

Hacia la administración contractual colaborativa en la obra pública en el Perú: propuestas de aplicación

Towards collaborative contract management in public works in Perú: implementation proposals

Alexander Campos Medina*
Campos Arbitraje e Infraestructura

Nickoll Bedoya Aranda**
Investigadora independiente

Resumen:

En el presente artículo se proponen las bases para la elaboración y aplicación de un protocolo de administración contractual colaborativa dentro del marco vigente para las obras públicas en el Perú, que facilite la ejecución y terminación de los proyectos. Para ello, primero se analiza qué constituye un enfoque colaborativo en el sector construcción y por qué es necesario aplicarlo en la obra pública a partir de las buenas prácticas existentes en la industria. Segundo, se identifican los retos para la aplicación de un enfoque colaborativo con el marco legal vigente y las herramientas que ya existen para facilitar esta aplicación. Se cierra el análisis con recomendaciones y criterios a tomar en cuenta para la elaboración y aplicación de la propuesta.

Abstract:

This paper proposes the elaboration and application of a protocol of collaborative management within the current legal framework for public works in Peru, in order to expedite the execution and achievement of projects. For this purpose, firstly, it is necessary to analyze what collaborative approach means within the construction industry and why it is necessary for public works based on industry's best practices. Secondly, to identify challenges on the application of a collaborative approach and tools from the public procurement law that enable this approach. Finally, this paper shares recommendations and conclusions to take into consideration for the elaboration and application of this model.

Palabras clave:

Obra pública – Administración contractual colaborativa – Infraestructura – Protocolo

Keywords:

Public Works – Collaborative Contracting Management – Infrastructure – Protocol

Sumario:

1. Introducción – 2. Retos para aplicar un enfoque colaborativo en la ejecución de obras públicas en el Perú – 3. Avances en el camino hacia la administración contractual colaborativa: herramientas que brinda la normativa actual – 4. Propuesta de aplicación: "Protocolo para la administración contractual colaborativa en la obra pública" – 5. Conclusiones – 6. Bibliografía

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en la Universidad de Nueva York. Ex presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Socio de CAMPOS / Arbitraje e Infraestructura. ORCID: 0000-0002-5523-2066. Contacto: alex.campos@camposabogados.pe

** Asociada en CAMPOS / Arbitraje e Infraestructura. ORCID Id: 0000-0003-2253-310X. Contacto: nbedoya@pucp.pe

*Management jargon calls that "seeking win-win solutions".
I prefer the immortal words of the Dodo in "Alice's Adventures in Wonderland",
"Everybody has won and all must have prizes".
The prize is enhanced performance in a healthier atmosphere.
It will involve deeper satisfaction for clients¹.*

Michael Latham

1. Introducción

Es más que repetido la importancia que tiene la ejecución de infraestructura para el desarrollo de un país. En el Perú, durante años hemos visto un avance lento y tortuoso en la ejecución de obras públicas sin apreciar avances significativos que indiquen una mejora hacia las deficiencias que como país tenemos que suplir y mucho menos en el valor agregado que la inversión pública debe generar.

En la práctica, las principales barreras que paralizan y determinan el fracaso de un proyecto de infraestructura pública no sólo son las deficiencias en los expedientes técnicos, o un mal diseño contractual, sino también una defectuosa gestión contractual que no privilegia los objetivos del proyecto, sino los intereses particulares de cada participante en él, incluyendo el Estado como propietario.

Es importante reconocer que la ejecución de los proyectos no es perfecta, siendo altamente probable que se descubran deficiencias (o al menos diferencias con la realidad); y ocurran un sinnúmero de eventos que puedan retrasar o alterar su ejecución. Precisamente por ello cobra suma importancia la gestión contractual para una adecuada mitigación y administración de los riesgos del proyecto, permitiendo reducir la conflictividad y arribar a soluciones que permitan continuar con su ejecución.

La industria de la construcción, en general, ha tenido un cambio a lo largo de los años migrando de un enfoque clásico adversarial hacia un enfoque colaborativo que se centre en el mejor interés integral del proyecto a través de herramientas como una mejor gestión contractual: integrada y colaborativa. Las mejores prácticas de la industria buscan una actitud más cooperativa de las partes y establecen los incentivos adecuados para que ello se produzca.

Hacemos notar que la colaboración contractual en proyectos de construcción implica un amplio rango de estrategias contractuales cuya delimitación no está libre de discusión como analizaremos más adelante. Y ello no es extraño, pues los contratos colaborativos tienen décadas de historia² y por ello han venido avanzando desde aquellos contratos que simplemente establecen la cooperación como obligación contractual hasta los sistemas de alianza o integración entre todos los participantes del proyecto.

