

Universidad de Lima
Escuela de Posgrado
Maestría en Derecho Empresarial



ASPECTOS CLAVES PARA INCORPORAR LOS CONTRATOS NEC EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho
Empresarial

Flavia Maria Abusada Chehade

Código 20217125

Asesor

Antonio Román Calzada

Lima – Perú

Setiembre 2025

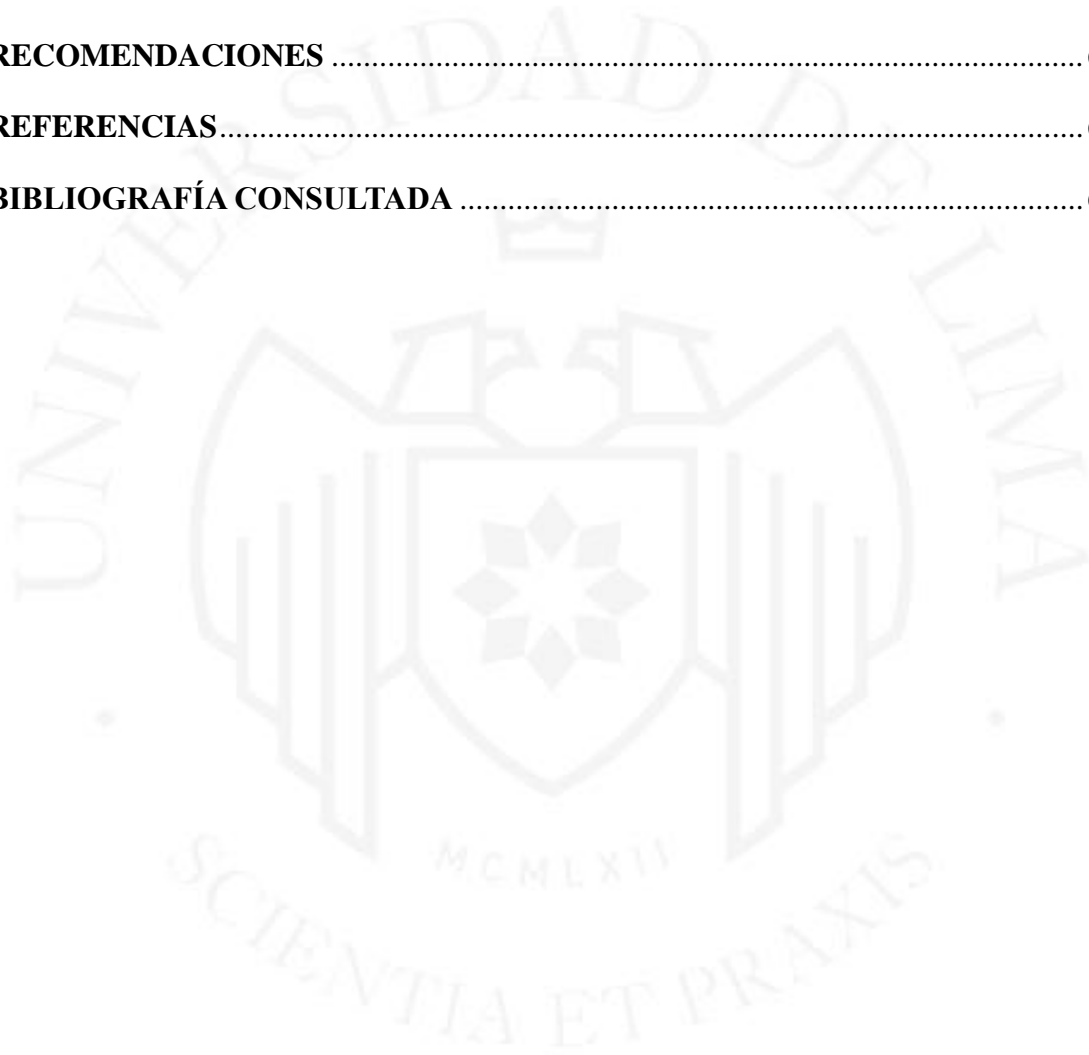


**KEY ASPECTS FOR INCORPORATING NEC
CONTRACTS INTO THE PUBLIC
PROCUREMENT SYSTEM**

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	viii	
ABSTRACT	ix	
INTRODUCCIÓN	1	
Capítulo I: MARCO TEÓRICO		
1.1 Situación actual de la contratación de infraestructura en el Perú	4	
1.1.1 La Brecha de Infraestructura en el Perú.....	4	
1.1.2 El contrato de obra pública y los mecanismos legales para su ejecución en el Perú	7	
1.2 El Contrato NEC como Modelo Estandarizado de Contratación Internacional	16	
1.2.1 El contrato de construcción internacional: aspectos relevantes como la colaboración entre las partes	16	
1.2.2 Aspectos generales de los Contratos NEC	19	
Capítulo II: EL EMPLEO DE LOS CONTRATOS NEC COMO MECANISMO PARA LA DISMINUCIÓN DE LA BRECHA DE INFRAESTRUCTURA		28
2.1 ¿Por qué el uso del Contrato NEC superaría los problemas tradicionales de la contratación pública?	28	
2.2 Características de los Contratos NEC	29	
2.2.1 Eficiencia	29	
2.2.2 Transparencia	31	
2.2.3 Early Warnings (Alertas tempranas)	33	
2.2.4 Calidad de la infraestructura y adecuación al uso	35	
2.2.5 Solución de controversias	38	
2.3 Experiencia del empleo de los Contratos NEC en el Perú	40	

2.4	Condiciones a tomar en cuenta para el empleo de los Contratos NEC en el Perú	45
CAPÍTULO III: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN		48
3.1	Lecciones aprendidas y actualización normativa	48
3.2	Lineamientos para la aplicación de Contratos NEC en el Perú	52
CONCLUSIONES		59
RECOMENDACIONES		60
REFERENCIAS		61
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA		63



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1.1 Calidad de la Infraestructura y PBI per Cápita según el World Economic Forum	6
Figura 1.2 Cantidad de obras paralizadas por modalidad de ejecución según la Contraloría General de la República	7
Figura 1.3 Cantidad de obras paralizadas por nivel de gobierno según la Contraloría General de la República	7
Figura 1.4 Principales Cláusulas de los Contratos NEC – Cuarta Edición	25
Figura 1.5 Estructura Principal de los Contratos NEC – Cuarta Edición	26
Figura 2.1 Reporte de Obras paralizadas a marzo de 2025 elaborado por la Contraloría General de la República	29

GLOSARIO DE TÉRMINOS

CC	Código Civil
DGA	Dirección General de Abastecimiento
ECC	Engineering and Construction Contract
LCE	Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 082-2019-EF
LGCP	Ley General de Contrataciones Públicas, aprobado por Ley No. 32069
NEC	New Engineering Contract
NRLCP	Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2025-EF
OECE	Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes
RLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 344-2018-EF

RESUMEN

Este trabajo de investigación estudia la incorporación del New Engineering Contract (NEC) en el sistema de contratación pública peruano. El estudio identifica los desafíos actuales en la contratación y provisión de infraestructura pública, como deficiencias en la gestión contractual, falta de transparencia en la gestión y parte documental, así como problemas de calidad en el resultado final de las obras ejecutadas. También se aborda los beneficios y ventajas de adoptar los Contratos NEC en Perú para dinamizar el sector de la infraestructura y lograr un cierre de brecha infraestructura.

En dicha línea, se enfatiza en la cuarta edición del modelo ECC como un mecanismo innovador aplicable en el contexto peruano y su aplicación en la nueva ley de contrataciones públicas. La investigación subraya las principales ventajas de estos contratos y cómo los contratos NEC pueden mejorar la eficiencia, transparencia y calidad en los proyectos de infraestructura pública al priorizar un entorno colaborativo entre las partes propiciando una adecuada comunicación, una gestión eficiente de los riesgos y la transparencia en el manejo de la información.

El documento también incorpora algunas pautas clave como posibles modificaciones legislativas necesarias para la correcta implementación de los Contratos NEC en Perú. Al centrarse en estas cuestiones clave, este documento busca brindar una visión panorámica de cómo el uso de los Contratos NEC en el Perú puede ayudar en la contratación pública. Los hallazgos principales se circunscriben a la forma en que los Contratos NEC pueden cambiar la contratación pública en el Perú y la provisión de infraestructura pública en beneficio de la ejecución de proyectos más exitosos.

Palabras clave: Contratos, Infraestructura, Innovación, Nuevo Contrato de Ingeniería, Sistema de Contratación Pública.

ABSTRACT

This research paper examines the incorporation of the New Engineering Contract (NEC) into the Peruvian public procurement system. The study identifies current challenges in the contracting and delivery of public infrastructure, including deficiencies in contract management, lack of transparency in administrative and documentary processes, and quality issues in the final outcomes of executed work. It also explores the benefits and advantages of adopting NEC contracts in Peru to energize the infrastructure sector and close the infrastructure gap.

In this context, the paper emphasizes the fourth edition of the Engineering and Construction Contract (ECC) model as an innovative mechanism applicable to the Peruvian setting, particularly in relation to the new public procurement law. The research highlights the main advantages of these contracts and how NEC models can enhance efficiency, transparency, and quality in public infrastructure projects by fostering a collaborative environment among stakeholders—encouraging effective communication, efficient risk management, and transparency in information handling.

The document also outlines key guidelines, including potential legislative amendments necessary for the proper implementation of NEC contracts in Peru. By focusing on these critical issues, the paper aims to provide a comprehensive overview of how NEC contracts can support public procurement in Peru. The main findings center on how NEC contracts could transform public contracting and infrastructure provision, ultimately contributing to the successful execution of projects.

Key Words: Contracts, Infrastructure, Innovation, New Engineering Contract, Public Procurement System.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en analizar el empleo del contrato estándar internacional: New Engineering Contract (conocido como “Contrato NEC” por sus siglas en inglés) como una herramienta legal que permita el cierre de la brecha de infraestructura en el Perú. Dicho modelo contractual será analizado dentro de todo el espectro del sistema de contratación, como un contrato estandarizado que es utilizado en el ámbito de la provisión de infraestructura en distintos países. En ese contexto, profundizaremos dentro de la gama de contratos que engloba a la familia NEC en el modelo ECC, el cual es aplicable al campo de la ingeniería y construcción, y por ello, resulta crucial para la provisión de infraestructura de uso público.

El alcance de la presente investigación estará circunscrito al análisis y pertinencia del uso de los Contratos NEC en el sistema de contratación pública, y, su compatibilidad con la normativa peruana. Se realizará un análisis de las principales características, beneficios y particularidades de los Contratos NEC como herramienta para dinamizar el sector de obras públicas y ayudar al cierre de brecha de infraestructura en el Perú. De igual manera, se estudiará su uso en nuestro país a partir de la experiencia de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos, así como otros proyectos relevantes con la finalidad de determinar las lecciones aprendidas.

La brecha de infraestructura en el Perú es la consecuencia de los deficientes sistema de contratación que confluyen a la fecha, así como de su deficiente gestión. La contratación pública en el Perú enfrenta desafíos constantes en relación con los mecanismos de contratación y la rigidez del sistema de contratación pública. Este sistema tradicional de contratación generó una brecha de infraestructura que no permitía el avance de estas debido a la baja predictibilidad en la ejecución de los contratos, los sobrecostos en las obras, y la postura antagónica entre las partes.

La modalidad de ejecución por excelencia – hasta la fecha – para la provisión de infraestructura ha sido la obra pública. Los desafíos planteados por el sistema de contratación pública actual y el modelo de gestión contractual utilizado no permiten un cierre de brecha de infraestructura en el Perú. Sin embargo, como se expone en este

trabajo de investigación, los índices de obras paralizadas en los distintos niveles de gobierno son alarmante ya que los mecanismos tradicionales de contratación no han promovido una eficiente y transparente gestión de los contratos para la provisión de proyectos de infraestructura.

Ante esta problemática, y las deficiencias que presenta la provisión de infraestructura a través de la obra pública como modelo de gestión contractual, el uso de los contratos estandarizados trae consigo una mejora y una alternativa viable para el cierre de la brecha de infraestructura. Los Contratos NEC desarrollados en el Reino Unido constituyen una técnica colaborativa y flexible que ofrece un enfoque que prioriza la ejecución de la obra de la mano de una adecuada gestión de riesgos y colaboración entre las partes. En nuestro país, el uso del Contrato NEC se utilizó con éxito para el desarrollo de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos 2019. A partir de ello, se concibe como alternativa a la ejecución de obras públicas el uso de contratos estandarizados, siendo que aquellos que más se ajustan a la realidad peruana son los Contratos NEC.

El uso de estos contratos estandarizados en el Perú se ha vuelto un mecanismo regular y común para contratar la ejecución de obras de infraestructura, como alternativa a la contratación pública tradicional. Para poder ejecutar contratos a través de la modalidad NEC, que no estaba prevista en nuestra legislación, el Estado Peruano ha venido emitiendo normativas específicas que excluían a un proyecto de la aplicación de la LCE, así como de todos sus principios y reglas básicas de contratación. Es decir, para posibilitar el uso de este modelo estandarizado de contratación, se requería de normativa particular que no encajaba en el sistema de contratación tradicional tal y como lo conocemos.

Ahora bien, el problema principal que abordaremos en este trabajo es el siguiente: si el Contrato NEC es ahora una modalidad aceptada y común para la provisión de infraestructura pública, ¿qué le falta a la normativa sobre contratación pública recientemente aprobada y vigente para incorporar aquellos aspectos que permiten su óptimo funcionamiento?

Dicho ello, se plantea como hipótesis general si la utilización de los Contratos NEC como el modelo estándar de contratación de obras de infraestructura permitirá dinamizar de manera eficiente su ejecución y reducir la brecha de infraestructura en el Perú. El uso de este tipo de contratos será un avance fundamental para el cumplimiento

de este objetivo, considerando la experiencia pasada y la implementación de buenas prácticas en el sector de obras públicas.

Sobre ello, de manera específica, se postula que la adopción y uso de los Contratos NEC en el Perú coadyuvará a la reducción de la brecha de infraestructura y dinamizar el sector de la construcción. Esto se debe principalmente a los beneficios del contrato estandarizado de ingeniería como el NEC, caracterizado por un entorno de colaboración entre las partes, flexibilidad, modelo de gestión eficiente y transparencia en la ejecución de los proyectos.

Hasta la fecha, la solución adoptada por el Estado era, como indicamos, eximir a ciertos proyectos de las disposiciones de la LCE, de modo que la contratación de obras se realice utilizando los contratos NEC. Esto, sin embargo, genera mayores inconvenientes por cuanto, a modo de ejemplo, no se exigía que los proveedores estén habilitados para contratar con el Estado o que acaten los principios que rigen la contratación pública, como se desarrollará más adelante.

En definitiva, el hecho de aislar al Contrato NEC de la normativa general y emitir una legislación particular para su uso en proyectos específicos era una manera explícita de reconocimiento de la insuficiencia de los mecanismos contractuales previstos en la legislación de contratación pública y de que se necesita de otro tipo de contratos para poder cerrar la brecha de infraestructura.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN DE INFRAESTRUCTURA EN EL PERÚ

1.1.1. La Brecha de Infraestructura en el Perú

La brecha de infraestructura en el Perú es un indicador clave que incide directamente sobre su competitividad y productividad, factores determinantes del crecimiento y desarrollo como país. En palabras de la Contraloría General de la República del Perú (2025), se entiende por brecha de infraestructura:

“brecha de infraestructura o de acceso a servicios es la diferencia entre la oferta disponible optimizada de infraestructura (la cual incluye la infraestructura natural) o acceso a servicios y la demanda, a una fecha determinada y ámbito geográfico determinado. Puede ser expresada en términos de cantidad, en lo que respecta a cobertura de un servicio, o calidad, en lo que respecta a las condiciones en las cuales se dispone del acceso a los servicios.” (p.6)

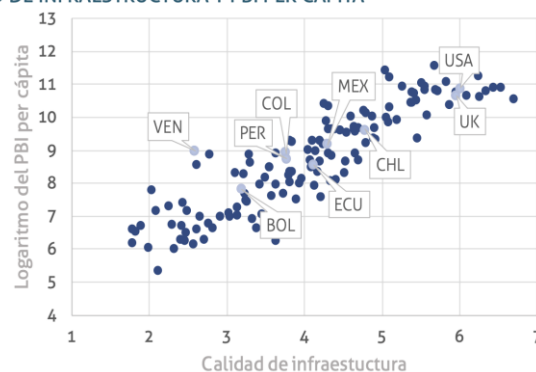
Esta brecha de infraestructura se mide por dos parámetros: (i) el acceso a infraestructura (cantidad) y (ii) la prestación del servicio (calidad). A grandes rasgos, el Perú carece no solamente de una cantidad importante de infraestructura en los principales sectores sino, también, de un déficit de acceso a los servicios públicos básicos. En relación con esta brecha, se diferencia la inversión que se debe realizar a corto plazo y a largo plazo para lograr un cierre.

