstancias que no resulten propias del ejecutor de la obra y que justifiquen que el desarrollo de las prestaciones se reprogramen respecto de su determinación inicial.

Por su parte, el monto de un contrato de obra es resultante de la conjunción de una serie de variables, por lo que los escenarios en los que serán permitidas esas modificaciones serán sumamente variadas: así por ejemplo, la ampliación del plazo del contrato podrá derivar al reconocimiento de mayores gastos generales variables y costos variables a favor del contratista; asimismo, la ejecución de prestaciones adicionales o la aprobación de reducción de prestaciones (conocidos habitualmente como "deductivos") generará el incremento o disminución del monto contractual, según corresponda.

Por lo expuesto, la variación del monto contractual es el efecto de una causa en concreto, siendo esta última muy variable de cada caso en concreto.

Por tanto, establecer márgenes normativo – contractuales que permitan que dichas variaciones resulten lo más orgánicas y "justas" es de suma importancia,

toda vez que, una regulación muy rígida, formalista y compleja podría generar la pérdida del objetivo esencial de una contratación en general: mantener el equilibrio económico – financiero del contrato y la equidad entre las partes.

A continuación, veremos una comparativa interesante respecto de cómo en el Contrato Administrativo y en el Contrato NEC se desarrollan dichas modificaciones, en las cuales se evidencian criterios disímiles respecto de cómo regular este aspecto de las contrataciones:

| | Contrato Administrativo | Contrato NEC | |
|--------------------------------|--|----------------------|----------------|
| | | NEC 3 opción F | NEC 4 opción C |
| Modificaciones al monto | Prestaciones adicionales de obra | Eventos compensables | |
| | Reconocimiento o aprobación de mayores metrados | | |
| | Fórmulas de reajuste | | |
| | Reconocimiento de mayores gastos generales y costos variables | | |
| Modificaciones al plazo | Solicitud de ampliación de plazo | | |
| | Reconocimiento de retrasos o paralizaciones no imputables al contratista | | |
| | Paralización o suspensión de plazo contractual | | |

En primera instancia, resulta necesario aclarar que no se está considerando al acuerdo de las partes como mecanismo de variación del contrato, toda vez que este es una práctica habitual e intrínseca de todo contrato; como se indicó en un inicio, esta comparativa busca hacer un paralelo de figuras contractuales entre el NEC y el Contrato Administrativo.

La primera diferencia que salta a la vista está referida a la cantidad de herramientas que ofrece una y otra opción para proceder con las variaciones contractuales, cuestión que nos evidencia la complejidad, excesiva regulación y cantidad de herramientas que se deben considerar para estos efectos por parte del Contrato Administrativo; mientras que el Contrato NEC reduce las herramientas a tomar en consideración a la figura de los eventos compensables.

En esa medida, por parte del Contrato Administrativo, la modificación del monto contractual se da a partir de figuras como las prestaciones adicionales de obra, la misma que se configura como una prerrogativa exorbitante de la administración ya que es esta última quien finalmente decide su procedencia o no; otra posibilidad de modificación del monto contractual radica en el reconocimiento o aprobación de mayores metrados; es decir, ejecución de metrados adicionales que finalmente derivan a un reconocimiento económico adicional al contratista.

Asimismo, otra situación que produce la modificación del contrato son las conocidas fórmulas de reajuste, que son formulas conformadas por monomios que buscan, de manera esencial, mantener el equilibrio económico financiero del contrato y la equivalencia de las prestaciones de las partes, las mismas que usualmente generan un incremento pecuniario a favor del contratista; finalmente, otra de las figuras que sirven para estos efectos es el reconocimiento de los mayores gastos generales y costos variables que, como indicamos anteriormente, se derivan principalmente de solicitudes de ampliación de plazo que resultan procedentes a favor del contratista.

Por otro lado, la modificación del plazo contractual en el marco de la contratación pública se desarrolla en 3 escenarios: la solicitud de ampliación de plazo (que es la herramienta más habitual para el reconocimiento de mayor plazo cuando ocurren situaciones o circunstancias no imputables al contratista), el reconocimiento de retrasos o paralizaciones no imputables al contratista (que si bien reconocen la ampliación del plazo contractual no genera el reconocimiento de costos y gastos variables) y la paralización o suspensión del plazo contractual,

que se da cuando ocurren situaciones que no permiten la continuidad de la ejecución de la obra.