Estas prácticas colaborativas en sus diferentes estados y perspectivas han venido siendo aplicadas en el sector privado, pero representan un gran reto para la ejecución de obras cuando una parte es el Estado.

Adelantamos que no es intención de este artículo establecer las razones, ventajas y desventajas de un cambio estructural del régimen de contratación de obra pública tradicional para adoptar estrategias contractuales más colaborativas como los contratos de alianza o el *Integrated Project Delivery (IPD)*. Nuestro objetivo es mucho más modesto. Queremos demostrar que la aplicación de buenas prácticas de administración contractual basadas en la colaboración puede tener un enorme impacto en el desarrollo de infraestructura con pocos cambios normativos o incluso sin ellos.

Entendemos perfectamente los beneficios de un cambio estructural. Sin embargo, nuestra elección es más bien de orden práctico. Generar masivamente el conocimiento y la experiencia en gestión contractual que el día de hoy tanto necesitamos requiere estabilidad y tiempo.

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.

Ante ello nos preguntamos ¿cuál es la solución o el camino que debemos seguir para evitar el fracaso constante de los proyectos? Nuestra recomendación no es cambiar la Ley de Contrataciones con el Estado, como ya lo adelantamos. El cambio constante tiene como consecuencia práctica la falta de oportunidades

1 Michael Latham, *Constructing The Team. Final report of the Government/industry review of procurement and contractual arrangements in the UK construction industry*, (UK: HMSO, 1994), v.

2 Para un resumen, por ejemplo, del desarrollo de los contratos colaborativos ver Owen Hayford, *Collaborative Contracting* (Australia: PricewaterhouseCoopers, 2018).

para generar *know how* e implicaría una reestructuración del sistema de contratación de obras públicas para el cual quizás no tengamos los recursos humanos y materiales.

Nosotros creemos que la característica adversarial del actual contrato de obra pública conlleva, paradójicamente, una oportunidad. Si bien la legislación de la obra pública favorece el conflicto con figuras como la caducidad o con textos que podrían ser ambiguos, lo cierto es que la norma está más abocada a regular la función administrativa que a ser un “código del contrato de obra pública”. Por la misma razón, esta se centra muy poco en regular la gestión contractual.

En otras palabras, no existe realmente un documento orgánico e integrado de gestión contractual de obra pública y ello es una oportunidad.

Por lo cual, este trabajo presenta como alternativa la elaboración y aplicación de un protocolo de administración colaborativa para las obras públicas en el Perú, que recoja las buenas prácticas dentro del sector construcción utilizando los márgenes que la normativa actual permite.

Con este protocolo se debería capacitar a los funcionarios públicos que participen en la contratación y ejecución de obras públicas de todos los niveles de gobierno, así como a los funcionarios de los organismos de control, con la finalidad de generar una cultura colaborativa y adoptar las mejores prácticas de la industria.

No podemos negar que nos hemos inspirado parcialmente en el modelo de *partnering* que se intentó en Australia a inicios de siglo³. Intentaremos explicar las razones por las cuales creemos que este tipo de enfoque funcionaría a pesar de que nuestra norma es adversarial.

Lo primero que debe señalarse al respecto es que la decisión de migrar a un enfoque de gestión colaborativo en la obra pública debe partir del Estado, por lo cual la elaboración y ejecución de este protocolo debe ser liderada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, “OSCE”) de forma conjunta con la Contraloría General de la República (en adelante “La Contraloría”) y su enfoque debe ser la priorización de la eficacia y eficiencia a través de la colaboración en la gestión contractual. Se debe manejar un sistema de mitigación de los impactos de los riesgos que se presentan en los proyectos, una gestión asertiva y la aplicación integrada de las herramientas que brinda la normativa actual.

2. Retos para aplicar un enfoque colaborativo en la ejecución de obras públicas en el Perú

A nivel mundial, e históricamente, el sector construcción se ha considerado como una industria con alta conflictividad. Esto se debe a la cantidad de actores (contratistas, ejecutores, proveedores, etc.), la intervención de distintas profesiones y oficios, entre otros factores que no siempre logran una correcta estructuración y/o coordinación⁴. El proyecto, siendo uno solo, se divide “artificialmente” en muchos contratos generando que cada contraparte de cada contrato actúe a la luz de su interés individual en “su” contrato, en lugar de actuar en interés del proyecto.

Al respecto, Roberto Hernández señala que estas características facilitan la generación de conflictos:

“el sector de la construcción es un sector proclive a las controversias entre las partes que integran los proyectos dada la compleja maraña de relaciones contractuales, dificultades técnicas y aspectos diversos (diseño, sociales, culturales, etc.) que las envuelve”⁵.