Según el Ranking de Competitividad Mundial para el año 2025, elaborado por el Institute of Management Development de Suiza en asociación con CENTRUM PUCP, Perú se posiciona en el puesto 60 de 69 países en el índice de competitividad. Para el indicador de infraestructura que mide este ranking, el país se ubica en el puesto 63 de 67; demostrando que, a pesar del interés por el desarrollo en la infraestructura pública por parte de las autoridades, los mecanismos para su provisión no han dado los resultados esperados.

En la misma línea expuesta por la Contraloría, autores como Bonifaz, J. L., Urrunaga, R., Aguirre, J., & Quequezana, P. (2020) concluyen que el nivel de desarrollo de infraestructura en nuestro país es bajo, evidenciándose así una relación intrínseca entre esta y el nivel de competitividad del país. Esto, según la información del World Economic Forum en el Ranking de Global Competitiveness Report, donde Perú se ubica en el puesto 85 de 140 en relación con el desarrollo de infraestructura. Los mismos autores también exponen un gráfico que da cuenta de la situación en el país en relación con la calidad de la infraestructura y PBI per cápita, siendo que aquellos países con un mejor índice de crecimiento en infraestructura se traducen en un mayor bienestar de la población y los ciudadanos. (p.5)

Figura 1.1 Calidad de la Infraestructura y PBI per Cápita según el World Economic Forum

GRÁFICO 1. CALIDAD DE INFRAESTRUCTURA Y PBI PER CÁPITA



Fuente: World Economic Forum (2018), World Development Indicators (2019).
Elaboración propia.

Esto quiere decir que el país cuenta con un desarrollo menor al esperado en infraestructura pública en los principales sectores económicos como saneamiento, telecomunicaciones, transportes, energía, salud entre otros, lo cual pone los focos de alerta en identificar la problemática en torno al ralentizado proceso de promoción, crecimiento e impulso de la infraestructura pública en el Perú.

Según el Reporte de Obras Paralizadas en el Territorio Nacional a marzo de 2025, publicado por la Contraloría General de la República (2025), en todo el territorio nacional se contaba con un total de 2572 obras paralizadas en los tres niveles de gobierno, con un monto de inversión superior a los S/ S/ 43 mil 163 millones. La Contraloría establece ciertos parámetros que tienen que confluir para que una obra pública se considere como obra paralizada, lo cual evidencia la magnitud de la problemática en nuestro país.

Esta problemática es transversal a todas las modalidades de ejecución y los tres niveles de gobierno como muestran los cuadros a continuación:

Figura 1.2 Cantidad de obras paralizadas por modalidad de ejecución según la Contraloría General de la República.

Tabla 6. Obras paralizadas por modalidad de ejecución

Modalidad de Ejecución	Gobierno Nacional		Gobierno Regional		Gobierno Local		Total N.º			
	N.º	Costo Actualizado S/	N.º	Costo Actualizado S/	N.º	Costo Actualizado S/	Nº	%	S/	%
Administración directa	29	211,517,243	80	1,742,753,268	1202	2,227,700,067	1311	51.0%	4,181,970,578	9.7%
Por Contrata	331	15,650,489,801	256	7,094,139,766	638	7,376,082,911	1225	47.6%	30,120,712,478	69.8%
Por núcleo ejecutor	25	36,384,284			1	1,142,032	26	1.0%	37,526,316	0.1%
Obras por impuestos	2	31,876,928	1	14,425,912	5	109,327,857	8	0.3%	155,630,697	0.3%
Asociación Pública Privada APP			2	8,667,527,238			2	0.1%	8,667,527,238	20.1%
Total	387	15,930,268,255	339	17,518,846,184	1846	9,714,252,867	2572	100%	43,163,367,307	100%

Fuente: Sistema Nacional de Obras Públicas -Infobras

Elaboración: Subgerencia de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Control (SESNC).

Fecha: 31/03/2025

Figura 1.3 Cantidad de obras paralizadas por nivel de gobierno según la Contraloría General de la República.

Tabla 4. Obras paralizadas por nivel de gobierno

Nivel de Gobierno	Costo Actualizado S/		Obras paralizadas		Saldo de inversión por ejecutar	
	S/	%	Nº	%	S/	%
G. NACIONAL	15,930,268,255	36.9%	387	15.0%	7,302,451,393	32.4%
G. REGIONAL	17,518,846,184	40.6%	339	13.2%	10,860,902,492	48.3%
G. LOCAL	9,714,252,867	22.5%	1846	71.8%	4,348,704,215	19.3%
Total	43,163,367,307	100%	2572	100%	22,512,058,100	100%

Fuente: Sistema Nacional de Obras Públicas - Infobras

Elaboración: Subgerencia de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Control (SESNC).

Fecha: 31/03/2025

La paralización de dichas obras – como será analizado oportunamente – responde a factores variados tales como el engorroso proceso de contratación de obras públicas, con excesivos formalismos que imposibilitan una selección ágil de un postor para la provisión de infraestructura pública. Ante las cifras expuestas, que demuestran un bajo desarrollo en la infraestructura pública, sostenemos que la brecha no se acortará únicamente con el uso de los mecanismos tradicionales de contratación de obra pública, los cuales han probado su ineficacia, sino que es necesario la modernización de estas formas de contratación para dar pase a mecanismos colaborativos y más dinámicos en los contratos de construcción e infraestructura pública, lo cual será materia de análisis de este trabajo.

1.1.2. El contrato de obra pública y los mecanismos legales para su ejecución en el Perú

En el Perú, la regulación base para ejecución de obras públicas que doten al país de una mayor provisión de infraestructura pública se enmarca en la LGCP, su reglamento y disposiciones complementarias, así como opiniones emitidas por el OECE que precisan el alcance de dicha normativa.

La obra pública se caracteriza porque una de las partes intervinientes necesariamente es el Estado. La regulación sobre contratación estatal en el Perú no contempla una definición clara e inequívoca sobre el contrato de obra pública y provisión de infraestructura. Tampoco podemos extrapolar la definición establecida en el artículo 1771° del CC que hace referencia a un contrato de obra privada, pues en el contrato de obra pública no se debe perder de vista el objetivo, que es la satisfacción y persecución del interés público.

De la revisión de la normativa recientemente emitida, tanto la LGCP como el NRLCP, no contemplan una definición de obra pública. No se define ni se incorpora de manera explícita lo que se entiende por obra pública. Así, la normativa sobre la materia se centra en regular procedimientos y reglas para la contratación de obras públicas segmentada por actividades. Estas reglas buscan – en teoría – asegurar de manera eficiente la contratación y ejecución de obras de infraestructura.

Lo más cercano a una definición de obra pública contemplada en la normativa sobre la materia es aquella contenida en el Artículo 157 del NRLCP, la que engloba distintas actividades en torno a la ejecución de la obra pública como son: construcción, reconstrucción, remodelación, refacción, ampliación, mejoramiento y/o rehabilitación de distintos inmuebles o infraestructura.

La antigua normativa contemplaba en el Anexo de las definiciones del RLCE, la definición de obra pública en los siguientes términos: *"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."* (Ministerio de Economía y Finanzas, 2018, Anexo)

Al respecto, Caballero Palacios (2018) sostiene en relación con la antigua definición de obra pública contenida en la LCE – la cual resulta aplicable también a la LGCP y su reglamento, que:

*“Si bien **el anexo** define lo que es una obra, este lo hace de manera muy técnica, da a entender que una obra pública, es un bien inmueble, y solo estaría el bien mueble como accesorio a la primera, así se ve, la definición de obra es muy corta y no hace referencia en lo absoluto a lo que es una «obra pública».”*
(Énfasis agregado). (p.2)

Entonces, qué duda cabe de que la regulación actual sobre contratación pública incorpora la idea de que la obra pública es una pieza fija e inmutable al momento de la entrega, y no distingue que en realidad es un rompecabezas que tiene partes integrantes que se van juntando. De manera equivocada, la normativa equipara la obra pública a un bien inmueble fijo, a pesar de que un proyecto de construcción o infraestructura implica un proceso dinámico, que es lo que se pretende regular. Sin embargo, aquí no radica el problema esencial para que la contratación de obras públicas en el Perú mejore, por el contrario, consideramos que la solución pasa por utilizar las herramientas de gestión adecuadas y así lograr una mayor eficiencia en los procedimientos.

Hacemos hincapié en que la obra pública es el conjunto de los procesos constructivos que, como resultado, concluyen en la provisión de la infraestructura pública, pero no puede asimilarse en lo más mínimo a un producto o una compra, tal y como lo regula la normativa de contratación actual. Esta equipara el proceso de construcción de la obra pública al de las compras públicas, desconociendo que el camino para el “*producto final*” es un proceso constructivo dinámico y cambiante. Este proceso constructivo, sin duda, debe adaptarse al entorno y no al revés.

Para Morón & Aguilera (2019), el contrato de obra se define como:

“La forma más usual de ejecutar las obras públicas es a través de contratos de obra por los cuales la entidad encarga al contratista realizar – con su propia actividad, organización y medios – una o más prestaciones de ingeniería civil, sujeta a medidas por el resultado sobre inmuebles y a un proyecto o expediente técnico previamente aprobado. A cambio, la entidad se obliga a pagar al contratista una retribución económica.” (p.62)

Agregamos que la nota característica de este tipo de contrato es la presencia del interés público que une a ambas partes (al Estado propietario y al contratista constructor) ya que se busca en última instancia la provisión de infraestructura de uso público. Existen también otros componentes distintivos del contrato de obra pública como la onerosidad de la prestación, el carácter sinalagmático del mismo, la formalización por escrito entre otros.

Al respecto, considero que el contratista es un colaborador de la administración pública que, si bien persigue su propio interés – el cual es generar utilidad para su negocio, indudablemente – coopera con el Estado propietario de la obra para la ejecución de proyectos de infraestructura en aras del interés público. Esta sinergia entre ambas partes debería – en teoría – lograr la colaboración del Estado propietario y del contratista colaborador para poner en primer rango de importancia al proyecto, y no a los intereses de cada parte, que podrían obstaculizar la ejecución de la obra.

El problema, sin duda, es no solamente la deficiente regulación de la normativa de contrataciones en relación con la gestión contractual del contrato de obra, sino, también, la marcada postura de la normativa que enfatiza una posición antagónica entre las partes intervinientes en la obra y no promueve un espíritu colaborativo entre las partes. Es decir, se necesitan nuevas y mejores herramientas de gestión para acercar ambas posiciones y obtener el mayor beneficio de ello.

La LCE contenía un sinnúmero de disposiciones orientadas a sancionar al contratista ante cada “*cambio o desviación en la obra*”, ya sea en plazo, trazo o demás, por considerar que, bajo la acepción tradicional, la obra es una pieza fija que debe ser entregada a favor del Estado sin ninguna alteración o mutación, calificación que no toma en cuenta su carácter dinámico y la intrínseca necesidad y realidad que, en la práctica, hace que puedan existir y en efecto existan cambios que no pueden ser advertidos en la etapa de expediente o licitación.

Los autores Campos & Bedoya (2020), sostienen, de manera acertada que:

“En efecto, el actual régimen normativo de contrataciones “que plantea un esquema predefinido y generalizado de contratación para todo tipo de obras públicas sin considerar las particularidades de cada proyecto” resulta desfasado con las necesidades actuales, sobre todo por perpetuar un enfoque adversarial básicamente dirigido a la regulación de la actuación de los funcionarios y del conflicto.” (énfasis agregado). (p.164)

A grandes rasgos, resaltamos que el problema de la normativa que estuvo vigente – e incluso, la actual – es que no existe, en aquellas, un real incentivo para los contratistas de colaborar con la administración pública, dado que sus regulaciones están destinadas a penalizar al contratista o en otra instancia a la administración pública propietaria del proyecto si es que aprueba alguna medida que varíe de las especificaciones contenidas en el expediente licitatorio, aun cuando éstas constituyan una mejora o superen eficientemente algún escollo que se presente en el camino

La preocupación expuesta en el presente trabajo se centra en el ralentizado proceso de construcción de obras de infraestructura a consecuencia de una deficiente regulación sobre los proyectos de construcción en el país y las herramientas de gestión. Una de las razones para esto – pero no la única claro está – es la equivocada concepción de que el contratista y la Entidad son partes opuestas, casi enemigas, que es la idea sobre

la cual se ha estructurado el mecanismo de contratación de la obra pública. Esto será explicado más adelante con base en la teoría de la agencia.

Reiteramos la preocupación puesta de manifiesto en este acápite, toda vez que el enfoque conceptual que el legislador ha regulado en la normativa de contratación pública es análogo al proceso de compras públicas. Los mecanismos tradicionales de contratación asimilan la obra pública a una compra pública y no reconocen su naturaleza como un proyecto de ingeniería y construcción con las particularidades de la obra ya expuestas.

Esto nos lleva a revisar las modalidades de inversión para obras de infraestructura pública en el Perú. Sobre el tema, Villafranqui Rivera (2020) ilustra la problemática sobre los mecanismos tradicionales de contratación pública y su resultado en el cierre de brechas de infraestructura en nuestro país. Así, nos dice que:

“Hoy en día es evidente que los mecanismos de contratación pública tradicionales no están funcionando, la falta de capacidad de gestión y la baja calidad de los estudios técnicos sumados al excesivo formalismo de nuestro sistema de contratación pública y a un falso enfoque por resultados, comprometen la ejecución oportuna y adecuada de obras de infraestructura pública necesaria.” (p.442)

La cita antes transcrita nos introduce al fondo del asunto de manera tangible. Hemos venido apuntando que la LCE presentaba una serie de deficiencias, tales como los que ilustra la teoría de la agencia¹, así como el problema de la equiparación de las obras y compras públicas como si se tratara de procesos similares. La teoría de la agencia en la contratación estatal propone la contraposición de intereses entre el Estado como propietario de la obra y el privado inversionista. Este razonamiento no solamente fue tomado en cuenta en el diseño del sistema de contratación estatal, sino, además, de la

¹ La teoría de la agencia es una teoría económica que nace a raíz del Teorema de Coase y los costos de transacción. En líneas generales, establece que el agente sigue las instrucciones y ejecuta actividades por encargo del principal.

normativa sobre mecanismos de colaboración público-privada, que establece excesivas reglas a favor del Estado para “salvaguardar” los intereses del Estado y protegerlo del sector privado.

Estas regulaciones obsoletas antagonizan la posición del Estado propietario y el contratista, lo que la aleja de un ambiente de colaboración y tiende a enfatizar las pugnas en torno de la provisión de infraestructura pública. Para entender la finalidad de la contratación pública moderna, debemos comprender las particularidades y el dinamismo del sector construcción, la colaboración entre las partes, estructuras flexibles de contratación, riesgos propios de la ejecución de obras, entre otros. Este enfoque colaborativo permite que ambas partes se centren en lo importante: la ejecución del proyecto.

Esta colaboración estaba presente en la LCE solo en teoría, en un bajo grado enmarcado en los principios de eficacia, eficiencia y equidad. Decimos que solamente en teoría, pues las demás disposiciones de la ley enfatizaban la rivalidad entre ambas partes en la ejecución del contrato de obra pública. Un claro ejemplo de ello es que la LCE estaba impregnada de regulaciones que tendían a sancionar al contratista y no promovían una ejecución contractual de manera eficaz y con un tono colaborativo.

Así, para la ejecución de las obras públicas, la LCE regulaba el perfeccionamiento y suscripción de contratos modelos que no atendían a la variedad y envergadura de los proyectos de infraestructura. Es decir, a modelos contractuales poco eficientes que vienen predeterminados en la ley, lo que encasillaba a todos los proyectos de infraestructura a tener el mismo modelo sin que se atiende a las necesidades de la obra. Como no puede ser de otra manera, este impedimento legal en la normativa de contratación pública no permitía que el sector se dinamice y que se avance hacia un cierre real de la brecha de infraestructura pública.