Como vemos, la posibilidad de modificar el plazo y monto contractual en el marco de la contratación pública es variable, cuestión que produce una gran debilidad: la excesiva regulación y disposiciones sobre el particular generan una excesiva burocracia y formalismos que, en muchos escenarios, no permiten que el objetivo principal se cumpla: así por ejemplo, en caso el contratista no cumpla con las formalidades previstas en la norma durante una solicitud de ampliación de plazo, pierde el derecho de su reconocimiento, y con ello la posibilidad de cobro de los mayores gastos generales y costos variables respectivos.

Por tanto, el Contrato Administrativo reviste una complejidad propia en su desarrollo, generando que el riesgo de perseguir las formalidades (y con ello la procedencia de la efectividad de las figuras antes mencionadas) se trasladen directamente al contratista ejecutor; por tanto, en cierto ángulo se prioriza la formalidad sobre el fondo, cuestión que evidentemente es complicado de defender o de estar de acuerdo.

Por su parte, el Contrato NEC muestra un escenario mucho más permisible en lo que respecta a este escenario; a continuación, revisaremos el apartado de la proforma del contrato que regula dicha figura:

“Implementación de eventos compensables

Un evento compensable se implementa cuando:

- *El Gerente del Proyecto notifica la aceptación de la cotización del Contratista,*

- *El Gerente del Proyecto notifica al Contratista una evaluación realizada por el Gerente del Proyecto o*

- *La cotización del Contratista se considera aceptada por el Gerente del Proyecto.*

Cuando se implementa un evento compensable, los Precios, la Fecha de Culminación y las Fechas Clave cambian respectivamente”¹⁹.

Asimismo, el mismo Contrato NEC prevé el funcionamiento de esta figura, de conformidad a lo siguiente:

“En la evaluación de un evento compensable, sólo se tiene en cuenta la diferencia entre la medición climatológica y el clima que los datos climatológicos muestran que se producen en promedio con menos frecuencia que una vez en diez años.

Un evento que sea responsabilidad del Cliente de conformidad con estas condiciones del contrato.

El Gerente del Proyecto certifica la toma de control de una parte de las obras antes de la Culminación y la Fecha de Culminación. (16) El Cliente no proporciona materiales, instalaciones ni muestras para pruebas e inspecciones tal como se indica en el Alcance.

El Gerente del Proyecto comunica al Contratista la corrección de un supuesto que el Gerente del Proyecto estableció respecto de un evento compensable

Incumplimiento del contrato por parte del Cliente que no sea uno de los otros eventos compensables del contrato.

Un evento que:

¹⁹ Contrato de Obra Pública: “Diseño, planificación de costos, autorizaciones y aprobaciones de Otros, procura, demolición de edificios existentes, construcción y puesta en marcha de las escuelas “Jorge Basadre Grohmann, IE 0035 Nuestra Señora de La Visitación, IE 0085 José de la Torre Ugarte y IE San Felipe” - Proyecto Especial de Inversión Pública - Escuelas Bicentenario (PEIP-EB) – Contrato NEC 4 opción C

- *Prevenga que el Contratista culmine la totalidad de las obras o*
- *Prevenga que el Contratista culmine la totalidad de las obras en la Fecha de Culminación planificada que consta en el Cronograma Aceptado, y que,*
- *ninguna de las Partes podría impedir,*

Un contratista experimentado hubiera juzgado en la Fecha del Contrato que la posibilidad de su ocurrencia era tan pequeña que hubiese sido poco razonable haberlo permitido y no es uno de los otros eventos compensables establecidos en el contrato”²⁰.

Finalmente, es importante también acotar que los eventos compensables en los contratos NEC también se encuentran enmarcados en determinadas situaciones particulares, que sin bien parecen ser un *numerus clausus* de situaciones muy particulares y limitadas, la realidad es que cada una de estas resulta ser en realidad bastantes amplias, de conformidad a las siguientes causales previstas en el mismo contrato:

- (1) *“El Gerente del Proyecto imparte una instrucción que cambia el Alcance, excepto • un cambio realizado para aceptar un Defecto o • un cambio en el Alcance previsto por el Contratista para su diseño que se realice – a pedido del Contratista o. – para cumplir con el Alcance previsto por el Cliente.*
- (2) *El Cliente no permite el acceso y uso de cada parte del Sitio antes o en la fecha de acceso o en la fecha de acceso contemplada en el Cronograma Aceptado, lo que ocurra después.*
- (3) *El Cliente no proporciona algo que debe proporcionar antes de la fecha indicada en el Cronograma Aceptado.*