3 “Initial attempts at collaborative contracting in Australia were known as “partnering”. Although this form of collaborative contracting has fallen into disuse in Australia, it is useful to briefly describe it, to illustrate how the spectrum of collaborative contracting approaches has evolved. Partnering describes the situation where the parties to a conventional construction contract would set out in a separate document various guideline as to how they would conduct themselves. The objective of partnering was to create an environment of trust and cooperation, to prevent disputes and facilitate the completion of a successful project”. Hayford, *Collaborative Contracting...*, 5.

4 Al respecto, Jhon Bennett señala precisamente que el sector tiene una estructura que genera la participación de diversas profesiones y oficios que no necesariamente se encuentran en coordinación y control que, entre otros factores genera una industria caótica: “Traditionally the construction industry had a structure based on the perceived status of the various professions and trades. But it provided no explicit coordination or control. Consultants fiercely maintained their independence, contractors competed for work and specialists struggled to maintain the integrity of their skills and knowledge against marketdriven demands for lower costs and faster delivery. Clients dealt with an industry that appeared chaotic by using competitive tenders and tough contracts to protect their own interests”. John Bennett y Sarah Peace, *Partnering in the Construction Industry. Code of Practice for Strategic Collaborative Working* (England: Butterworth-Heinemann, 2006), 8.

5 Roberto Hernández García, “Dispute Boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias”, en *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, coord. Roberto Hernández (Lima: Estudio Mario Castillo Freyre: 2018), 25

Además, son muchas las variables externas que pueden afectar los proyectos de construcción, como el clima, las condiciones del sitio, el entorno social del proyecto, entre otros. Así, se trata de variables internas y externas que son difíciles de prever y administrar en el esquema de riesgos del contrato.

De forma progresiva han surgido en la industria diversos mecanismos que buscan administrar estas variables tales como contratos estandarizados, métodos alternativos de resolución de disputas (como los *dispute boards*), métodos de entrega o *delivery* de los proyectos que tienen como fin reducir la conflictividad y mitigar los impactos usuales en los contratos.

En la década de los 90's en el Reino Unido, Michael Latham elaboró el reporte "*Constructing The Team*", el cual, precisamente, analiza la conflictividad del sector y los retos que debía asumir la industria británica de construcción para que tenga mayor desarrollo. Haciendo las salvedades correspondientes por la diferencia de sistema y realidades, recogemos que una de las conclusiones principales de este reporte es la aplicación de un enfoque colaborativo para mejorar las condiciones del sector, fortalecer y hacer crecer la industria.

Así, migrar a un enfoque colaborativo es beneficioso para el desarrollo de infraestructura porque enfoca la atención en lo realmente relevante: privilegiar el beneficio del proyecto en su conjunto.

Quienes tienen experiencia en el sector sabrán que para sobrellevar las dificultades de un proyecto se requieren acciones de ambas partes o, de lo contrario, es posible que la ejecución de obra se vea impactada generando retrasos, paralizaciones e inclusive la frustración del contrato. Tal es la necesidad de colaboración entre las partes que la doctrina señala que, en un contrato de construcción, resulta imposible la ejecución plena por una de las partes, sin la colaboración activa de la otra:

"En efecto, el camino para alcanzar en un proyecto las metas que se han propuesto el comitente y el constructor, **debe buscarse en formas que incorporen el espíritu asociativo y eliminen la competencia entre ambos contratantes**. Ello es más notorio cuando no se trata de una relación accidental, sino de dos partes que operan en los mismos mercados, cuya conducta es interdependiente. Pero **en cualquier contrato, aun entre partes accidentales, y si se quiere, incluso en contra de los diseños o de la voluntad de una o ambas partes, el contrato de construcción requiere la cooperación recíproca**"⁷.
(El énfasis es nuestro).

Una mirada más profunda nos permite apreciar que en un proyecto con múltiples contratos no solo se requiere la colaboración de las dos partes de cada contrato, sino de todas las partes en todos los contratos entre sí.

En la industria de la construcción, existe mucho desarrollo sobre lo que significa un enfoque colaborativo. Inclusive, como ya hemos señalado, se identifican distintos niveles de colaboración que van en algunos casos desde la propia génesis del proyecto.

Sin embargo, para efectos de nuestra propuesta basta comprobar por ahora que la cooperación como obligación contractual no es ajena a nuestro ordenamiento legal. Es parte de nuestros principios contractuales generales y en el campo específico de la contratación pública son inherentes a los principios de eficacia y eficiencia y de equidad⁸.