Por su parte, los mecanismos especiales de contratación pública que han sido eficaces, como el régimen de los Juegos Panamericanos, las Escuelas Bicentenario, la Carretera Central (en ejecución), los Acuerdos de Gobierno a Gobierno entre otros, en los que se ha optado por el uso de contratos estándares de construcción e ingeniería a nivel internacional, especialmente los contratos NEC, son regímenes excepcionales de contratación que se ubicaban fuera del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública.

Así, para la construcción de la infraestructura necesaria para llevar a cabo los XVIII Juegos Panamericanos y los VI Juegos Parapanamericanos en nuestro país, la política legislativa consistió en excluir la ejecución de las obras necesarias del régimen de la LCE, con la finalidad de promover la rápida y oportuna construcción de la infraestructura sin trabas burocráticas.

Otro proyecto que fue excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública es el de las escuelas bicentenario. Ello, con la misma finalidad por la que el legislador optó por excluir a los juegos panamericanos: la rapidez con la que se requiere la provisión de la infraestructura, y la necesidad que esta cumpla con un propósito determinado tanto en utilidad como en oportunidad.

En relación con las Escuelas Bicentenario, este proyecto de provisión de infraestructura educativa se centra en la entrega de proyectos emblemáticos en el sector educativo en distintas regiones. A manera de ejemplo, se han ejecutado proyectos emblemáticos en Lima, Puno, Ucayali, Cusco, Cajamarca entre otras regiones.

Para la ejecución de estos proyectos emblemáticos de instituciones educativas, se utilizó el Contrato NEC en su cuarta versión bajo la gama de familia ECC. Como modalidad de pago y procura se optó por la Opción C, la cual ha sido explicada con anterioridad en este trabajo. Asimismo, como una novedad y en aras de incentivar las buenas prácticas en la ejecución de las obras, se involucró de manera temprana al

contratista, lo que permite una mayor eficiencia, reducción de los tiempos de licitaciones y un énfasis en una gestión colaborativa.

Sobre los acuerdos de gobierno a gobierno, los mismos son una modalidad especial de contratación de Estado a Estado con la finalidad de que el Estado con mayor experiencia en la ejecución de la infraestructura del proyecto en particular no solo se encargue de la ejecución de la parte constructiva, sino, también, del gerenciamiento de todo el proyecto.

En líneas generales, estos mecanismos de cooperación internacional fomentan la asistencia técnica especializada en proyectos de gran envergadura y complejos. Constituye un apoyo a nivel técnico y contractual que se nutre de la experiencia del Estado encargado. Lo que se busca con estos acuerdos de gobierno a gobierno es incorporar estándares internacionales en las obras de alta complejidad ejecutadas en nuestro país. Otra ventaja de estos acuerdos es trasladar la experiencia a las instituciones correspondientes para fortalecer las capacidades a nivel nacional.

Estos acuerdos de gobierno a gobierno tienen unos componentes claves esenciales como la presencia de un Project Management Office como oficina técnica encargada de la gestión del proyecto de manera integral, el uso de contratos colaborativos internacionales, la transferencia de conocimiento entre las partes y una supervisión especializada.

Así las cosas, los beneficios que reporta el uso de acuerdos de gobierno a gobierno implica una mejora en los tiempos para la selección de proveedores, mejora en la calidad de las obras, así como predictibilidad en los costos y plazos de ejecución de las obras.

1.2 EL CONTRATO NEC COMO MODELO ESTANDARIZADO DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

1.2.1 El contrato de construcción internacional: aspectos relevantes como la colaboración entre las partes

Para lograr entender el arraigo de la colaboración en la industria constructiva, es elemental el cambio de paradigma en relación con la teoría de la agencia que ha orientado el diseño de la legislación sobre contratación pública hasta nuestros días. Esta presupone la aparente divergencia de intereses entre los actores involucrados en la construcción. Eric Franco (2020), sobre la forma de entender los contratos de construcción y la posición antagonica entre las partes, nos comenta que:

“Durante décadas, y todavía de manera extendida en la actualidad, lo usual ha sido negociar los contratos de construcción bajo un enfoque de traslado de riesgos. Mientras más riesgos se lograba que la otra parte asumiera, se consideraba que era un mejor contrato. Adicionalmente, ha habido un incremento sustancial en la atención a la administración contractual, vista principalmente como la administración de reclamos. Es decir, de manera defensiva u ofensiva. Todo ello nos ha llevado a una industria en la cual existe un alto grado de conflictividad, frustración y bajos niveles de incremento de productividad.” (p.179)

No cabe duda de que el proceso disruptivo en la industria de la construcción y provisión de infraestructura consiste en redefinir la relación entre los actores involucrados para implantar la colaboración entre las partes de manera transversal al proceso constructivo. Tradicionalmente, la contratación pública de obras de infraestructura estaba muy alejada de los contratos colaborativos, agudizándose el empleo de la teoría de la agencia y la divergencia de intereses aparente entre el propietario de la obra y el constructor.

El sector construcción es un sector dinámico que requiere de contratos flexibles que favorezcan la colaboración entre las partes, en contraposición al contrato de construcción tradicional que se caracteriza por la rigidez de sus cláusulas y el enfrentamiento de los intereses de las partes. Sostenemos esta afirmación pues en este el sector existen motivos que propician el trabajo colaborativo en general: así, fundamentalmente, la complejidad de las obras, la imposibilidad de prever todos los aspectos que se presentarán en la ejecución en la etapa de negociación, y la necesidad de una real cooperación así como alineación de los intereses entre las partes para la consecución del objetivo final cual es la entrega de la obra pública (antes que concluir en una resolución contractual y subsecuente penalización o disputa), así como un sistema ágil de solución de disputas.

Habiendo realizado dicha introducción, pasamos a abordar la noción de “*collaborative working*” o el concepto de la colaboración en conjunto aplicado a la industria de la construcción, el cual ha sido acuñado hace ya algunos años con el Reino Unido como precursor o principal exponente. Así, Constructing Excellence² define al “*collaborative working*” como aquel método que supone el trabajo en conjunto bajo objetivos en común con la finalidad de brindar beneficios en común para todas las partes involucradas, lo que requiere que los intereses comerciales se encuentren debidamente alineados.

Haciendo referencia a la teoría de la agencia que hemos explicado ampliamente en el capítulo anterior, y, en contraposición a esta, el método de trabajo colaborativo implica necesariamente superar la supuesta pugna y orientar los intereses y el trabajo hacia un único fin: la ejecución de la obra en tiempo, calidad y precio óptimos para beneficio de todas las partes.

² Constructing Excellence es una plataforma virtual que reúne a expertos en el sector construcción y fomenta las buenas prácticas a partir de experiencias y casos de estudio. Estos expertos representan toda la cadena de suministro del sector, es decir, desde clientes hasta empresas y usuarios que comparten como visión estratégica del sector la necesidad de innovar y colaborar para la mejora del sector construcción.

Así, la base del modelo colaborativo es el alineamiento de intereses con la finalidad de descubrir áreas comunes que permitan a las partes tener un punto de inicio claro y entender que éstas (Estado como propietario de la obra y constructor como ejecutor) deben conjugar esfuerzos en beneficio de la finalización y entrega de la obra. En este entorno colaborativo, reiteramos que la actitud adversarial no está presente y mucho menos tiene cabida. Sobre este punto, Augusto Gutiérrez (2024) nos dice que *“la cooperación permite la alineación de los roles en los equipos (...) y crea una comprensión objetiva de la gestión del Alcance del proyecto”*. (p.60)

Dicho ello, un contrato con gestión colaborativa se aleja naturalmente de la teoría de la agencia y su empleo requiere de un cambio cultural en el entorno de la contratación de proyectos de construcción en el ámbito público y privado para el cierre de la brecha de infraestructura. El paradigma, sin duda, es el cambio cultural hacia la colaboración en los contratos de construcción. Se transita de un enfoque individualista en el cual la presencia de conflictos y posiciones antagónicas es el día a día hacia un enfoque colaborativo donde se ponga como centro de atención al proyecto y trabajo en conjunto.

De esta manera, es primordial entender que en un enfoque colaborativo no se trata de definir culpas ni responsabilidades, sino de compartir el riesgo con la finalidad de mitigarlo de manera conjunta, en la medida de lo posible. Es necesario también que el interés de las partes se encuentre alineado – como ya lo hemos mencionado – hacia la ejecución oportuna y eficiente del proyecto, lo que solo se logra si ambas partes se benefician de ello.

En el ordenamiento jurídico peruano, la colaboración entre las partes se traduce en el ya conocido principio de buena fe. Si bien es cierto que dicho principio no se encuentra contemplado de manera textual en la normativa sobre contrataciones públicas, no por ello deja de observarse su exigencia como principio rector en las contrataciones públicas. Para Eric Franco (2020):

“(…) se puede ser cooperativo, transparente, actuar de buena fe, pero si el otro no lo hace y es oportunista, puede aprovecharse de esa transparencia y buena fe. Si bien el dilema del prisionero asume que los sujetos no están comunicados, en la realidad las partes pueden comunicarse y establecer bases para cooperar vía procesos establecidos y pactos. Asimismo, si bien el dilema asume que los sujetos juegan una sola vez, en la realidad, en el mercado el número de clientes y proveedores es limitado y el negocio de cada cual suele implicar la expectativa de realizar repetidas transacciones comerciales, lo cual genera incentivos para cooperar y alinear los intereses.” (p.178)

La cita antes transcrita no hace más que probar la hipótesis que hemos venido esbozando hasta el momento, es decir, la necesaria observancia de la colaboración y buena fe en los contratos de construcción para el beneficio del proyecto. Un esquema colaborativo es un abanico posible de distintas alternativas flexibles según la necesidad del proyecto. Como abordaremos en el acápite siguiente, una de las alternativas arraigadas en el sector construcción e ingeniería a nivel internacional es el uso de contratos colaborativos como el Contrato NEC, el cual se caracteriza por pautas claras que propician la colaboración continua entre las partes.

1.2.2 Aspectos generales de los Contratos NEC

Los Contratos NEC fueron desarrollados por el Instituto de Ingenieros Civiles del Reino Unido en el año 1993, con la idea de *“curar todo lo que sabíamos que estaba enfermo en los contratos de construcción tradicionales y (...) colocar solamente aquello que estimulara a las partes a administrar bien su contribución [al proyecto].”* (Sin editor, 2020). En línea con lo descrito en el acápite anterior, los Contratos NEC han sido pensados para establecer relaciones de colaboración y cooperación entre las partes en beneficio del proyecto constructivo.

Aunado a ello, el gobierno británico encargó a Sir Michael Latham realizar un análisis sobre la industria de la construcción e ingeniería en el Reino Unido. Así, dicho autor publicó en 1994 el Reporte Latham titulado “*Constructing The Team*”, en el cual recomendaba el uso de los Contratos NEC como una forma colaborativa en la industria de la Construcción.

En líneas generales, Latham en su reporte evidencia que el éxito de los contratos de construcción no se centra en un contrato colaborativo únicamente sino más bien en un entorno colaborativo. Propone que, en virtud de esta cultura colaborativa entre las partes, prime la buena fe en la ejecución del proyecto y el trato equitativo entre las mismas. Esto beneficiará la continuidad de la obra en tanto que las partes tendrán la confianza necesaria para ventilar todo tipo de posibles conflictos y asegurar una solución justa para ambas partes.

Los Contratos NEC son una familia o gama de contratos que se utilizan para la gestión de proyectos de manera integral, y permiten a las partes involucradas enfocarse en la entrega de proyectos a tiempo, priorizando el presupuesto asignado y con los más altos estándares constructivos según el tipo constructivo. A la fecha, el Instituto de Ingenieros Civiles del Reino Unido ha lanzado la versión cuatro (NEC 4) de estos contratos estandarizados.

Para Augusto Gutiérrez: “*El NEC4 es una familia de contratos que ofrece una solución completa para la gestión de proyectos durante todo el ciclo de vida y para sus diferentes complejidades*”. (p.62)

La cuarta edición de este contrato recoge las buenas prácticas y mejoras en la ejecución de proyectos de construcción. Se han priorizado elementos clave para un eficiente manejo de las obras de ingeniería como, por ejemplo, un mayor involucramiento del contratista al permitir que dicha parte pueda proponer un avance acelerado en la ejecución de la obra. Se incluye, además, el uso del Modelo BIM o técnicas de gestión

avanzada en la industria constructiva. En relación con el manejo de posibles controversias entre las partes del contrato, se ha establecido un involucramiento temprano del contratista para propiciar un ambiente de transparencia, el uso de cláusulas escalonadas de resolución de disputas entre otros.

Más allá de las novedades en esta versión, cabe notar que, de acuerdo con la complejidad del proyecto y asignación de riesgos entre las partes, la cuarta edición del Contrato NEC comprende una versión actualizada – en el caso de la modalidad ECC – para su empleo según las necesidades del proyecto. Esta versión es utilizable en todo tipo de proyectos o servicios en cualquier industria, desde proyectos o servicios simples hasta complejos.

Por su parte, estos contratos NEC, al ser estandarizados, facilitan la ejecución de un proyecto u obra en la que se requiere contratar a más de un proveedor, al uniformizar el lenguaje utilizado y la congruencia de los términos. Así un solo proyecto puede combinar diferentes tipos de contratos, todos los cuales, en tanto redactados con base en el modelo NEC, están diseñados para encajar.

El autor Kelvin Hughes (2019) cita que los Contratos NEC como familia de contratos – y en especial la modalidad ECC – engloban las siguientes particularidades:

1. **Flexibilidad en su uso:** los Contratos NEC y, en especial la modalidad ECC no están ceñidos a un sector en especial, lo cual permite su uso en todo tipo de proyectos constructivos. Tampoco se ven limitados en su uso a un ámbito local, es decir, son de uso internacional. Este modelo se adapta a cualquier mecanismo de pago (llamadas “Opciones” en la familia de Contratos NEC) y permite una adecuada asignación de riesgos según la envergadura del proyecto.

El modelo ECC es parte de una gama amplia de contratos que puede ser utilizada de manera aislada o en conjunto según las necesidades y envergadura del

proyecto. Esto permite que todas las partes involucradas – independientemente del servicio a ser brindado o la provisión de infraestructura – puedan trabajar bajo términos y condiciones similares, facilitando la gestión integral del proyecto.

2. **Lenguaje simple y claro:** el Contrato NEC y la modalidad ECC presentan un lenguaje sencillo, coloquial en la medida de lo posible y en tiempo presente como parte de la gramática utilizada. Presenta un lenguaje preciso y conciso, evitándose así el uso de muchas referencias para permitir una lectura fluida y dinámica. Evita, además, en lo posible, el uso de lenguaje subjetivo o indeterminado con la finalidad de reducir las posibles disputas por error en la interpretación entre las partes. También evita el uso de tecnicismos y palabras sofisticadas, en el entendido de que no todos los lectores son fluidos en inglés o necesariamente ingenieros.
3. **Incentivos para la buena administración:** al ser un modelo colaborativo, se prioriza el manejo proactivo entre las partes, eliminándose así la atmósfera adversarial y “reactiva”. Esto se plasma en la inclusión de alertas tempranas y de eventos compensables en el Contrato NEC. Ambas categorías funcionan de manera interrelacionada, como quiera que la política de alertas tempranas supone que ambas partes – Contratista y el Gerente de Proyecto – notifiquen de cualquier situación que pueda generar un cambio en el proyecto, problemas o retrasos. Esto lleva a que ambas partes trabajen de manera conjunta e inmediata para arribar a una solución. Luego de ello, se define un costo por dicho evento de manera que no se traslada este problema a la etapa de entrega del proyecto o posterior; lo que se conoce como “*eventos compensables*”.
4. **Programa definido:** constituye un requerimiento esencial que se incluya en los Contratos NEC un programa definido con pautas claras y mecanismos de actualización con la finalidad de que las partes gestionen de manera eficiente el tiempo, costo, retrasos entre otros aspectos de la construcción. La gestión del proyecto se enmarca en la toma de decisiones de manera ágil y con

procedimientos simplificados que no afecten la continuidad del proyecto, así como un mecanismo sencillo para la gestión de los cambios de precio y plazo en caso sea necesario.