²⁰ Loc. Cit. Ídem

- (4) *El Gerente del Proyecto instruye detener o no iniciar algún trabajo o cambiar una Fecha Clave.*
- (5) *El Cliente u Otros no trabajan dentro de los plazos contemplados en el Cronograma Aceptado, • no trabajan bajo las condiciones indicadas en el Alcance o llevan a cabo trabajos en el Sitio que no están contemplados en el Alcance”²¹.*

Comparando ambos tipos contractuales, resulta claro que las herramientas ofrecidas por el NEC generan un margen mucho más amplio de acción para las partes contractuales en la gestión y administración de la obra; por tanto, este resulta mucho más permisible para los objetivos principales de la contratación y de la modificación del contrato de obra.

2. Conclusiones de este apartado

En definitiva, la herramienta ofrecida por el Contrato NEC para la variación del monto y plazo del contrato dan mucha más permisibilidad para la gestión del contrato, generando que los contratantes se alejen de formalidades innecesarias y se centren en los objetivos finales: permitir la equivalencia de las condiciones del contrato y con ello la equidad de las condiciones inicialmente pactadas.

Por su parte, el Contrato Administrativo reviste una complejidad en el desarrollo de las herramientas contractuales dirigidas a la modificación y monto del contrato, toda vez que prioriza la burocracia y formalidades, cuestión que finalmente desvía la atención de los fines esenciales antes mencionados.

Por tanto, personalmente considero que el Contrato NEC ofrece herramientas y procedimientos mucho más proactivos para la modificación del plazo y monto contractual, generando que las partes se desarrollen en márgenes amplios de discrecionalidad, priorizando el fondo sobre la forma.

²¹ Contrato de Obra Pública: “Paquete 9 – Salud Hospital san Juan de Matucana” – NEC 3 Opción F

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

1. Mecanismos de solución de controversias: La Junta de Resolución de Disputas y *Dispute Boards*

La solución de controversias es un acápite elemental para la adecuada ejecución de obras públicas; tener regulado dicho aspecto (y brindar herramientas para su correcta gestión) permite no sólo garantizar la solución de desavenencias de forma oportuna, coadyuvando además a la efectivización inmediata de las absoluciones que se presenten, sino también (y principalmente) resguarda la continuidad de la ejecución de la obra, evitando que la existencia de controversias se constituyan como causas de suspensión total y/o parcial de la obra.

Como veremos a continuación, ambos tipos contractuales han unificado criterios en lo que respecta a esta situación, motivo por el cual han incorporado en sus regulaciones a las figuras del *Dispute Boards* (en el caso de los NEC) o Junta de Resolución de Disputas (en el caso de la Ley de Contrataciones del Estado), los cuales se erigen como los órganos o grupos colegiados de expertos que acompañan al desarrollo de la construcción de la obra con la finalidad de, principalmente, resolver las controversias entre las partes, además de realizar otras tareas que le puedan ser asignadas, como la emisión de opiniones; en el siguiente cuadro, podemos apreciar que se advierten algunas diferencias, de conformidad a lo siguiente:

| | Contrato Administrativo | Contrato NEC | |
|--------------------------|--|---|----------------|
| | | NEC 3 opción F | NEC 4 opción C |
| Marco normativo especial | Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado; Directiva N° 012-2019-OSCE/CD | Reglamento ICC - Cámara de Comercio Internacional de los DB | |

| Tipo | Junta de Resolución de Disputas | <i>Dispute Adjudication Board</i> |
|--|---|---|
| Cantidad de miembros permitidos | 1 o 3 (según el monto de la obra) | 01 o 03 (las partes deciden) |
| Perfil del presidente | El presidente debe ser ingeniero de profesión, especializado en Contrataciones Públicas | No es necesario que el presidente cuente con alguna profesión en específico |
| ¿Miembros adscritos a un Centro? | Los adjudicadores deben estar necesariamente adscritos a un centro de JRD | No es necesario |
| Consultas | No vinculantes | Obligatoria, si es que alguna no manifiesta su desacuerdo |
| Decisiones | De obligatorio e inmediato cumplimiento para las partes | |
| Expresión de desacuerdo de decisiones | Deben manifestar su desacuerdo en el plazo de 7 días | Deben manifestar su desacuerdo en el plazo de 30 días |
| Plazo de emisión de decisiones | Dentro de 15 días hábiles de realizada la audiencia | Dentro de 90 días de presentada la sumisión |
| Administración del DB o JRD | Por un Centro de Administración | No es necesario |
| Arbitrabilidad de Decisiones | Toda desavenencia después de disuelta la JRD/DAB se resuelve por arbitraje | |
| Arbitrabilidad de recomendaciones Opiniones | - | En caso una de las partes no cumpla con una recomendación del DB, la otra podrá someterlo a arbitraje |
| Materias no controvertibles | Prestaciones adicionales de obra | - |