No es anecdótico que en el texto pre-publicado del proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público se establezca ahora el principio de "Equidad y Colaboración" y "Valor por Dinero"⁹.

6 Cabe resaltar que este reporte marca uno de los hitos en el cambio hacia la administración contractual colaborativa en el Reino Unido. Al respecto, Keith Potts señala que la publicación de este reporte identificó la insatisfacción con el esquema tradicional de la industria, siendo el primer paso para el cambio. Traducción Libre de: "Numerous reports have identified both the public and private sector clients' dissatisfaction with the traditional approach within the industry. In the UK, this change was initially driven by the Latham Report (1994), and the CIB Reports (1996/97) which identified public and private sector clients' dissatisfaction with the traditional approach within the industry".

Keith Potts, "Change in the quantity surveying profession", en *Collaborative Relationships in Construction developing frameworks and networks*, ed. Hedley Smyth y Stephen Pryke (United Kingdom: 2008), 52.

7 Humberto Podetti, *Contrato de Construcción* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004), 95.

8 Ver literales f) e l) del Artículo 2 de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones con el Estado.

9 "Artículo 2. Principios que rigen el abastecimiento

(...)

d) Equidad y colaboración. - Los actores de la Cadena de Abastecimiento Público guían sus actuaciones cuidando el equilibrio, la equivalencia y proporcionalidad entre los derechos y obligaciones que asumen, debiendo propender a la colaboración oportuna y eficaz para el logro de la finalidad que se persigue; sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

(...)

2.1. La Lógica adversarial en la ejecución de obras: dificultades de ejecución bajo el marco de la normativa de contrataciones

En el caso de nuestra normativa de contrataciones, la lógica adversarial del sector ha sido replicada, inclusive intensificada, y se ha instaurado como parte de la cultura en quienes se encuentran vinculados a la ejecución de proyectos de obra pública.

Así, consideramos que la “adversarialidad” inherente a un contrato de construcción (en su sistema de contratación clásico) es incrementada por la normativa de contrataciones con una mayor rigidez en la estructuración de los contratos y en su ejecución.

Empecemos por mencionar que la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento es un marco normativo rígido que pretende un esquema contractual pensado de manera generalizada sin considerar las particularidades de cada proyecto. Así, bajo el mismo esquema se ejecutan tanto proyectos simples como complejos y de distinta naturaleza.

Este es un primer reto para una administración contractual colaborativa. A diferencia del sector privado y lo que se considera como parte de las buenas prácticas de construcción, bajo la normativa de contrataciones, el contrato no se adapta al proyecto, sino que el proyecto es el que se adapta a la normativa.

Razón por la cual muchas veces los procedimientos regulados o no regulados en la norma generan impactos negativos en el costo y plazo de las obras, que terminan en reclamos de las partes en un arbitraje.

Otro reto que plantea la normativa de contrataciones es que sus disposiciones están orientadas a la regulación del conflicto no a evitarlo. El enfoque está dirigido a las situaciones en las cuales las partes tienen derecho a un reclamo y en cómo hacerlo efectivo; pero también en qué situaciones pierden el derecho al reclamo. Es decir, la norma se enfoca en trasladar la mayor cantidad de riesgos posibles al contratista y en el subsecuente arbitraje, mas no se centra en mitigar y administrar los riesgos.

Nos encontramos frente a una regulación en la cual abunda la caducidad de derechos y los contratistas tienen que iniciar procedimientos de solución de controversias para no perder el derecho a reclamar luego¹⁰, lo cual genera rupturas tempranas en la relación entre las partes dificultando la ejecución del contrato.

2.2. La pérdida de confianza: el constante cambio normativo y la corrupción

Por años, los problemas que se generan en la ejecución de las obras públicas han tratado de ser solucionados con la modificación de la normativa. Muchas veces, los cambios de normativa se dirigieron a evitar o limitar las posibilidades de reclamos de los contratistas dejando de lado la regulación o análisis sobre las causas que producen estos reclamos.

El cambio constante en la normativa, como mencionamos en la introducción del presente trabajo, también tiene como consecuencia práctica la pérdida del conocimiento. No es posible generar un *know how* suficiente si la norma cambia constantemente. La solución de los problemas que pueden generarse en los proyectos tiene una curva de aprendizaje tortuosa, porque cuando se comienza a generar conocimiento y experiencia en los gestores, la norma cambia.

Además, que cada cambio de normativa sentencia a aquellos proyectos contratados con la normativa anterior. En vista de que la norma aplicable a los contratos es aquella vigente al momento de la convocatoria a la licitación del proyecto, en el supuesto que haya una mejora normativa, esta solo será aplicable a nuevos contratos, lo cual no soluciona los problemas de los ya existentes.