5. **Gestión de riesgos**: al ser un modelo esencialmente colaborativo y flexible, se establecen mecanismos para que las partes permanentemente identifiquen, evalúen, asignen y mitiguen los riesgos en forma conjunta y colaborativa. Los riesgos son compartidos entre las partes según el tipo de Opción elegida en la estructura contractual y el riesgo financiero que se asuma.
6. **Colaboración y cooperación**: las cláusulas 10.1 y 10.2 (cuarta edición) de todos los Contratos NEC requieren que todas las partes actúen con un espíritu de colaboración y cooperación en la ejecución del proyecto. Existe un deber de todos los agentes involucrados de actuar según lo estipulado en el contrato y prestar colaboración en todo momento. Estas cláusulas se materializan de distintas formas en el texto del contrato, como por ejemplo las alertas tempranas. También se traducen en una política de libros abiertos para la transparencia en el manejo de información. En definitiva, esto conduce a eliminar el ambiente adversarial entre las partes y guiar su actuar con un espíritu de colaboración.

Ahora bien, el Contrato NEC como modelo estandarizado cuenta con una estructura definida y aprobada que beneficia a las partes al contener cláusulas modelo, lo que determina que el margen de negociación entre ellas sea menor. Así, las cláusulas principales del contrato estandarizado están orientadas a aspectos transversales que gobiernan la relación entre las partes. Estas cláusulas son el marco general que debe observarse al momento de la ejecución del proyecto de construcción, y abarcan temas como las responsabilidades de las partes, la eficiencia del tiempo, eventos de compensación, fórmulas de pago, titularidad de los bienes, responsabilidad legal y seguros patrimoniales, mecanismos de terminación entre otros.

A continuación, hemos elaborado un esquema de la estructura y piezas que componen un Contrato NEC estandarizado, aplicable también a los contratos ECC:

Figura 1.4 Principales Cláusulas de los Contratos NEC – Cuarta Edición

Estructura del Contrato ECC					
Versión NEC 4					
Cláusulas Principales	Cláusula de procura y pago: Opción A - F	Cláusulas W: Mecanismo de Solución de Controversias elegido por las partes	Cláusulas X: Son secundarias y opcionales previstas en el formato	Cláusulas Z: Condiciones adicionales no previstas en el formato base	Anexos: Matriz inicial de riesgos, cronograma de incentivos, etc.

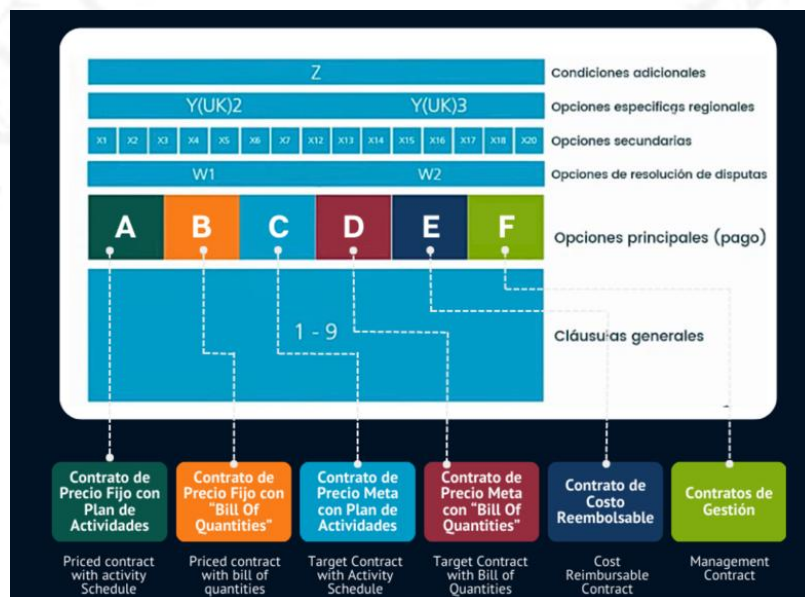
Dentro de esa estructura, se aprecian cláusulas modelo que son las cláusulas principales descritas por Gutierrez (2024), mediante las cuales se regula lo siguiente: (i) consideraciones generales (ii) responsabilidad del contratista (iii) plazos (iv) gestión de la calidad (v) pagos (vi) eventos compensables (vii) titularidad (viii) responsabilidad y seguros (ix) resolución. Todas las características esbozadas en este acápite configuran condiciones indispensables para un contrato aplicable también a la modalidad ECC. Estas particularidades descritas son el esqueleto del que se evidencia en la estructura descrita, sin lo cual no puede funcionar. (p.67)

En particular, las nueve (09) cláusulas descritas como principales constituyen el contenido mínimo que debe contener el contrato y que no puede ser alterado ni modificado por acuerdo de las partes. Las cláusulas esenciales son básicas, pero y deben adaptarse al sistema legal del país en que se ejecuten y/o a la legislación que sea aplicable: así, por ejemplo, en el caso del Perú, no podría limitarse la responsabilidad del contratista en caso de negligencia grave dada la existencia de una norma en nuestro Código Civil que expresamente lo prohíbe, como sí es factible en otros países.

Una vez que se ha transitado por las cláusulas esenciales, se escoge la opción de procura y pago que mejor se acomode al tipo de obra a ser ejecutada. De manera enunciativa, existen seis (06) modalidades de pago y sistema de procura que pueden ser elegidos al momento de celebrar un Contrato ECC según la necesidad del proyecto.

A continuación, se muestra un cuadro resumiendo de las modalidades de pago y procura existentes:

Figura 1.5 Estructura Principal de los Contratos NEC – Cuarta Edición



Fuente: <https://konstruedu.com/es/blog/que-son-los-contratos-nec4>

En relación con las opciones de pago y procura disponibles en la cuarta versión del Contrato NEC dentro de la gama de los modelos ECC, desarrollaremos de manera breve cada una de las opciones. Estas opciones se identifican por letras desde la A hasta la F con ciertas particularidades por cada opción:

- a) **Priced Contract with activity schedule:** Esta modalidad de pago se basa en un cronograma de pagos previamente pactado entre las partes. Los pagos realizados a favor del contratista se ejecutan según el avance de cada actividad descrita en el

cronograma de acuerdo con los precios establecidos. Esta opción de pago y procura se ajusta a aquellos proyectos que cuentan con un alcance definido y poca incertidumbre, debido a que todo el riesgo recae principalmente en el contratista. Este debe optimizar sus recursos para mantener el margen esperado.

- b) **Priced Contract with bill of quantities:** Esta modalidad de pago se basa en una lista de partidas con cantidades predefinidas según el presupuesto de obra detallado. Se utiliza con frecuencia en los mecanismos tradicionales de contratación donde la lista de partidas con cantidades es clave para la ejecución de la obra. En esta opción, es el contratista quien asume el riesgo en la ejecución de las cantidades y precisión en el proyecto.
- c) **Target Contract with Activity Schedule:** Esta opción de pago y procura se basa en establecer un costo objetivo y se realiza el pago en función de cada una de las actividades completadas. En este caso tanto los sobrecostos como los ahorros obtenidos por la optimización en la ejecución del proyecto se comparten entre las partes; llevando a una gestión eficiente de las obras y una adecuada colaboración.
- d) **Target Contract with bill of quantities:** Esta opción de pago y procura se basa en establecer un costo objetivo y se realiza el pago en función de una lista de partidas. Las demás características son similares a la Opción C previamente descrita.
- e) **Cost Reimbursable Contract:** En esta modalidad de pago, el contratante debe reembolsar los costos asumidos por el contratista, agregando una tarifa previamente pactada como contraprestación. En este caso, el riesgo económico y de mayores costos lo asume íntegramente el cliente, motivo por el cual se requiere un mayor control y seguimiento contractual. En la industria, es utilizado en proyectos donde el alcance no se encuentra totalmente definido o la obra se requiere con urgencia.

- f) **Management Contract:** Esta opción de pago y procura refiere que se contrata a un único contratista que está a cargo de la obra como gestor de todo el proyecto, siendo que el cliente mantiene el control de la ejecución de la obra. Aquí, el contratante realiza el pago de los costos reales incurridos y agrega una tarifa al gestor por su trabajo.

Luego de las opciones de pago y procura, en relación con los mecanismos de solución de controversias, las partes pueden optar por diferentes mecanismos que respondan a sus necesidades y que se adapten a la legislación del país. Es decir, esta elección debe ser compatible con su sistema legal.

De estimarlo necesario, las partes pueden elegir entre las cláusulas X que son secundarias y opcionales e, incluso, incorporar condiciones no previstas en el formato base. El Contrato NEC provee la flexibilidad necesaria para armar un proyecto a medida y no pretende ser un contrato rígido. Esta particularidad es relevante en un país como el nuestro, en el que se debe priorizar el hecho de que el contrato se adapte al entorno y no al revés.

CAPÍTULO II: El empleo de los Contratos NEC como mecanismo para la disminución de la brecha de infraestructura

2.1 ¿Por qué el uso del Contrato NEC superaría los problemas tradicionales de la contratación pública?

El análisis de la estructura típica de un Contrato NEC nos lleva sostener que el empleo de las reglas de este contrato permitiría superar los problemas asociados al origen de la paralización de las obras públicas. En el capítulo primero de este trabajo de investigación ya nos hemos referido a grandes rasgos a estos problemas presentes en la contratación pública tradicional. Entonces, no cabe duda, que, la contratación pública tradicional no es la respuesta para la disminución de la brecha de infraestructura, y, prueba de ello, son las estadísticas reportadas por la Contraloría General de la República.

De manera puntual, el Reporte de Obras Paralizadas de la Contraloría General de la República a marzo de 2025 muestra que las principales causas de la paralización de obras bajo el sistema tradicional de contratación son las siguientes:

Figura 2.1 Reporte de Obras paralizadas a marzo de 2025 elaborado por la Contraloría General de la República

Tabla 9. Obras paralizadas según causal de paralización reportado por las entidades públicas

Causales de paralización	Obras paralizadas		Costo Actualizado		Saldo de Inversión por ejecutar	
	Nº	%	S/	%	S/	%
INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO	600	23.3%	15,358,918,528	35.6%	6,610,389,355	29.4%
FALTA DE RECURSOS FINANCIEROS Y LIQUIDEZ	537	20.9%	2,160,479,718	5.0%	1,095,382,786	4.9%
DEFICIENCIA EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO	255	9.9%	2,528,395,958	5.9%	1,470,942,252	6.5%
ABANDONO DE OBRA	245	9.5%	712,615,867	1.7%	301,021,289	1.3%
DISCREPANCIAS, CONTROVERSIAS Y ARBITRAJE	212	8.2%	14,980,277,594	34.7%	9,254,341,484	41.1%
INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE VALORIZACIONES U OTROS	65	2.5%	946,025,910	2.2%	466,502,621	2.1%
EVENTOS CLIMÁTICOS	82	3.2%	1,151,050,431	2.7%	671,069,659	3.0%
CONFLICTOS SOCIALES	76	3.0%	726,737,229	1.7%	383,736,912	1.7%
DISPONIBILIDAD DE TERRENO	56	2.2%	1,036,470,832	2.4%	677,189,759	3.0%
FALTA DE PERMISOS, LICENCIAS Y AUTORIZACIONES	47	1.8%	325,580,105	0.8%	117,838,200	0.5%
INTERFERENCIAS	26	1.0%	281,653,777	0.7%	200,217,760	0.9%
DESABASTECIMIENTO SOSTENIDO DE MATERIALES	37	1.4%	472,240,137	1.1%	160,475,060	0.7%
OTROS*	334	13.0%	2,482,921,220	5.8%	1,102,950,963	4.9%
Total	2572	100%	43,163,367,307	100%	22,512,058,100	100%

(*) Comprende causas no previstas, no atribuibles a ambas partes, entre otros.

Fuente: Sistema Nacional de Obras Públicas - Infobras

Elaboración: Subgerencia de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Control (SESNC).

Fecha: 31/03/2025

A continuación, nos referimos a las principales características de un Contrato NEC y la forma cómo su aplicación en la contratación de obras públicas en Perú podría solucionar los inconvenientes históricos de ésta, que, justamente ha traído consigo toda la problemática evidenciada por la Contraloría General de la República.

2.2 Características de los Contratos NEC

2.2.1 Eficiencia

Este es un aspecto clave en los contratos NEC, que se refleja de manera transversal en todas las etapas del proceso. La eficiencia supone una gestión óptima en todas las etapas del proyecto de construcción, desde la fase de licitación hasta la entrega y puesta en operación de la obra entrega al cliente final. El modelo ECC propicia – en la medida en que la obra lo permita – que el Contratista se encargue de la obra en su totalidad, es decir, desde el diseño hasta la construcción y su entrega, deviniendo así en un Contratista Administrador.

Las ventajas de contar con un Contratista Administrador que se hace responsable de la gestión integral de la obra son innumerables. A grandes rasgos, por la complejidad de la obra y la cantidad de subcontratistas que se debe manejar, así como su diseño, la figura del Contratista Administrador ahorra al Cliente una sobrecarga de relaciones contractuales y de supervisión. En otras palabras, el Contratista Administrador se encarga de la relación con todos los subcontratistas y es, en definitiva, el responsable final ante el propietario de la obra. Esto, sin duda alguna, supone una eficiencia no solo en tiempo y costo sino, también, para la agilidad del proyecto y la toma de decisiones.

El sistema de contratación pública vigente, a diferencia de lo que ocurre con los contratos NEC, regula un procedimiento engorroso para la contratación de postores y presenta fallas por los criterios utilizados como parámetro. Estos criterios no se centran en elegir al mejor postor desde un punto de vista técnico y económico sino en seleccionar

al que le ofrezca al Estado un mejor precio, indistintamente de la capacidad técnica del postor. La normativa sobre contratación pública – en la mayoría de los casos – no permite que el Comité de Selección adjudique la obra a un postor técnicamente calificado y con un precio más elevado en relación con el valor referencial contenido en las bases del proceso de selección. Así, en adición a que la ley establece un procedimiento engorroso para la selección del postor, esto ni siquiera garantiza la contratación del mejor.

Esta estructura, que es compleja no solo en la etapa precontractual sino en la de ejecución contractual, supone la disminución de la eficiencia en el proceso constructivo. Dada la concurrencia de varios contratistas en la ejecución de una misma obra, existe una alta probabilidad que alguno de los contratistas o subcontratistas incumpla sus obligaciones y genere una paralización parcial o total de la obra. Este “*efecto dominó*” genera la ruptura de eslabones en la cadena y genera, inmediatamente, retrasos en la obra, lo que se traduce en una ineficiencia en cuestión no solo de tiempo, sino costo y posiblemente calidad.

En contraposición a ello, en los Contratos NEC, la práctica común – sobre todo en el sector construcción – es que el propietario de la obra contrate a un Contratista Administrador en los términos previamente explicados. Esto es, se encargue del diseño y construcción de la obra como un paquete integral.

En cuanto a la aprobación de adicionales de obra en los Contratos NEC, la figura que se utiliza es la de los eventos compensables. Estos se describen como aquellos eventos que surgen por cambios en el alcance del proyecto. Debemos tener en cuenta que no cualquier cambio da lugar a un evento compensable y una mayor retribución a favor del Contratista, sino solamente aquellos regulados en la Cláusula 60.1 del Contrato NEC 4 – ECC. Esta cláusula se refiere al manejo de los temas por eventos compensables, los cuales se circunscriben únicamente a modificaciones en el costo y plazo por causas no imputables al Contratista.

Priorizando el enfoque colaborativo en la gestión de estos contratos estandarizados, Luis Enrique Ames (2023) nos comenta que existen incentivos otorgados a favor del Contratista ante determinadas situaciones que benefician no solo al proyecto sino a ambas partes. Estos incentivos se centran en estimular al Contratista Administrador para que, ante una determinada necesidad del propietario de la obra, logre una reducción de costos y la terminación de la obra antes de tiempo.

Por ejemplo, la bonificación por ahorro de tiempo o incentivo económico se encuentra incluida en las cláusulas secundarias en el modelo de Contrato NEC. Este beneficio a favor del Contratista Administrador se calcula con base en cada día “ahorrado” y se pacta previamente un mecanismo de cálculo o una tarifa determinada. Este beneficio se mide con indicadores incluidos en las cláusulas secundarias según la estructura contractual.

La lógica que se persigue con estos modelos colaborativos es “premiar” al Contratista Administrador, quien, con una adecuada gestión integral del proyecto, demuestra eficiencia en la administración y logra el cumplimiento de los objetivos sin mermar la calidad de la obra. Este punto es sumamente relevante puesto que la eficiencia mencionada no implica un menor control ni perjudica la construcción, sino todo lo contrario, como exponemos en el punto siguiente.