Como se puede advertir del comparativo antes expuesto, la Junta de Resolución de Disputas y el *Dispute Boards* poseen muchas semejanzas en lo que respecta a su funcionalidad, cuestión que no resulta gratuita toda vez que la primera de estas se basó en la otra para su regulación en nuestro contexto nacional; por tanto, los matices diferenciadores entre uno y otro son muy puntuales y obedecen a cánones particulares de cada marco normativo – contractual.

Así por ejemplo, una primera diferencia relevante entre ambas figuras radica en la forma en que se conforma el cuerpo colegiado de expertos:

- Por un lado (Contratación Pública), la cantidad de miembros dependerá de la cuantía de la obra, además de que el presidente debe contar con un perfil profesional determinado; asimismo, la administración de la Junta de Resolución de Disputas se encontrará necesariamente a cargo de un Centro especializado;
- Mientras que, en el otro extremo (Contrato NEC), los aspectos antes mencionados se ceñirán estrictamente al acuerdo de las partes. Por lo que se predispone una libertad amplia de los actores contractuales para determinar dichos aspectos.

Sin ninguna duda, esto nos habla mucho del espíritu de cada contratación: la rigidez en la regulación por parte de la normativa pública versus la promoción de la libertad de contratación dentro del Contrato NEC.

Otra de las diferencias que salta a la vista se encuentra en las materias que pueden ser sometidas a solución de controversia: por parte del Contrato Administrativo, existe la prohibición de dilucidar desavenencias referidas a prestaciones adicionales de obra, mientras que el Contrato NEC no dispone dicha restricción.

Esto responde a lo antes mencionado: existe una libertad de estipulación de condiciones entre las partes que contratan bajo el marco de Contratación NEC, mientras que los sujetos vinculados por la normativa de contratación pública deben maniobrar sobre una regulación restrictiva, orientada a cautelar el adecuado uso de los recursos públicos.

2. Conclusiones de este apartado

Es partir de lo antes mencionado que debemos determinar qué resulta más provechoso: tener un marco legal firme que imponga límites a las partes o promover la libertad de contratación. A criterio personal, considero que dentro de un escenario ideal debe ser promovida la segunda opción: gozar de flexibilidad en este aspecto de la ejecución de la obra permitiría que las partes puedan adecuar, dentro de su *expertise*, cuáles son las mejores condiciones para conformar su Junta de Resolución de Disputas o *Dispute Boards*; es importante tener en cuenta que ambos sujetos contractuales posee bastante experiencia en ejecución de obras, por lo que no debería haber (en el papel) inconvenientes o errores significativos por parte de alguno de ellos.

Sin embargo, la realidad nos enfrenta a otra situación: generar mucha libertad en determinados aspectos de la contratación conduce en muchos escenarios a que produzcan sobrecostos no necesarios; es decir, darle mucha permisibilidad a las partes para que pacten sobre este punto particular de la contratación puede generar (con mucha certeza) gastos innecesarios por parte del presupuesto público; asimismo, otorgar demasiada discrecionalidad genera dificultades en la toma de decisiones y fiscalizaciones que puedan advertirse necesarias.

Por tanto, considero que la opción más “segura” y funcional para resolver controversias durante la fase de ejecución contractual es regulada por el Contrato Administrativo a partir de la Junta de Resolución de Disputas, que si bien arriesga determinadas libertades asegura, por otro lado, el resguardo del erario nacional, además de generar incentivos para que las partes procuren resolver controversias que no impacten los fondos públicos inicialmente previstos para la contratación.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La ejecución de obras públicas en nuestro país advierte una circunstancia relativamente novedosa en lo que respecta a qué marco normativo – contractual se decide emplear para esta actividad: por un lado, tenemos

al Contrato Administrativo (regulado por la Ley de Contrataciones del Estado), mientras que por otro se encuentra el Contrato NEC.