A esto, debemos sumarle la pérdida de confianza generalizada hacia los procesos de contratación pública. Los últimos años se han descubierto casos de corrupción a grandes niveles vinculados con la ejecución de proyectos de inversión pública, que han intensificado la desconfianza tanto para la ciudadanía como para los funcionarios.

i) Valor por dinero. - Las entidades contratantes se comprometen a buscar el mejor resultado posible en el uso de los recursos públicos, en términos de calidad, oportunidad y precio; considerando, además, tanto el ciclo de vida y la sostenibilidad de los bienes y servicios, como su desempeño social”.

Pre-Publicación de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público, publicada el 2 de octubre de 2020. Recuperado en: <https://www.mef.gob.pe/es/833-estadisticas-de-deuda-publica/6720-prepublicacion-de-norma-de-ley>

10 Al respecto, en el numeral 45.5 del Artículo 45° de la Ley 30225 se regula la caducidad de situaciones determinantes para la ejecución del contrato: nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, etcétera.

Sin generar conocimiento y sin confianza es muy difícil gestionar los proyectos de infraestructura.

Este fracaso en sacar adelante los proyectos de obra pública ha generado regímenes especiales para la ejecución de infraestructura pública que se desligan de la lógica de la ley de contrataciones vigente y que curiosamente han dado experiencias exitosas.

Es ya conocido el caso de la ejecución de la infraestructura para los Juegos Panamericanos 2019 que llevó adelante el “Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVII Juegos Panamericanos”¹¹ y que permitió la construcción de infraestructura pública a través de contratos más colaborativos como el contrato NEC 3¹².

Asimismo, se ha creado un nuevo régimen de “Proyectos Especiales de Inversión Pública”¹³ que permiten el uso de contratos estandarizados y la asistencia técnica especializada a través de la cual se vienen ejecutando proyectos como los de la “Reconstrucción con Cambios” y los hospitales Antonio Lorena de Cusco y Sergio Bernales de Lima.

2.3. La gestión del presupuesto

Un aspecto importante que tomar en cuenta para considerar la aplicación de un esquema colaborativo es que, aunque sea redundante mencionarlo, estamos analizando un régimen que implica la inversión de dinero público, por lo cual, las obras públicas mantienen una limitante constante: el presupuesto destinado a su ejecución.

A diferencia del sector privado en donde el propietario puede permitirse la variación del precio del proyecto, en el caso de las obras públicas, el presupuesto asignado será una restricción importante cuando las circunstancias requieran variaciones.

Como bien se sabe, toda acción que requiera inversión de parte del Estado viene acompañada de controles especiales pues se trata de dinero público. Esta característica de las obras públicas, en las cuales el Estado es quien se encuentra obligado al pago de la construcción de la infraestructura, implica un margen de actuación controlado y con ciertas restricciones.

Por ejemplo, de acuerdo con la normativa de contrataciones públicas existe una limitación a las variaciones del proyecto. La regulación de los adicionales de obra establece parámetros de discrecionalidad de los funcionarios con topes que, sobrepasados, requieren la intervención de la Contraloría.

La actual norma establece que este tope es el 15% de incidencia del valor del contrato, por lo que cualquier variación –aunque sea necesaria y conveniente– que exceda este valor requerirá de la participación de la Contraloría, así como también cualquier variación que por más de ser pequeña sea requerida cuando el porcentaje de incidencia ya ha sido alcanzado con variaciones previas.

La solución a este tipo de dificultades en la obra pública no puede pasar siempre por el incremento del presupuesto, aunque ello en ciertas circunstancias sea lo mejor para el proyecto. Con esto queremos recalcar que las limitaciones de presupuesto existen y no pueden negarse. Por el contrario, deben asumirse.

No podemos quedarnos en las limitaciones de presupuesto como excusa para justificar la frustración de los proyectos. Como regla general, resulta más beneficioso para el proyecto corregirlo sobre la marcha que frustrar el contrato para enmendar errores y volver a contratar. Debemos tener como objetivo finalizar el proyecto dentro de los márgenes de presupuesto e innovar ante las dificultades.

3. Avances en el camino hacia la administración contractual colaborativa: herramientas que brinda la normativa actual

Es necesario reconocer que se han aprobado ya una serie de normas que constituyen primeros pasos hacia una lógica distinta a la lógica adversarial, que se ven materializadas en la incorporación de mecanismos de la administración colaborativa al sistema de contratación pública y que facilitan el desarrollo de un protocolo de administración contractual colaborativa en la obra pública como el que proponemos sin mayores modificaciones legislativas.