2.2.2 Transparencia

En relación con la transparencia en la información y gestión en los Contratos NEC – en todas sus formas y versiones, aquella no se ve mermada por el hecho de ser un contrato colaborativo. Al respecto, en tanto toda la información esté disponible de manera oportuna y a la vista de todos los partícipes, la gestión será, siempre, transparente.

Esta transparencia en la gestión del proyecto constructivo es la mejor forma de control de la obra desde todo punto de vista. Sobre las acciones de transparencia y el manejo en estos proyectos, Medina Flores (2019) afirma que:

“El espíritu de confianza y cooperación mutuas se define en los contratos como las acciones de transparencia, apertura, honestidad y oportunidad que se deben las partes para alcanzar el objeto del proyecto. Estas acciones incluyen a aquellas que permitan generar ahorros a favor del proyecto y la Entidad, a través de la ingeniería de valor, decisiones de adquisiciones y contratación, el cumplimiento de condiciones para materializar los incentivos por terminación anticipada de las Obras de acuerdo a lo establecido en el Contrato. Asimismo, incluyen la búsqueda de soluciones de buena fe para resolver disputas de manera amigable, haciendo los mejores esfuerzos a nivel de obra y sin afectar la Fecha de Culminación. Las partes evitarán la cultura de culpar a la otra parte en favor de practicar la búsqueda de soluciones de las incidencias durante la vigencia del contrato.” (p.120)

Como se enfatiza en la cita antes transcrita, el control de las obras tanto en calidad, precio, utilidad y demás aspectos relevantes se da por la transparencia y oportunidad de la información. Esta política o filosofía de los Contratos NEC se caracteriza por un ánimo de cooperación y colaboración coadyuva a que todo esté a la vista de todos los actores involucrados a la vez. Esto se traduce en una política de libros abiertos, donde toda la información de la obra, costos, avances y demás está a la vista y disponible para la toma de decisiones por las partes.

Este principio de transparencia, como lo hemos mencionado, se nutre del enfoque colaborativo junto con el principio de colaboración que ha sido ampliamente explicado en el capítulo anterior. Esto implica, en definitiva, que todas las partes deben (i) compartir la información que sea necesaria, (ii) tomar decisiones que permitan concluir el proyecto a tiempo y (iii) tomar decisiones en favor del proyecto y no intereses particulares.

Como se explicará en el siguiente acápite, en el sistema de contratación tradicional presente en la LCE, las partes se reservaban la información relevante para la toma de decisiones, toda vez que, puesta en conocimiento de su contraparte, podría generar una ventaja para aquella, lo que en el fondo era una invitación para el incumplimiento.

2.2.3 *Early warnings* (alertas tempranas)

Otro factor que contribuye de manera significativa al éxito de los Contratos NEC es la figura de los “*early warnings*” (alertas tempranas), lo que permite ahorrar tiempos en la ejecución de un proyecto de construcción. Aquí, el Gerente de Proyecto (en representación del cliente) y el Contratista tienen la obligación de notificar de manera inmediata cualquier evento que pueda afectar al proyecto constructivo en aspectos como el tiempo, costo o calidad. La cláusula 15.1 del Contrato NEC 4 – Versión ECC regula los temas que comprenden un aviso temprano, las que, en palabras del autor Kelvin Hughes (2019), son las siguientes: (i) incremento del precio total de la obra, (ii) retraso o en la entrega final de la obra, (iii) retraso en la entrega de un hito de la obra, y, (iv) afectación de la ejecución o funcionamiento de la obra terminada. (p.64)

Así, los “*early warnings*” no buscan establecer culpables ni responsabilidades ante la ocurrencia de un problema o posible controversia, sino que buscan una pronta solución conjunta en beneficio del proyecto de construcción. No estamos ante un ámbito de aplicación de penalidades y sanciones como primaba en la LCE, que pueden traer consigo la falencia del contratista o su desinterés en continuar con la ejecución de la obra, sino ante una óptica distinta donde lo que se persigue, finalmente, es su conclusión y entrega.

Lo expuesto se traduce en la obligación que tienen, en estos contratos, tanto el Contratista Administrador como el Gerente de Proyecto de notificar a su contraparte de cualquier evento que impacte o pueda impactar en la ejecución y entrega de la obra de manera inmediata y oportuna. Cualquiera de las partes está contractualmente facultado

para solicitar que se celebre una reunión de riesgos para discutir el tema y llegar a una propuesta de solución que, más allá del establecimiento de culpas, satisfaga la continuidad y culminación del proyecto.

La obligación de notificar de manera inmediata y oportuna a la otra parte tan pronto se tome conocimiento de la existencia de un riesgo para la obra se desprende de la Cláusula 13.1 y 13.7 del Contrato NEC 4 modalidad ECC. Este procedimiento contractual comprende lo siguiente: (i) partes autorizadas para la notificación, y, (ii) oportunidad de la notificación.

Ahora bien, en relación con las partes autorizadas, solamente el Contratista y el Gerente de Proyecto están habilitados para emitir la comunicación de alerta temprana con los temas regulados en el contrato. Esta comunicación tiene que ser necesariamente por escrito y de manera separada a cualquier otro tema pendiente. La finalidad de este requerimiento individual de alerta temprana es dar notoriedad e importancia a la comunicación para evitar que ésta se incluya en largas notificaciones y pase desapercibida.

Un tema no menor también ligado con los “*early warnings*” es la distribución de riesgos para una gestión conjunta. Esto va de la mano con la configuración de las contingencias y responsabilidades de cada parte, nada distinto a los riesgos inherentes a todo contrato de construcción.

La gestión de riesgos en un proyecto constructivo se enmarca principalmente en la calidad y seguridad de la obra, la entrega del proyecto a tiempo, así como el cumplimiento del presupuesto asignado. Estos riesgos no son exclusivos de los contratos estandarizados como el NEC 4 Versión ECC, sino de todo tipo de obra de construcción.

Por otro lado, el autor Kelvin Hughes resalta que un aspecto clave dentro del modelo de contrato ECC versión NEC 4 es la presencia de directrices claras con relación a la inclusión de procedimientos claros en los contratos para su manejo, así como las posibles sanciones ante un eventual incumplimiento. Esto, no quiere decir que la filosofía del Contrato NEC 4 – ECC sea establecer sanciones, pero, es una directriz clara para las partes.

Estos remedios ante el incumplimiento de una notificación de alerta temprana se regulan en la Cláusula 61.5 y 63.7 del Contrato Estandarizado NEC 4. En este caso, la solución que ofrece la familia de contratos NEC nos parece novedosa, puesto que sanciona, por ejemplo, al Contratista con una reducción en el monto del evento compensable (en caso así proceda) ante la falta de notificación oportuna.

En suma, en el esquema tradicional, como hemos mencionado antes, el contratista trata de esconder los problemas para no afrontar las consecuencias negativas (léase, sanciones, penalidades, etc.), buscando solamente su beneficio y perjudicando la óptima ejecución de la obra, lo que no ocurre en el escenario del uso del Contrato NEC.

2.2.4. Calidad de la infraestructura y adecuación al uso

En cuanto a la calidad de la infraestructura, la lógica de los Contratos NEC, en su cuarta versión, y de la familia ECC de contratos consiste en regular la importancia de una comunicación constante entre el Supervisor de Calidad y el Contratista. En aras del principio de colaboración, ambas partes deben estar en constante coordinación y contacto directo con la finalidad de asegurar que las obras cumplan con la calidad requerida por el propietario y las especificaciones técnicas. Como hemos explicado, en la contratación pública en el ámbito de la LCE, no existían incentivos para las partes para compartir información de todo tipo en la medida que eso podría generar una ventaja de una sobre la otra.

En ese contexto, debemos indicar que la contratación NEC se ha estructurado sobre la base de principios que tienen como finalidad la concreción del propósito por el que las partes suscribieron el contrato: la entrega de una obra. Así, rige el principio de “*fitness for purpose*” (útil para el fin perseguido), que garantiza no solo que la entrega de una obra que cumpla con los más altos estándares de calidad, sino que esta obra debe cumplir con el propósito específico para el que fue contratado. Este principio no tiene que ser incluido expresamente en el contrato, más bien, se entiende que es una obligación implícita de todo contratista (salvo disposición en contrario). En resumen, el principio aquí mencionado supone que el Contratista Administrador no se limita a ejecutar la obra con el más alto estándar profesional en relación con los diseños, adquisiciones y obras, sino también que la infraestructura debe cumplir con el propósito contratado.

Adicionalmente, se aplica el principio conocido como “*reasonable skill and care*” (cuidado y diligencia razonables), que se enfoca en que la obra debe ser ejecutada de acuerdo con los estándares aceptados en la industria para esa actividad. Este aplica al esquema tradicional, donde, en líneas generales, si el Contratista ha actuado con la “diligencia debida” no se le atribuye responsabilidad por el hecho de que la obra entregada sea impropia para el fin perseguido. No se centra únicamente en el resultado obtenido, sino en la diligencia debida durante el proceso de ejecución de una determinada tarea, esto es, si la misma se ejecutó en concordancia con los estándares comunes de la industria.

Es así como la postura adoptada por los Contratos NEC en su cuarta versión para los contratos de construcción e ingeniería es, sin duda, el principio de *fit for purpose*. Así, necesariamente el Contratista Administrador a cargo del proyecto constructivo debe verificar, de manera integral, que la obra construida cumpla con el propósito deseado por el propietario de la obra. Sin embargo, una de las cláusulas secundarias – la Opción X15 – permite que esta obligación de adecuación al uso de la infraestructura y el principio de “*fit for purpose*” sea reemplazada por el “*reasonable skill and care*”.

Con el lanzamiento de la cuarta edición de los contratos NEC versión ECC se mejoró la cláusula 40, la cual se refiere al sistema de calidad que debe implementar el Contratista en la ejecución de las obras. En palabras de Nicholas Downing y otros autores (2017):

*“Under new clause 40, a quality management system is to be operated by the Contractor pursuant to a policy statement and plan which it provides to the Project Manager for acceptance. This is a welcome and positive step forward and can enhance the contractual process to help deliver the works to the requisite quality.”*³ (p.336)

Este programa de aseguramiento de la calidad de las obras debe ser aprobado por el Gerente de Proyecto en representación del propietario de la obra. La presencia de un control adecuado y permanente es imprescindible para asegurar la adecuación de uso y cumplimiento de la finalidad contratada.

Este sistema tiene dos componentes clave como (i) calidad y (ii) control, según explica el autor Hughes (2019). La calidad de la obra está referida a su adecuación al uso y no únicamente al empleo de materiales con *“prestigio”* en la industria de la construcción. Por tanto, calidad y control son las piedras angulares de un sistema de control adecuado para beneficio de ambas partes, tanto contratista como propietario de la obra. En línea con el principio *“fit for purpose”* previamente explicado, la calidad de la obra se mide en función a su adecuación al uso y en cumplimiento de las bases del proyecto, así como las especificaciones técnicas. (p.137)

³ Considerando la nueva cláusula 40, el Sistema de calidad debe ser operado por el Contratista en conjunto con una Política y un Plan que son sometidos a aprobación del Gerente de Proyecto. Esto es un paso positivo que beneficia al proceso contractual y ayuda en la entrega de obras con la calidad esperada.

Finalmente, una supervisión adecuada por parte del Supervisor del Proyecto durante la ejecución de este y luego de la entrega de la infraestructura es primordial. Este control ejercido durante la ejecución de la construcción permite la corrección de defectos de manera oportuna y no dilatar la entrega de la obra.

2.2.5 Solución de Controversias

En cuanto al mecanismo de solución de controversias en los contratos estandarizados internacionales – especialmente los Contratos NEC en su cuarta versión, estas fórmulas de resolución de disputas son incluidas en las Cláusulas W según la estructura contractual. La novedad de esta última versión de contratos de ingeniería y construcción es la tendencia a la implementación de mecanismos de prevención de controversias. Se recoge las nuevas tendencias en el entorno de la construcción como la presencia de adjudicadores, *Dispute Avoidance Board* (Comité de Prevención de Disputas), entre otros para evitar que el conflicto escale y repercuta en la ejecución de la obra de manera innecesaria.

Los autores Lama Bustinza & Becerra Naccha (2020) nos comentan que es una práctica común incluir cláusulas escalonadas para la resolución de disputas en la siguiente cita:

“Frente a lo propuesto en NEC3, creemos que los contratos NEC4 tienen una línea evolutiva clara en relación con un proceso que, en cuanto a intención, pretende evitar la controversia mediante el uso de mecanismos escalonados de solución de controversias y el método del Panel Preventivo o la intervención de los representantes, lo que evoca mayor coherencia en la implementación de un entorno en colaboración.” (p.141)

Estos mecanismos escalonados de solución de controversias son una manifestación del enfoque colaborativo que hemos expuesto en este documento. Lo que se busca es que el conflicto no escale a tal magnitud que paralice la obra, y que no genere sobrecostos innecesarios en la ejecución del proyecto. En líneas generales, la cuarta versión de los Contratos NEC busca que el conflicto no sea ventilado en un proceso arbitral por las partes sin antes haber agotado todas las instancias para arribar a una solución amistosa. A diferencia de lo que ocurre en el escenario de los contratos NEC, en la contratación pública tradicional en el marco de la LCE, la solución de controversias se ha basado en la utilización de medios de resolución de conflictos, como el arbitraje, que, lejos de buscar la continuidad de la obra, se enfocan en atender una determinada disputa que muchas veces está relacionada con la resolución del contrato y paralización de la obra.

Dicho, en otros términos, mientras que el mecanismo de resolución de disputas en la contratación tradicional no privilegia la consecución del objetivo del contrato, que es la entrega de la obra, el mecanismo del Contrato NEC busca resolver la disputa con la finalidad que la obra continúe.

Un mecanismo ampliamente aceptado y en boga en el sector construcción es la Junta de Resolución de Disputas. En esta solución preventiva de resolución de disputas, los miembros que integran esta junta se involucran de manera temprana en la ejecución del proyecto, con la finalidad de involucrarse de manera permanente -en algunos casos – del desarrollo de la obra y así obtener una cercanía con todas las partes. Es decir, se propicia este involucramiento temprano en el entendido que el beneficio es mayor para todas las partes, en tanto que los integrantes de la Junta de Resolución de Disputas conocen el proyecto desde el inicio y pueden plantear una solución aceptada por todas las partes.

Sin embargo, para que este mecanismo realmente funcione, no deber ser visto como una mera exigencia de un entorno colaborativo y para cumplir con los estándares requeridos, sino que debe existir una cultura de colaboración entre todas las partes y la convicción que la mejor forma de solucionar cualquier controversia en la ejecución de una obra son los mecanismos preventivos. Se debe establecer que, la opinión de la Junta de Resolución de Disputas es vinculante para las partes y no meramente una recomendación.

2.3. Experiencia del empleo de los Contratos NEC en el Perú

Un ejemplo que demuestra las ventajas que pueden obtenerse del empleo de los Contratos NEC se encuentra en la selección de éstos para la ejecución de las obras críticas relacionadas con los Juegos Panamericanos. Ante el retraso de más de dieciocho meses en la ejecución de las obras utilizando la contratación tradicional, el gobierno se vio en la necesidad de explorar otros mecanismos para culminar a tiempo con la provisión de la infraestructura.

Como respuesta a la deficiente gestión de las obras públicas y la reducción de la brecha a través de la contratación de obras públicas y los mecanismos tradicionales de contratación, el Estado Peruano adoptó como solución el uso de los Contratos NEC para el caso de los Juegos Panamericanos en nuestro país. Esta experiencia comparada permitirá explicar el beneficio del uso de estos contratos estandarizados en el Perú.

En el caso peruano, el uso de Contratos NEC como contratos estandarizados de construcción para dinamizar las obras de infraestructura pública y el sector construcción cobró relevancia con los XVIII Juegos Panamericanos y los Sextos Juegos Parapanamericanos en el año 2019, eventos deportivos de gran relevancia llevados a cabo en el año 2019. Para dichos efectos, el Estado Peruano suscribió un acuerdo marco o de entendimiento con el Gobierno del Reino Unido - Acuerdo de Gobierno a Gobierno – con la finalidad de brindar una asistencia integral que incluía, entre otros, la selección de

proveedores de bienes, servicios y obras, por medio de un Agente de Procura con la implementación de unos procedimientos especiales de contratación.