2. El Contrato Administrativo prioriza la consideración de figuras clásicas como las prerrogativas exorbitantes de la administración o el interés público; a partir de estas se generan las herramientas o figuras contractuales que servirán para la gestión de la obra. Consideraciones como formalidades esenciales y procedimientos rígidos son algunas de sus características más resaltantes.
3. El Contrato NEC se enmarcan en lo que es calificable como una contratación privada, toda vez que prioriza la equidad de las partes contractuales a partir de valores como la colaboración, adecuada asignación de obligaciones y riesgos, además de procurar un marco de transparencia relevante entre las partes (libros abiertos). Se busca que las partes tengan un gran margen de discrecionalidad y libertad para sus actuaciones, y con ello priorizar el fondo sobre la forma.
4. Es sumamente importante realizar un análisis comparativo de ambos tipos contractuales, toda vez que la actividad económica de ejecución de obras públicas es sumamente relevante: *“El cierre de la brecha total de infraestructura implica una inversión anual del 8,27% del PBI, lo que significa alrededor de US\$15.955 millones al año. Actualmente la inversión es de entre 3%y 4% del PBI”²².*
5. A partir de la determinación de cuál tipo contractual es mejor, será factible determinar si es recomendable un marco contractual sobre otro para la ejecución de obras públicas en el país; o en su defecto, si hay escenarios particulares en los que uno resulte más provechoso.
6. El Contrato NEC ofrece herramientas y procedimientos mucho más proactivos para la modificación del plazo y monto contractual, generando

²² Información obtenida del siguiente portal web: <https://www.up.edu.pe/egp/noticias/brecha-infraestructura-afin-egp/>

que las partes se desarrollen en márgenes amplios de discrecionalidad, priorizando el fondo sobre la forma; en cambio, el Contrato Administrativo resulta mucho más rígido y cuadrulado en lo que respecta a sus formalidades, esto dificulta la consecución de objetivos esenciales, como la consecución del equilibrio entre las prestaciones de las partes.

7. La opción más “segura” y funcional para resolver controversias durante la fase de ejecución contractual es regulada por el Contrato Administrativo a partir de la Junta de Resolución de Disputas, que si bien arriesga determinadas libertades asegura, por otro lado, el resguardo del erario nacional, además de generar incentivos para que las partes procuren resolver controversias que no impacten los fondos públicos inicialmente previstos para la contratación.
8. En consecuencia, ambos tipos contractuales poseen debilidades y fortalezas en determinados aspectos, por lo que en definitiva uno no resulta mejor que el otro; sin perjuicio de lo expuesto en el presente trabajo, es pertinente profundizar el análisis de otros aspectos de cada contrato, con la finalidad de continuar con el examen del escenario antes planteado.

BIBLIOGRAFÍA

1. Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima. Contratación Pública. Volumen II. Adrus Editores.
2. Pino, J. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
3. Ames, L.E. (2019). *Los Contratos NEC, Una nueva Era*. Lima. Material Académico disponible en <https://www.caeperu.com/columnistas/luis-enrique-ames/pdf/los-contratos-NEC-una-nueva-era.pdf>

4. Medina, J. (2019). *El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades?. Material académico disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/21273/20963/>*
5. Bases estándar de licitaciones públicas para la ejecución de obras públicas en el Perú, obtenida del portal institucional del OSCE: <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/2652777-bases-estandar-de-la-directiva-n-001-2019-osce-cd-modificada-por-la-resolucion-n-004-2022-osce-pre>
6. Notas Orientativas del Contrato de Ingeniería y Construcción NEC 3 – abril 2013
7. Contrato de Obra Pública: “Paquete 9 – Salud Hospital san Juan de Matucana” – NEC 3 Opción F
8. Contrato de Obra Pública: “Diseño, planificación de costos, autorizaciones y aprobaciones de Otros, procura, demolición de edificios existentes, construcción y puesta en marcha de las escuelas “Jorge Basadre Grohmann, IE 0035 Nuestra Señora de La Visitación, IE 0085 José de la Torre Ugarte y IE San Felipe” - Proyecto Especial de Inversión Pública - Escuelas Bicentenario (PEIP-EB) – Contrato NEC 4 opción C
9. Acuerdo de Gobierno a Gobierno – Memorándum de Entendimiento entre el Departamento de Comercio Internacional del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios del Gobierno del Perú frente al Plan Integral de Reconstrucción con Cambios – Nombre Abreviado: Acuerdo de Gobierno a Gobierno para el Programa de la Reconstrucción, obtenida del portal institucional de la Autoridad de Reconstrucción con Cambios: <https://www.rcc.gob.pe/2020/wp-content/uploads/2023/03/acuerdo-gobierno2gobierno.pdf>