11 En efecto, a través del Decreto Supremo N° 002-2015-MINEDU se creó el Proyecto Especial de los Juegos Panamericanos, siendo la norma más importante para este proyecto.

12 Los contratos NEC son una familia de contratos estandarizados de tipo colaborativo desarrollados por el Institution of Civil Engineers (ICE) del Reino Unido. Su uso es recomendado en el Reporte Latham para el desarrollo de infraestructura.

13 Modelo de inversión creado a través del Decreto de Urgencia N° 021-2020.

Entre ellos, podemos encontrar que: (i) se ha aprobado el uso del BIM en las obras públicas, (ii) el uso de mecanismos alternativos de resolución de controversias, como la Junta de Resolución de Disputas y el uso del cuaderno de obra electrónico, reciente incorporación producto de las exigencias de la situación de Emergencia Nacional.

Además, ya existían en la normativa de contratación pública principios que sirven de base al protocolo que proponemos. A continuación, los detallamos:

3.1. Principios de la Ley de Contrataciones del Estado

La Ley de Contrataciones del Estado vigente¹⁴ establece los principios que deben servir para el desarrollo de las contrataciones, son criterios interpretativos de la norma y, parámetros para la actuación de quienes intervienen en las contrataciones públicas¹⁵.

Rescatamos esta última función que la norma, pues, es el fundamento primigenio para la aplicación de las buenas prácticas del sector y mejoras en la gestión contractual hacia una cultura colaborativa. De los principios que se enuncian en la norma resaltamos para el presente trabajo el principio de eficacia y eficiencia:

“Artículo 2. principios que rigen las contrataciones

(...)

f) **Eficacia y Eficiencia.** El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, **garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos** para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, **bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos**”.

(El énfasis es nuestro).

Como vemos, la norma enuncia como finalidad de la aplicación de este principio que se garantice satisfacción de los fines públicos de forma efectiva y oportuna, bajo condiciones de calidad y utilizando de la mejor manera los recursos públicos. La implementación de una administración contractual colaborativa debe ser realizada atendiendo a los principios de eficiencia y eficacia, y por lo tanto, es fácil concluir que el marco legal para el protocolo que proponemos ya existe, e incluso será aún más explícito de aprobarse el proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público como ya hemos comentado.

3.2. Regulación para el uso de las Juntas de Resolución de Disputas

La normativa de contrataciones prevé la posibilidad de que se pacte la Junta de Resolución de Disputas¹⁶ en las obras públicas, un mecanismo de resolución de controversias asimilable a lo que en la industria se conoce como *Dispute Board*.

Recogemos el texto de Roberto Hernández sobre la aplicación de los *Dispute Boards* en Latinoamérica que es necesaria la concientización, capacitación y entrenamiento de las partes. Resaltando que es un proceso de aprendizaje y no se agota en una norma o un taller¹⁷. Ello pues, pese al tiempo que tiene este mecanismo en la normativa de contrataciones su uso aún no alcanza los niveles esperados

Mencionamos la Junta de Resolución de Disputas como una herramienta que facilita la gestión contractual colaborativa no solo porque permite la resolución de controversias sin llegar necesariamente al arbitraje

14 Ver Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF

15 “Artículo 2. principios que rigen las contrataciones

Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables al proceso de contratación. Los principios sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la presente norma y su reglamento, de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones (...).”

16 Ver Artículo 182.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

17 Al respecto, Roberto Hernández señala sobre los *Dispute Boards* la importancia de un procesos de capacitación constante y la generación de aprendizaje sobre el uso del mecanismo:

“Siendo la figura de *Dispute Boards* sumamente particular, es necesario que se concientice, capacite y entrene a todas las partes involucradas (...). Cabe señalar que este proceso es complejo y de ninguna forma puede simplificarse con un taller o capacitación. Lo cierto es que el entrenamiento debe de contener aspectos técnicos, legales, procesales e inclusive humanos que permitan que las partes puedan contar con los *Dispute Boards* como medios efectivos y no como una piedra más en el camino. Afortunadamente la experiencia Latinoamericana ya comienza a mostrar los errores que nos permitan tener un medio de aprendizaje efectivo y certero en beneficio de los proyectos”.

Hernández García, “*Dispute Boards* (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica...”, 31.

que, como sabemos, muchas veces termina frustrando los proyectos¹⁸, sino principalmente porque una Junta permanente que acompañe cercanamente el proyecto puede y debe servir como marco institucional para compartir información y tomar decisiones oportunas. Las Juntas tienen herramientas para ello, además que su sola existencia reduce la posibilidad de comportamiento estratégico en ambas partes.