La contratación del Reino Unido como aliado para la ejecución de la infraestructura necesaria para el evento se propuso por su amplia experiencia en este tipo de proyectos y manejo de ejecución de obras de infraestructura de manera eficiente. El Reino Unido priorizó en este caso, la recuperación del tiempo perdido antes de emplear este mecanismo, lo que permitió poner especial énfasis al cronograma de ejecución de la infraestructura crítica con el adecuado mecanismo de incentivos a los contratistas.

En palabras del director de proyectos de Mace (una de las empresas contratadas por el Reino Unido para la ejecución de la infraestructura de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos), Frank Randles en la publicación sobre los Juegos Panamericanos (2019), opina que los mecanismos tradicionales de contratación en el Perú no hubiesen permitido la entrega de los proyectos a tiempo. Esto, en los siguientes términos:

“Cuando nos asignaron el proyecto por primera vez, rápidamente quedó claro que el método peruano para las adquisiciones no cumpliría con los requisitos necesarios para un evento deportivo internacional en los plazos disponibles. Necesitábamos ser innovadores para satisfacer las necesidades del proyecto y, al mismo tiempo, abordar los problemas históricos relacionados con la falta de transparencia en el sector público peruano, garantizar las mejores prácticas internacionales y aprovechar las capacidades del mercado peruano”.

Para llevar a cabo este proyecto, mediante Decreto Supremo No. 002-2015-MINEDU se creó el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los Juegos XVIII Juegos Panamericanos del 2019, como una Unidad Ejecutora bajo el ámbito del Ministerio de Educación. Cabe precisar que no todas las obras ejecutadas en los Juegos Panamericanos se ejecutaron con el uso de Contratos NEC, sino solamente las principales, como (i) la Villa Deportiva Nacional – Videna, (ii) la Villa Panamericana, (iii) el Complejo Deportivo Andrés Bello Cáceres - Villa María del Triunfo, (iv) el Polideportivo de Gimnasia, la Villa Deportiva Regional del Callao y (v) el Estadio de San Marcos.

Para hacer posible la construcción de las obras de los Juegos Panamericanos, se emitió una serie de normas particulares que excluían a estas obras del ámbito de aplicación de la contratación estatal, entre ellas, el Decreto Legislativo No. 1248 y el Decreto Legislativo No. 1335, mediante los cuales se autorizó al Estado Peruano a suscribir convenios de administración con organismos internacionales, así como emplear la modalidad de contratación de Estado a Estado.

La familia de contratos NEC utilizada para los Juegos Panamericanos fue el modelo ECC versión 3 – Opción F. Este modelo correspondió al contrato de gestión que era adecuado para sacar adelante este proyecto, ya que incluyó una estrategia global que abarcaba la gestión de riesgos, selección de contratistas, procura de los materiales, así como la conformación de trabajos de grupo para implementar las mejores prácticas de gestión a nivel internacional.

El modelo NEC 3 utilizado en los Juegos Panamericanos, particularmente el NEC 3 ECC – Opción F consistía, como ya hemos explicado líneas arriba esta opción de pago y procura, en un contrato de gestión por el cliente. En alianza con el gobierno del Reino Unido, permitió que se alcancen los objetivos propuestos para la provisión de infraestructura necesaria para ese evento. Las principales características que llevaron al éxito de este proyecto y sus lecciones aprendidas son las siguientes:

- a) El cliente, es decir, el Proyecto Especial para la Preparación de los Juegos Panamericanos mantuvo el control sobre el diseño y la ejecución, contratando de manera directa a los proveedores.
- b) Designación de un Project Manager para la gestión contractual en campo y poder emitir instrucciones, así como encargarse de los eventos compensables.
- c) Entorno colaborativo entre las partes y no una posición antagónica entre ambas, promoviendo la solución conjunta de problemas de manera temprana.

Así pues, en líneas generales, estas características aplicadas en un entorno colaborativo entre las partes y una gestión eficiente en la ejecución de las obras, trajo consigo una serie de ventajas como: (i) entrega a tiempo de las principales obras requeridas en los Juegos Panamericanos, (ii) gestión adecuada de los conflictos entre las partes evitando contratiempos y perjudicar la ejecución de las obras, (iii) gestión transparente en el manejo de la información que ayudó a un seguimiento por parte de las entidades correspondientes (iv) uso del denominado “programa vivo” que permitió la gestión dinámica del cronograma según el avance de obra, sin incurrir en modificaciones al contrato original y generar retrasos innecesarios, y, (v) transferencia de conocimientos técnicos a funcionarios públicos que participaron en la ejecución de este proyecto.

Medina Flores (2020) resalta de manera precisa las lecciones aprendidas del uso de estos contratos estándar en los Juegos Panamericanos, en los siguientes términos:

“...podemos señalar que en los Juegos Panamericanos se emplearon bonificaciones o incentivos a los contratistas administradores, en la medida que si estos superabas algunos índices de desempeño (como la generación de ahorro al proyecto respecto del precio pactado), recibirían una retribución económica por parte de la Entidad. Sin embargo, esta posibilidad de otorgar incentivos o bonificaciones no se encuentra prevista en la normativa de contrataciones del Estado, pues esta se centra más en penalizar o sancionar al contratista.” (p.137)

En suma, con el uso de los Contratos NEC para la ejecución de las obras de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos se consiguió revertir la demora acumulada, la selección adecuada de proveedores con experiencia no solamente a nivel nacional sino internacional que comulguen con las mejores prácticas en el sector, y, se propició un modelo colaborativo totalmente novedoso en nuestro país, que logró que los intereses del contratante y los contratistas estuvieran alineados al objetivo de culminar la obra a tiempo.

Si bien es cierto que los Juegos Panamericanos constituyeron un proyecto emblemático en el Perú con el uso de los Contratos NEC, existen otros ejemplos relevantes que debemos mencionar. Los Contratos NEC han sido utilizados también en el programa para la Reconstrucción con Cambios con la finalidad de ejecutar las obras necesarias para hacer frente al Fenómeno El Niño Costero, entidad pública creada en el año 2017. Dicha entidad también empleó el modelo NEC 3 ECC y otros de la misma gama para ejecutar obras de infraestructura educativa, sanitaria e hidráulica en las regiones afectadas. Se optó por esta modalidad por las ventajas que trae consigo estos contratos estandarizados.

Otro ejemplo sobre la aplicación de los contratos NEC en el Perú, en este caso en su cuarta versión son las Escuelas Bicentenario. Se utilizó el modelo ECC combinado con distintas modalidades de pago y procura para el éxito del proyecto. El uso de estos contratos de construcción estandarizados para la provisión de infraestructura pública educativa en nuestro país supone un avance en la ejecución de proyectos de gran envergadura.

2.4 Condiciones a tomar en cuenta para el empleo de los Contratos NEC en el Perú

A la fecha, es cierto que los Contratos NEC están siendo utilizados por diversas entidades públicas más allá del sector privado para la ejecución de proyectos de gran envergadura en el sector construcción. Sin embargo, su uso en nuestro país no está exento de problemas o contratiempos pese a los beneficios que hemos descrito en este capítulo.

En líneas generales, hemos identificado dos (02) aspectos en los cuales se tendría que mejorar la forma de implementar los Contratos NEC en todas sus versiones y ediciones. Estas son: (i) la adecuación de las disposiciones del contrato al *civil law*, y, (ii) la no obligatoriedad del uso de estos modelos contractuales estandarizados para las obras de construcción de gran envergadura.

1. Adecuación de las disposiciones del Contrato NEC al *civil law*:

Como ya lo hemos advertido, el modelo de Contrato NEC ha sido creado por Ingenieros en el Reino Unido, en un entorno de *common law*, basado principalmente en la buena fe y equidad. Así pues, siendo que en nuestro país rige el sistema del *civil law*, no necesariamente todos los términos y prácticas del derecho anglosajón tienen una correlación exacta.

Existen algunos términos y conceptos que no tienen una correlación exacta con el *civil law* o que pueden generar una confusión en el ordenamiento jurídico peruano, como los que disponen una preasignación de riesgos que no admite pacto en contrario, sin considerar la consecución del objetivo final por el que se celebró el contrato y la adecuada compensación de las partes.

Otro ejemplo claro de ello es por ejemplo los eventos compensables. En la terminología de los contratos NEC, dan lugar a la modificación del precio o plazo pactado en el contrato sin que necesariamente se configure un evento de incumplimiento. Por el contrario, en el civil law, en la mayoría de los casos, las modificaciones como aquellas suelen derivarse de un incumplimiento contractual por alguna de las partes.

También existe una discrepancia sobre la figura del Project Manager o administrador, toda vez que en el civil law, este rol no cuenta con las facultades que se le otorga en el marco del Contrato NEC. Es decir, en este último caso, dicho actor tiene la posibilidad de administrar, evaluar y tomar decisiones en torno a la ejecución contractual.

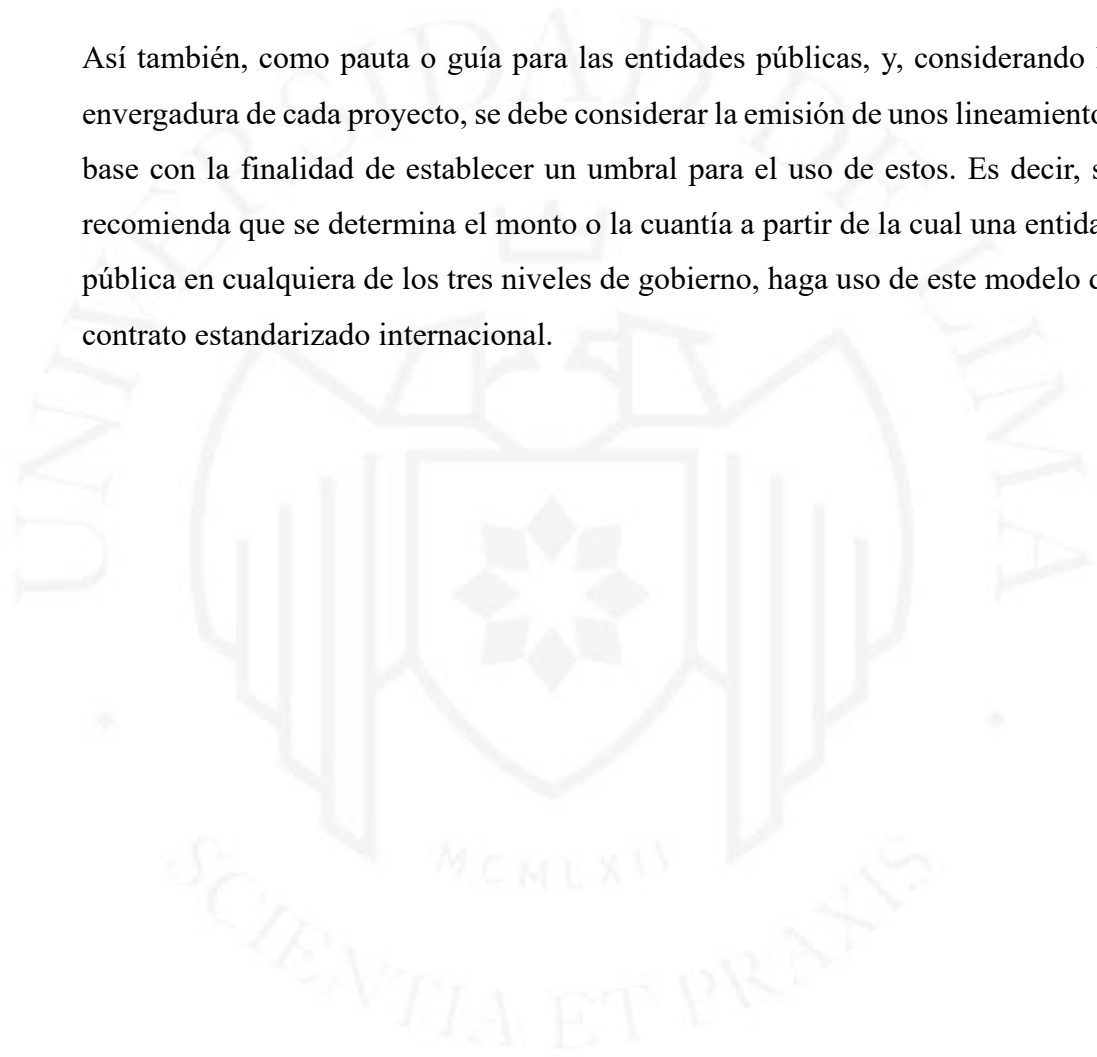
Ante ello, lo más salomónico y saludable es que se apruebe un modelo estandarizado de Contrato NEC de uso local que incluya las modificaciones necesarias a su texto de modo que no colisione con normas imperativas o de orden público, y se prescinda de conceptos que no son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico.

2. No obligatoriedad de su uso por las entidades públicas:

Como hemos expuesto a lo largo del presente trabajo, el uso de los Contratos NEC en todas sus versiones y ediciones no es un mandato obligatorio por parte de las entidades públicas. En ese sentido, no existe un grado de uniformidad al momento de contratar la ejecución de obras públicas, dada la discrecionalidad de cada entidad y según la necesidad del momento. Cada entidad pública que requiere la contratación de infraestructura pública tiene la libertad de elegir el esquema según su criterio.

Sin embargo, cuestionamos esta disparidad de criterios utilizados para la contratación de obras, ya que consideramos que el camino para impulsar el cierre de brecha de infraestructura es la uniformidad en la contratación. Cuando se uniformizan los criterios en la forma de contratar las obras públicas, existen reglas claras no solo para el inversionista sino también para los funcionarios. Esta predictibilidad es positiva hacia el camino de dinamizar las obras de construcción.

Así también, como pauta o guía para las entidades públicas, y, considerando la envergadura de cada proyecto, se debe considerar la emisión de unos lineamientos base con la finalidad de establecer un umbral para el uso de estos. Es decir, se recomienda que se determina el monto o la cuantía a partir de la cual una entidad pública en cualquiera de los tres niveles de gobierno, haga uso de este modelo de contrato estandarizado internacional.



CAPÍTULO III: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Lecciones aprendidas y actualización normativa

Como resultado del análisis realizado en esta investigación, se evidencia que los mecanismos tradicionales de contratación de obras públicas no han sido instrumentos idóneos para lograr el cierre de la brecha de infraestructura, en vista de que no contemplan incentivos que hagan óptimo el cumplimiento del contrato que su incumplimiento. Antes bien, como ya se ha explicado anteriormente, las reglas previstas en esos contratos tradicionales incentivan un juego de contraposición de intereses y la ausencia de colaboración para evitar el incremento de los costos estimados de ejecución para una y otra parte.

A partir de la experiencia de la ejecución – satisfactoria y rápida – de las obras de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos, es evidente que el empleo de modelos contractuales colaborativos en los que las partes tengan el interés de compartir información y esfuerzos para concluir la obra es significativamente mejor que modelos, como el tradicional, que crean incentivos para disputas e incumplimientos.

Una de las razones principales de las que se infiere esta conclusión se encuentra en el contenido del Reporte de Obras Paralizadas emitido por la Contraloría General de la República, cuyas cifras han sido expuestas en acápite anteriores. Se ha explicado que el sistema de contratación público equipara a la obra con la compra pública, lo cual pierde de vista la real implicancia de esto. Así, resulta imprescindible el uso de técnicas de contratación más modernas para resolver la referida crisis.

A lo largo de los últimos años, y a raíz de la celebración de los Juegos Panamericanos, mucho se ha discutido sobre la pertinencia o no de incluir un modelo contractual estandarizado en la normativa sobre contratación pública y su aplicación en el sector infraestructura en nuestro país. Sin embargo, su acogida en el Perú en proyectos que fueron especialmente excluidos del ámbito de las normas generales de contratación pública demuestra que el empleo de aquel modelo es pieza clave para empezar una nueva

etapa en el cierre de la brecha de infraestructura. Es preciso dejar en claro que el uso de Contratos NEC – en particular la modalidad ECC – no es inequívocamente la única solución al congestionado mundo de la construcción peruana. Cabe aclarar, además, que el solo hecho de incluir esta modalidad en la normativa sobre la materia no es la solución por sí sola.

Como propuesta para ayudar en el cierre de brecha de infraestructura, se ha incorporado de manera expresa una habilitación, en la LGCP, para el uso de los Contratos NEC en obras de infraestructura pública. Lo cierto es que, más allá de un modelo contractual, dichos contratos son una herramienta de contratación que prioriza la ejecución de la obra y la cooperación entre ambas partes. Son, en definitiva, una herramienta útil para utilizar y perfilar su uso en la contratación de obras públicas, con algunos matices particulares de nuestro ordenamiento jurídico.

Efectivamente, la LGCP incluye en su artículo 59 la definición de lo que debe entenderse por contratos estándares de construcción, así como otros aspectos clave sobre la regulación de estos. Dicho artículo dispone que:

Artículo 59. Contratos estandarizados

“59.1. Los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional son modelos contractuales creados por organizaciones internacionales del sector de construcción, reconocidos como tales por la DGA mediante resolución directoral.

59.2. Para el caso de consultoría de obras, ejecución de obras y gestión de instalaciones, las entidades contratantes pueden utilizar contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, siempre que así lo determine la estrategia de contratación. La ejecución de estos contratos se somete a control gubernamental simultáneo y posterior a cargo de la Contraloría General de la República y demás órganos del Sistema Nacional de Control.

59.3. La ejecución contractual de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional se rigen por lo dispuesto en los propios contratos y conforme a las disposiciones de la ley y su reglamento.

59.4. Cuando los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional establezcan que el incumplimiento del plazo para presentar reclamaciones sobre el plazo y el monto del contrato es sancionado con la pérdida del derecho a modificarlos o con el no reconocimiento de la reclamación, el referido plazo es considerado como uno de caducidad.” (Ministerio de Economía y Finanzas, 2024, Artículo 59).

Como se aprecia, se ha incorporado de modo genérico el uso de contratos estandarizados como los NEC. La definición plasmada en la normativa pone en evidencia que el legislador ha considerado oportuno incluir esta fórmula o herramienta para las obras de ingeniería y construcción de manera explícita en la LGCP. Con la entrada en vigor de la LGCP se ha puesto de manifiesto que los contratos estandarizados, y, entre ellos, los Contratos NEC son contratos flexibles que regulan las relaciones entre las partes y no son incompatibles con la normativa peruana. Empero, como analizaremos líneas abajo, todavía existen ámbitos de la nueva normativa y su reglamento que se pueden perfilar para adaptar la norma y el contrato a la realidad peruana.

Por su parte, el artículo 217 del RLGCP amplía y delimita el marco teórico de los contratos estandarizados en relación con su uso, alcance y capacidad de adaptación o adecuación del texto a cada caso en particular. Refiere, en términos sustancialmente iguales que la LGCP, que, estos contratos son modelos predefinidos que – de manera excepcional – pueden adecuarse para precisar conceptos o aspectos de índole técnica.

Por otro lado, se ha permitido que cada entidad realice las modificaciones necesarias para adecuar los contratos estandarizados cada vez que se utiliza el mismo, se corre el riesgo de desnaturalizar la filosofía de este contrato y sus beneficios. El artículo 218 del RLGCP preocupa cuando dispone que los contratos estandarizados se rigen por el contenido de este, la ley y el reglamento y de manera supletoria por el Código Civil, sin tomar en cuenta que estos contratos podrían colisionar con las normas internas al ser elaboradas bajo estándares del *common law*.

Desde nuestra perspectiva, los Contratos NEC deben ser el mecanismo de ejecución de obras públicas por excelencia según la envergadura y/o complejidad de la obra y no solamente una modalidad más. Se debe concebir este modelo de contrato estandarizado como una guía estándar que uniformice la provisión de obras de infraestructura de manera global aplicando las buenas prácticas, los usos y costumbres en los contratos ECC en la industria.

Queda claro entonces que, como el legislador ha adelantado en la LGCP, los Contratos NEC son compatibles con la normativa sobre contratación pública, y, por ello, han sido incluidos en dicha norma. Si bien es cierto que se ha incluido el uso de contratos estandarizados en la LGCP de manera general, aún existen puntos oscuros que dificultan su uso en la realidad peruana. Sin duda, constituye un avance legislativo que tanto en la LGCP y el RLGCP se incorpore de manera explícita una habilitación legal para su uso en el Perú por parte de los tres niveles de gobierno con énfasis en ejecución de obras tipo EPC y ECC. Sin embargo, la normativa aprobada no establece criterios inequívocos o lineamientos para determinar cuándo debe utilizarse un contrato estandarizado como los Contratos NEC para la ejecución de una obra pública.

3.2 Lineamientos para la aplicación de Contratos NEC en el Perú

En relación con los criterios que deben guiar a los operadores públicos para elegir ante qué caso se debe recurrir al uso de contratos estandarizados de ingeniería y construcción el artículo 49.3 de la LGCP regula que:

“Tratándose de obras y consultoría de obras, cuya complejidad técnica haya sido determinada por el área usuaria o por el área técnica estratégica, la propuesta de estrategia de contratación incluye, adicionalmente, el análisis comparativo para la elección del sistema de entrega de la obra, la evaluación del uso de un contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional, la valoración del empleo de metodologías de trabajo colaborativo para la gestión de la información de una inversión pública (Building Information Modeling, BIM), en caso se proponga su utilización, y la consideración de que dicho contrato establezca incentivos a cambio de beneficios de naturaleza técnica, económica y de plazo para la entidad y la obra, entre otros.” (Ministerio de Economía y Finanzas, 2024, Artículo 49).

El legislador ha querido incorporar el uso de los contratos estandarizados de construcción e ingeniería en los tres niveles de gobierno. Sin duda, esto es un avance. Sin embargo, se plantean innumerables desafíos para su uso de manera adecuada. Para superar dichos desafíos, consideramos necesario que la DGA emita unos lineamientos claros a partir de los cuáles deba decidirse su uso por parte de una entidad. Según la redacción actual de la norma, queda a libre elección de cada entidad decidir si debe incorporar en su plan de contratación los contratos estandarizados como mecanismo para ejecución de obras públicas, sin que se definan parámetros mínimos que orienten la actuación de las entidades para la elección de uno u otro modelo de contratación.

Analizando de manera detenida el artículo transcrito, el único lineamiento que se aprecia es que se utiliza en el caso de obras y consultoría de obras para casos de complejidad técnica. Ahora, ¿qué se entiende por complejidad técnica? Ni la LGCP y ni su reglamento han determinado ni definido qué debe entenderse como una obra de complejidad técnica. No existe unos criterios de elegibilidad que determinen un umbral para su uso, es decir, criterios uniformes que ayuden a concluir la pertinencia de utilizar los Contratos NEC para una obra pública. Tampoco se ha incluido en el reglamento los criterios que debe tomarse en cuenta por cada entidad para su incorporación en la estrategia de contratación ni una evaluación integral de sus ventajas en una determinada obra en comparación con el resto de las modalidades de contratación o mecanismos.

Esta problemática sería solucionada con la emisión de una directiva o lineamientos transparentes por parte del ente rector en contrataciones públicas. Estos lineamientos deben estar orientados a establecer los criterios de elegibilidad para determinar cuándo una obra califica como de complejidad técnica que permita analizar si se utiliza o no un contrato estandarizado de construcción.

Adicionalmente, el artículo 59.2 de la LGCP transcrito previamente otorga una facultad discrecional a las entidades públicas cuando menciona en su texto que:

*“59.2. Para el caso de consultoría de obras, ejecución de obras y gestión de instalaciones, las entidades contratantes **pueden** utilizar contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, siempre que así lo determine la estrategia de contratación (...)” (Énfasis agregado). (Ministerio de Economía y Finanzas, 2024, Artículo 59).*

Como podemos observar, la problemática puesta en evidencia en los párrafos anteriores sobre los criterios de elegibilidad transparentes para el uso de contratos estandarizados de construcción se agrava. Ahora, no solamente la LGCP ha omitido definir lo que se entiende por complejidad técnica, sino que, además, ha permitido que su uso por las entidades públicas sea facultativo. Esto genera inseguridad jurídica y poca previsibilidad para los postores especializados y para el Estado y los ciudadanos (como beneficiarios finales de la ejecución de las obras), porque depende del "*criterio*" de cada entidad para incluirlo en su plan de contratación. Si no se incluye en el plan, no se puede utilizar los contratos estandarizados y hacer uso de los beneficios que los mismos traen como una técnica de gestión moderna.

Para la aplicación de los Contratos NEC en la contratación pública en nuestro país, la predictibilidad en su uso y el hecho de establecer reglas homogéneas para su implementación por parte de las entidades públicas al momento de usarlo es un aspecto inequívoco. Proponemos que en una modificación legislativa sobre la materia se aborde el tema de la unificación de los regímenes de contratación estatal de forma clara y concisa. Es decir, que se establezca una disposición sobre el uso cuasi obligatorio y como primera opción de los Contratos NEC en las obras de ingeniería y construcción, de modo que exista uniformidad en la contratación de dichas obras.

Ahora bien, habiendo expuesto como resultado de investigación la necesidad de utilizar los Contratos NEC de manera extendida y preferida como mecanismo de contratación para obras públicas, es necesario revisar la adaptación o tropicalización de instituciones creadas fuera del sistema de derecho civil. El Contrato NEC, como ya lo hemos expuesto, ha sido creado en el Reino Unido, rigiendo en dicho país el sistema del *common law*.

En el contexto peruano, el fin de búsqueda de la equidad sobre la que se estructura el *common law* se asemeja al principio de buena fe o cooperación entre las partes del derecho civil. Así, la cooperación contemplada en la Cláusula 10.2 de los Contratos NEC como una obligación esencial se asemeja al principio de buena fe que rige todo el ordenamiento jurídico. Por su parte, la normativa de la LGCP incorpora de manera transversal el principio de colaboración al contemplar que ambos deben coordinar y prestar ayuda mutua para la consecución de la finalidad pública.

Con la finalidad de adaptar el modelo de Contrato NEC en su cuarta versión y especialmente la familia ECC, nuestra propuesta de implementación consiste en adaptar aquellos aspectos que no conversan con la realidad o requieren algún perfilamiento adicional como el alcance real de la buena fe y la cooperación entre las partes. Esto se realiza a través de la utilización de las denominadas Cláusulas Z, que son cláusulas “*adicionales*” en los Contratos NEC que permiten a las partes incluir obligaciones específicas o adecuaciones al proyecto requeridos por la normativa del país. Sin embargo, esta cláusula no debe ser utilizada de manera excesiva, pues ello puede generar el riesgo que se desnaturalice la esencia misma de estos modelos estandarizados y la gestión del riesgo, al tornar algunas de las inclusiones en reglas contradictorias con las que no fueron objeto de modificación en el contrato.

Para complementar esta propuesta y dotarlo de mayor predictibilidad, y, siendo que ya se cuenta con una traducción oficial al español del Contrato NEC ECC en su cuarta versión, es preciso que se revise dicho modelo y se adapte a la realidad peruana con la ayuda del Colegio de Ingenieros y el OECE. Esta opción permitiría una mayor predictibilidad para los actores en el mercado toda vez que no se deja a libre albedrío la modificación de las cláusulas del Contrato NEC original a cada entidad que incluya esta modalidad en su estrategia de contratación.

En este punto, es importante recalcar que dicho modelo no debe ser ajustado por cada entidad, sino que un único modelo de contrato estandarizado, creado como plan piloto por la DGA, debe ser el lugar de inicio para esta nueva etapa. Esto, en vista de que no se ha incluido en la nueva normativa los criterios que deben considerarse por cada entidad para su incorporación en la estrategia de contratación ni una evaluación integral de sus ventajas en una determinada obra vs el resto de las modalidades de contratación o mecanismos. Esta opción permitiría que los actores involucrados en la ejecución de estos proyectos conozcan de antemano las reglas de juego aplicable al proyecto, y, que, el modelo contractual inspirado en un contrato estandarizado contará con un grado de tecnicismo adecuado y recoge la realidad peruana.

La propuesta del presente trabajo de introducir en la legislación peruana el Contrato NEC, cuyo uso ha sido recogido parcialmente en la LGCP, requiere de una reforma integral al sistema de contratación pública. La LCE, como lo hemos expuesto, no contemplaba de manera específica el uso de estos mecanismos estándares. Este primer avance debe ir acompañado de un entendimiento del tema por parte de los órganos de control, de los órganos de fiscalización del Congreso de la República, y como los encargados de la toma de decisiones; todo lo que se resume en un cambio de filosofía sobre la forma de gestionar obras públicas.

La forma de compatibilizar esto es a través de un lineamiento que debe ser emitido por el OECE para complementar lo que ni la LGCP ni su reglamento puedan concretizar. Esto puede ser superado con la directiva que debe emitir la DGA del Ministerio de Economía y Finanzas homologando el contrato estandarizado para su uso en el mercado nacional. De la misma manera, el artículo 221 del RLGCP precisa, en términos sustancialmente iguales que la LGCP, que el contrato estandarizado debe ser previamente homologado por la DGA.

Aquí, lo recomendable en esta primera etapa de introducción formal de los contratos estandarizados es que dicha entidad reduzca el abanico de posibilidades para cualquier contrato estandarizado e instruya que las entidades deben utilizar la familia de Contratos NEC. Esto, considerando que en el Perú se cuenta con lecciones aprendidas en su uso luego de los distintos proyectos implementados a la fecha. Con base en dicha experiencia, y en las lecciones aprendidas es que se sugiere que se elabore un modelo único que permita predictibilidad y seguridad jurídica en los actores involucrados en la ejecución de una obra pública.

Si el legislador pretende que se apruebe cada familia con sus variantes, o los distintos tipos de contratos estandarizados que existen a nivel mundial, las trabas son aún más grandes. Esto, dado el tiempo que se tendría que invertir en analizar cada una de las modalidades y cuál es la más conveniente en cada etapa. Lo que sugerimos es que de manera uniforme en una primera etapa o “plan piloto” según la propia redacción de la LGCP, se utilice únicamente el Contrato NEC con las modificaciones pertinentes.

Aunado a ello, para que las propuestas descritas en este acápite funcionen, es importante la flexibilidad que debe primar en la toma de decisiones por parte de los funcionarios públicos alrededor de este modelo de contrato estandarizado. Principalmente, y, es lo que debemos extraer como una buena práctica e implantar en la contratación pública en nuestro país, es la agilidad para la toma de decisiones y el dinamismo que la “teoría” o el contrato como una realidad inamovible se adapta a la ejecución y cambios constantes en las obras.

Naturalmente, para estar acorde al dinamismo de cualquier contrato de ingeniería y construcción, debe existir una habilitación legal a favor de los funcionarios encargados de estas obras para enmarcar sus decisiones dentro del interés público y beneficio de la obra. Este punto que parece sencillo implica una modificación normativa para ampliar el principio de legalidad o las potestades legales otorgadas a los funcionarios públicos encargados de la toma de decisión en el marco de la ejecución de una obra pública.

Con esto no se busca que se adopten decisiones en base a la arbitrariedad y se elimine la rendición de cuentas, pero, se requiere una reforma en tanto que muchas de las decisiones para la eficiencia de estas obras se toman en campo, y, no se puede esperar transitar por un procedimiento engorroso de aprobaciones en detrimento de la obra.

Dicho ello, el cambio cultural que debe ocurrir no solamente es a nivel de los funcionarios públicos sino también la Contraloría General de la República con la finalidad de funcionar como un componedor ante la identificación de problemas en la ejecución de una obra pública y no propiciar un ambiente sancionador.