Pese a lo señalado, la práctica revela el poco uso de este mecanismo mostrando que su implementación todavía no ha despegado. Consideramos que, este mecanismo debe ser incorporado como parte del protocolo de administración colaborativa que propone el presente trabajo. Así, recoger las experiencias ya ganadas con el uso de las Juntas de Resolución de Disputas y transferir el *know how* a nuevos funcionarios y contratistas.

3.3. Uso de metodología de gestión de información BIM

La consultora McKinsey & Company, en mayo de este año, identificó las tendencias a nivel mundial a corto y largo plazo para el sector¹⁹. Entre ellas, a corto plazo, plantea la necesidad de incrementar la digitalización en el uso por ejemplo del BIM.

Otra de sus recomendaciones, útil y pertinente para el presente artículo, es la inversión en digitalización e innovación de los sistemas constructivos²⁰ de procesos en los proyectos de infraestructura y aplicar los criterios de distanciamiento social. En el 2018 ya se hablaba de un cambio y transformación de las obras de infraestructura a una transformación digital²¹.

Existe ya un compromiso del Estado en aplicar el BIM en la ejecución de infraestructura pública²², pues el 8 de septiembre de 2019 se publicó el Decreto Supremo N° 289-2019-EF, a través de la cual se aprueban las disposiciones para la incorporación progresiva de BIM en la inversión pública.

La importancia de incorporar el BIM ha sido también reconocido en el Plan Nacional de Competitividad y Productividad 2019 – 2030²³. Además, el 6 de agosto de 2020 se aprobaron los “Lineamientos para la utilización de la metodología BIM en las inversiones públicas”. De estos lineamientos es importante recalcar su alcance, pues establece que se aplica a las entidades de los tres niveles de gobiernos sujetas al Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

El BIM es una herramienta esencialmente colaborativa pues se trata básicamente de una plataforma para compartir información. La transmisión de información relevante y oportuna es base de la colaboración y la generación de confianza. El día de hoy el BIM es la piedra angular para compartir toda la información relevante en tiempo real.

Como señalamos para la Junta de Resolución de Disputas, debemos integrar el BIM a un protocolo de actuación integral que por ejemplo establezca los mecanismos para asegurar la exactitud y oportunidad de la información brindada.

3.4. Cuaderno de obra electrónico

El 1 de agosto de 2020 a través de la Resolución N° 100-2020-OSCE/PRE se formalizó la aprobación de la Directiva N° 009-2020-OSCE/D “Lineamientos para el uso del cuaderno de obra digital”.

18 Al respecto, Jenkins señala que “construction disputes invariably necessitate a rapid, if temporary, decision in order to permit work to progress on the project. It is in the interests of all parties that completion should be achieved on time or at least at the earliest possible opportunity and recourse to a lengthy arbitration to decide questions necessary for completion of the works (...)”.

Jane, Jenkins y Simon, Stebbings, *International Construction Arbitration Law*, (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006), 7.

19 McKinsey & Company, “How Construction can emerge stronger after coronavirus”, Mayo de 2020, (página 4-5) Revisado el 10 de agosto de 2020. Disponible: <https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Industries/Capital%20Projects%20and%20Infrastructure/Our%20Insights/How%20construction%20can%20emerge%20stronger%20after%20coronavirus/How-construction-can-emerge-stronger-after-coronavirus.pdf>

Traducción libre: “In this difficult time, construction matters more than ever. From building hospitals in just a few days to donating lifesaving equipment, the industry has played a critical role in responding to the crisis and in the recovery. The industry represents 13 percent of global GDP, and unlocking currently constrained labor availability could help drive recovery while addressing our most pressing construction-related needs”. (página 4-5).

20 McKinsey & Company, “How Construction can emerge stronger after coronavirus”, 4-5.

21 Global Infrastructure Initiative, *London 2018 Summit: Major Project delivery and digital transformation. Outcomes Report. December 2018*, 21.

22 Esta habilitación se encuentra regulada en el inciso 4 del párrafo 8.2 del artículo 8 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, aprobado por el Decreto Supremo N° 284-2018-EF y en la Décimo Primera Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

23 Este plan fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 237-2019-EF.

Los aportes importantes es que con el uso del Cuaderno de Obra Digital sustituye el Cuaderno de Obra físico²⁴, así se ha creado una plataforma administrada por el OSCE en la cual se crean los perfiles autorizados de los actores directos de la ejecución de la obra: inspector/supervisor de obra y residente de la obra, a fin de que se realicen las anotaciones que sean requeridas: i) ocurrencias de hechos relevantes que se presenten durante la ejecución de obra, ii) órdenes, iii) consultas y iv) respuestas a las consultas²⁵.