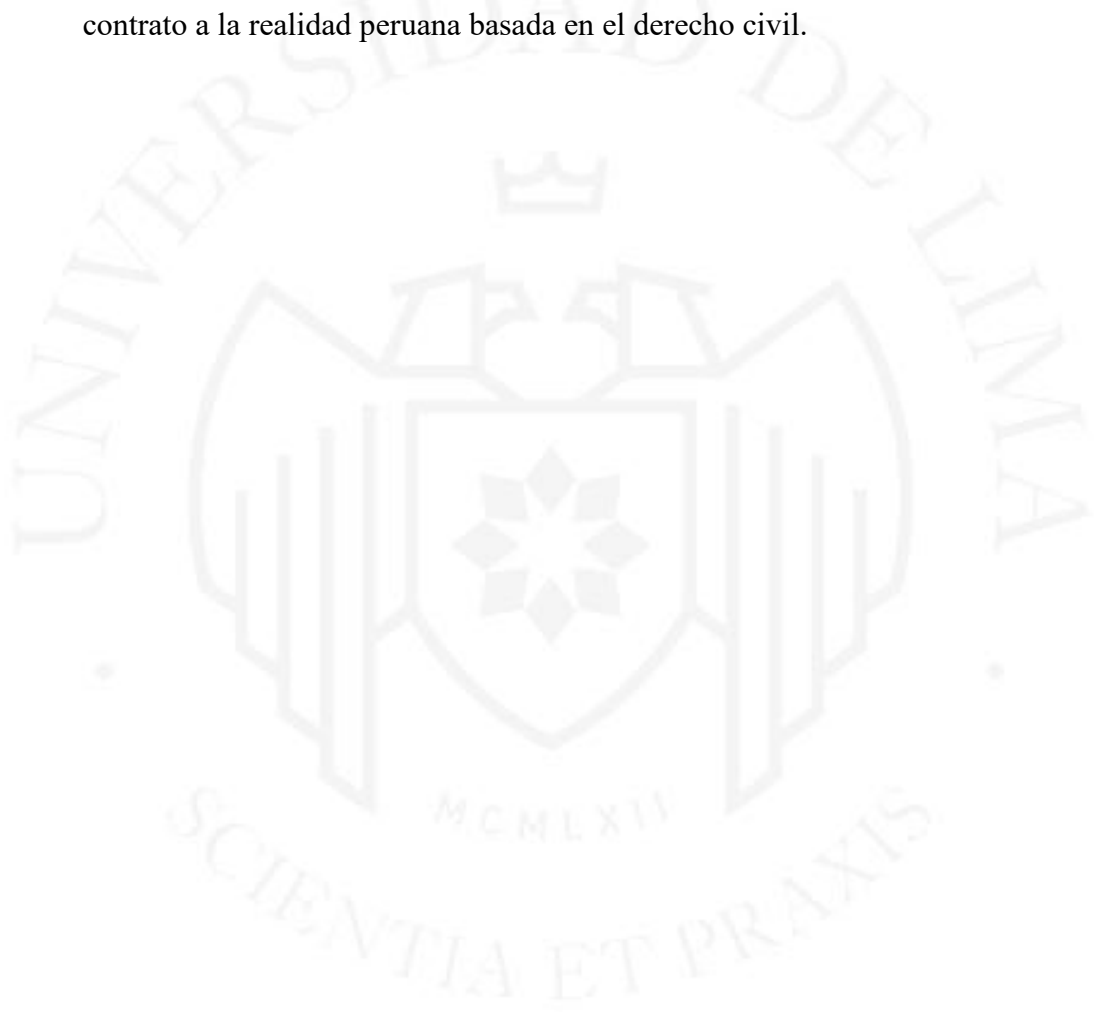


CONCLUSIONES

1. El esquema de contratación tradicional no ha funcionado para el cierre de la brecha de infraestructura en el Perú. En este esquema de contratación tradicional, se encontraba arraigado la pugna antagónica entre contratista y Estado que impedía el adecuado desarrollo y ejecución de las obras públicas, lo que ha traído consigo infinidad de disputas entre el Estado y los contratistas y, cómo no, un sinfín de obras paralizadas.
2. Los Contratos NEC por sus características y flexibilidad en base a un ambiente de colaboración son propicios para emplear como mecanismo de contratación de obras públicas que contribuyen a cerrar la brecha de infraestructura en nuestro país.
3. El uso de los Contratos NEC en la contratación pública está permitido al contar con una habilitación expresa en la normativa. Es decir, el Estado cuenta con un mandato expreso que le permite utilizar los Contratos NEC para la contratación de obras públicas.
4. La nueva ley sobre contratación pública en el Perú ha incluido a los Contratos NEC en la norma, pero no es suficiente. La normativa debe perfeccionarse para incluir los criterios que permitan dilucidar cuándo se debe utilizar este tipo de contratos en base a la complejidad técnica de la obra, así como adecuar su uso a la realidad peruana.
5. Los Contratos NEC como mecanismo de contratación son parte de una solución que permite la ejecución, de modo satisfactorio y eficiente, de un proyecto de inversión pública, la cual debe ser sistemática e integral. Para su óptimo empleo, se debe contar con un marco normativo claro y novedoso, que incorpore técnicas colaborativas y disposiciones adaptadas a la realidad peruana con una regulación eficiente.

RECOMENDACIONES

1. Con la finalidad de hacer óptimo y compatible el uso de los Contratos NEC en el Perú, se requiere de una modificación a la norma que incorpore criterios de elegibilidad transparentes sobre cuándo utilizar este contrato estandarizado, así como una adaptación de las reglas del common law que rige la estructura del contrato a la realidad peruana basada en el derecho civil.



REFERENCIAS

1. Aguirre, J., Bonifaz, J. L., Quequezana, P., & Urrunaga, R. (2020). *Brecha de infraestructura en el Perú: Estimación de la brecha de infraestructura de largo plazo 2019–2038*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/es/brecha-de-infraestructura-en-el-peru-estimacion-de-la-brecha-de-infraestructura-de-largo-plazo-2019>
2. Ames Peralta, L. E. (2023). *Los Contratos NEC, una nueva era*. Círculo de Arbitraje con el Estado. <https://www.caeperu.com/columnistas/luis-enrique-ames/los-contratos-NEC-una-nueva-era.html>
3. Sin Editor. (2024, marzo 17). *Billones del Estado en Contratos NEC ¿Qué cosa son?* <https://sineditor.com/page/8/?p=qiewpedyhght>
4. Caballero Palacios, D. (2018). *Lo naturaleza jurídica del contrato de obra pública. Lo que la ley no dice*. Círculo de Arbitraje con el Estado. <https://www.caeperu.com/miembros-cae/daniel-caballero-palacios/pdf/la-naturaleza-juridica-del-contrato-de-obra-publica-lo-que-la-ley-no-dice.pdf>
5. Campos Medina, A., & Bedoya Aranda, N. (2020). Hacia la administración contractual colaborativa en la obra pública en el Perú: propuestas de aplicación. *Derecho & Sociedad*, (55), 163–174. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23240>
6. Contraloría General de la República. (2025). *Reporte de obras paralizadas en el territorio nacional a marzo de 2025*. <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/informes-publicaciones/6792710-informe-de-obras-paralizadas-en-el-territorio-nacional-a-marzo-2025>
7. Downing, N., Nitek, D., & Mendelblat, M. (2017). NEC 4 – Still at the edge of collaborative contracting. *International Construction Law Review*, 34, 329–348.
8. Franco Regio, E. (2020). La incorporación de procesos colaborativos en el contrato para lograr proyectos de construcción de alto desempeño. *Derecho & Sociedad*, (55), 175–195. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23241>

9. Gutiérrez, A. (2024). Los contratos estándar y colaborativos. El caso NEC. *Informe Económico de la Construcción*, (78), 60–69.
10. Hughes, K. (2019). *Understanding the NEC 4 ECC contract: A practical handbook*. Routledge.
11. Lama Bustinza, J. A., & Becerra Naccha, I. D. (2020). Mecanismos multi-tier y el dispute avoidance en el entorno colaborativo de los contratos New Engineering Contract 4 (NEC 4). *Derecho & Sociedad*, (55), 125–144. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23238/22227>
12. 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://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/21273>
13. Medina Flores, J. C. (2020). Contratación pública y la experiencia de los Juegos Panamericanos. El modelo de gestión que promueve el gobierno. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 113–142. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22859>
14. Morón Urbina, J. C., & Aguilera Becerril, Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal* (1ª ed., 3ª reimpresión). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
15. NEC Contract. (2019). *Sede para los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos (2017–2019)*. <https://www.neccontract.com/es-pe/proyectos/sedes-para-los-juegos-panamericanos-y-parapanamericanos-lima-2019>
16. Villafranqui Rivera, G. (2020). El desarrollo de infraestructura pública y los acuerdos de Estado a Estado: Alcances y oportunidades. *Derecho & Sociedad*, (55), 433–443. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23259>

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. Aguirre, J., Bonifaz, J. L., Quequezana, P., & Urrunaga, R. (2020). *Brecha de infraestructura en el Perú: Estimación de la brecha de infraestructura de largo plazo 2019–2038*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/es/brecha-de-infraestructura-en-el-peru-estimacion-de-la-brecha-de-infraestructura-de-largo-plazo-2019>
2. Ames Peralta, L. E. (2023). *Los Contratos NEC, una nueva era*. Círculo de Arbitraje con el Estado. <https://www.caeperu.com/columnistas/luis-enrique-ames/los-contratos-NEC-una-nueva-era.html>
3. Sin Editor. (2024, marzo 17). *Billones del Estado en Contratos NEC ¿Qué cosa son?* <https://sineditor.com/page/8/?p=qiewpedyhght>
4. Caballero Palacios, D. (2018). *Lo naturaleza jurídica del contrato de obra pública. Lo que la ley no dice*. Círculo de Arbitraje con el Estado. <https://www.caeperu.com/miembros-cae/daniel-caballero-palacios/pdf/la-naturaleza-juridica-del-contrato-de-obra-publica-lo-que-la-ley-no-dice.pdf>
5. Campos Medina, A., & Bedoya Aranda, N. (2020). Hacia la administración contractual colaborativa en la obra pública en el Perú: propuestas de aplicación. *Derecho & Sociedad*, (55), 163–174. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23240>
6. Contraloría General de la República. (2025). *Reporte de obras paralizadas en el territorio nacional a marzo de 2025*. <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/informes-publicaciones/6792710-informe-de-obras-paralizadas-en-el-territorio-nacional-a-marzo-2025>
7. De Almagro, I. (2020). *Perú impulsa el uso de los contratos estándar de construcción internacional. FIDIC, NEC y ENAA*. Portal Ius 360. <https://ius360.com/peru-impulsa-el-uso-de-los-contratos-estandar-de-construccion-internacional-fidic-nec-y-ena/>
8. Downing, N., Nitek, D., & Mendelblat, M. (2017). NEC 4 – Still at the edge of collaborative contracting. *International Construction Law Review*, 34, 329–348.

9. Figueroa Valdés, J. E. (2020). *La distribución de los riesgos en los contratos colaborativos de construcción**. *Derecho & Sociedad*, (55), 197–221. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23243>
10. Franco Regio, E. (2020). La incorporación de procesos colaborativos en el contrato para lograr proyectos de construcción de alto desempeño. *Derecho & Sociedad*, (55), 175–195. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23241>
11. García Valdez, L. (2020). *Introducción al contrato de construcción*. Foro Jurídico, (18), 82–114. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/23396>
12. Gutiérrez, A. (2024). Los contratos estándar y colaborativos. El caso NEC. *Informe Económico de la Construcción*, (78), 60–69.
13. Hughes, K. (2019). *Understanding the NEC 4 ECC contract: A practical handbook*. Routledge.
14. Lama Bustinza, J. A., & Becerra Naccha, I. D. (2020). Mecanismos multi-tier y el dispute avoidance en el entorno colaborativo de los contratos New Engineering Contract 4 (NEC 4). *Derecho & Sociedad*, (55), 125–144. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23238/22227>
15. Manyari, A., & Ramírez, C. (2020). *La implementación del sistema de alertas tempranas para el cambio de paradigma hacia la gestión eficiente y colaborativa del proyecto*. *Derecho & Sociedad*, (55), 145–161. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23239>
16. 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://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/21273>
17. Medina Flores, J. C. (2020). Contratación pública y la experiencia de los Juegos Panamericanos. El modelo de gestión que promueve el gobierno. *Revista de*

Derecho Administrativo, (18), 113–142.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22859>

18. Medina Flores, J. C. (2020). *Algunos apuntes sobre los contratos NEC: el modelo contractual que se usó en los Juegos Panamericanos*. *Ius* 360. https://ius360.com/algunos-apuntes-sobre-los-contratos-nec-el-modelo-contractual-que-se-uso-en-los-juegos-panamericanos/#_ftnref7
19. Medina Flores, J. C. (2021). *Los proyectos especiales de inversión pública y el modelo de ejecución de inversiones públicas: revisión de las herramientas que pueden emplearse para mejorar las contrataciones del Estado*. *Ius Et Veritas*, (62), 131–151. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.007>
20. Medina Flores, J. C. (2023). *Contratos estándares internacionales de construcción: apuntes para una eventual regulación de estos modelos en la normativa de contrataciones del Estado*. *Ius Et Veritas*, (66), 137–148. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.009>
21. Morón Urbina, J. C. (2019). *La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la administración*. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 13–34.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22855>
22. Morón Urbina, J. C., & Aguilera Becerril, Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal* (1ª ed., 3ª reimpresión). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
23. NEC Contract. (2019). *Sede para los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos (2017–2019)*. <https://www.neccontract.com/es-pe/proyectos/sedes-para-los-juegos-panamericanos-y-parapanamericanos-lima-2019>
24. Thomas Telford Ltd. (s.f.). *How NEC users can continue to help transform infrastructure performance*. *NEC Contract*. de <https://www.neccontract.com/news/how-nec-users-can-continue-to-help-transform-infrastructure-performance>

25. Villafranqui Rivera, G. (2020). El desarrollo de infraestructura pública y los acuerdos de Estado a Estado: Alcances y oportunidades. *Derecho & Sociedad*, (55), 433–443.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23259>






13% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

Filtrado desde el informe

- ▶ Bibliografía
- ▶ Coincidencias menores (menos de 10 palabras)

Fuentes principales

- 12%  Fuentes de Internet
- 1%  Publicaciones
- 7%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Marcas de integridad

N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.



Fuentes principales

- 12% Fuentes de Internet
- 1% Publicaciones
- 7% Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Fuentes principales

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	Internet		4%
		revistas.pucp.edu.pe	
2	Internet		
		diariooficial.elperuano.pe	1%
3	Internet		
		leyes.congreso.gob.pe	1%
4	Internet		
		cdn.www.gob.pe	<1%
5	Internet		
		hdl.handle.net	<1%
6	Internet		
		www.caeperu.com	<1%
7	Internet		
		www.untumbes.edu.pe	<1%
8	Trabajos del estudiante		
		Pontificia Universidad Catolica del Peru	<1%
9	Trabajos del estudiante		
		Universidad del Pacifico	<1%
10	Internet		
		revistas.unsaac.edu.pe	<1%
11	Internet		
		www.porto.legal	<1%

12	Internet	www.lexology.com	<1%
13	Internet	peruconstruye.net	<1%
14	Trabajos del estudiante	Universidad San Ignacio de Loyola	<1%
15	Internet	repositorio.ulima.edu.pe	<1%
16	Internet	repositorioacademico.upc.edu.pe	<1%
17	Internet	wb2server.congreso.gob.pe	<1%
18	Trabajos del estudiante	Pontificia Universidad Católica de Chile	<1%
19	Internet	repositorio.adp.edu.pe	<1%
20	Internet	iagp.edu.pe	<1%
21	Internet	repositorio.ucv.edu.pe	<1%
22	Internet	repositorio.usmp.edu.pe	<1%
23	Internet	www.pj.gob.pe	<1%
24	Trabajos del estudiante	Universidad de San Martín de Porres	<1%
25	Internet	alicia.concytec.gob.pe	<1%

26	Internet	es.slideshare.net	<1%
27	Internet	propuestaciudadana.org.pe	<1%
28	Internet	rubio.pe	<1%
29	Trabajos del estudiante	Universidad Continental	<1%
30	Internet	prezi.com	<1%
31	Internet	www.americatv.com.pe	<1%
32	Trabajos del estudiante	Universidad Nacional del Centro del Peru	<1%
33	Internet	academic.oup.com	<1%
34	Internet	repositorio.upt.edu.pe	<1%
35	Internet	www.bucaramanga.gov.co	<1%
36	Internet	www.enfoquederecho.com	<1%
37	Internet	www.mintra.gob.pe	<1%
38	Publicación	C. Mileto, F. Vegas, V. Cristini. "Rammed Earth Conservation", CRC Press, 2019	<1%
39	Trabajos del estudiante	Universidad Cesar Vallejo	<1%

40	Internet	alanfairiereinoso.pe	<1%
41	Internet	bibdigital.epn.edu.ec	<1%
42	Internet	core.ac.uk	<1%
43	Internet	fasttrackcardiff.wales	<1%
44	Internet	repositorio.urp.edu.pe	<1%
45	Internet	tesis.pucp.edu.pe	<1%
46	Internet	www.mpferrerafe.org	<1%