Recordemos que la norma de contrataciones exige para el ejercicio de derechos la anotación en el cuaderno de obra de los sucesos. Por ejemplo, en el caso de las ampliaciones de plazo se requiere anotar el inicio y fin de la causal. Es la entidad la que habilita el cuaderno de obra en cada contrato, acá se requerirá el compromiso de las Entidades para que sea habilitado prontamente evitando generar conflictividad.

Esta incorporación resulta oportuna en el contexto en que nos encontramos. Nuevamente se trata de compartir información relevante y oportuna. Además, al ser electrónico se ha habilitado para su acceso y visualización a actores que, antes de esta innovación, no tenían facilidades para acceder a este.

Nos referimos a los funcionarios de la Entidad y los organismos de control. Así, se incorpora al acceso el funcionario de la entidad encargado del monitoreo de obra, funcionario de la Contraloría General de la República, Congreso, Ministerio de Economía y/o quien faculte para realizar las funciones de control, seguimiento e investigación, así como funcionarios del Organismo de Control Institucional de la propia Entidad y funcionarios del OSCE.

4. Propuesta de aplicación: “Protocolo para la administración contractual colaborativa en la obra pública”

Como fue anunciado, la propuesta del presente trabajo es la creación de un protocolo de administración colaborativa en la obra pública que sirva como guía de quienes gestionan el contrato por las partes, incluyendo los funcionarios públicos. Es decir, un marco de referencia de lo que se entiende las mejores prácticas de la industria que guíen su actuación y que permita la generación y transferencia rápida de conocimientos y experiencias.

La propuesta es una herramienta de *soft law*, es decir, una herramienta no vinculante, pero de aceptación tan generalizada en la industria y la academia que sirva de guía de actuación real. ¿Por qué no proponemos la modificación de la normativa actual? Mencionamos antes que la modificación constante de la normativa no permite el desarrollo de aprendizaje y buenas prácticas en la ejecución de obras públicas.

Es importante generar una cultura colaborativa a través de buenas prácticas que sean repetidas por los funcionarios y transmitidas a nuevos funcionarios y que a su vez, trascienda a las normas específicas de cada régimen de contratación pública.

Las bases que proponemos para este protocolo son las siguientes:

4.1 Foco en la gestión contractual integrada

En un enfoque colaborativo, es extremadamente importante la gestión contractual, es decir, una correcta administración de los derechos y obligaciones asumidos por las partes, pero sin perder de vista los objetivos integrales del proyecto. Además, recordemos que los contratos de construcción incluyen un porcentaje grande de incertidumbre, no se trata de cualquier acuerdo comercial, sino de la ejecución de un nuevo elemento no existente al momento de que las partes suscriben el contrato. En este pacto si bien se definirá un alcance, la materialización de este es un proceso nuevo y que debe ser administrado considerando la incertidumbre y complejidad²⁶.

Esta incertidumbre y complejidad hace que las partes pierdan rápidamente de vista lo que es mejor para el proyecto en general y se centren en defender sus posiciones particulares en el contrato; especialmente cuando un riesgo produce un impacto en el proyecto.

Por eso, toda gestión contractual colaborativa debe comenzar con la prevención de los riesgos. Su identificación y mitigación debe ser siempre el norte en toda gestión contractual.

24 Véase la Disposición General 6.1 “El cuaderno de obra digital es una herramienta informática desarrollada y administrada por el OSCE, que sustituye al cuaderno de obra físico con las características y formalidades establecidas en el artículo 191 del Reglamento” de la Directiva N° 009-2020-OSCE/D “Lineamientos para el uso del cuaderno de obra digital”

25 Numeral del 7.4.1. de la Directiva N° 009-2020-OSCE/D “Lineamientos para el uso del cuaderno de obra digital”

26 Lukas Klee, *International Construction Contract Law* (United Kingdom: Wiley Blackwell, 2015), 4.

Resaltamos que, el *Global Construction Disputes Report* de ARCADIS, este año identifica como la técnica más efectiva para mitigar los conflictos a la gestión de riesgos²⁷.

En efecto, una administración contractual efectiva minimiza la posibilidad de generación de conflictos:

“Effective contract management may assist in minimizing disputes that do proceed to formal dispute resolution. Both parties will be concerned to track progress and delay on the project and monitor increased cost. In any formal dispute, contemporaneous correspondence and documentation will be critical to establishing entitlement to any claims brought by the contractor and the legitimacy of defenses raised by the employer (...)”²⁸.

Por lo que, el protocolo debe brindar herramientas a las Entidades y contratistas para facilitar y mejorar la gestión contractual. Debemos tener sintonía para promover las mejores prácticas en la administración de contratos de infraestructura. Esto implica que, para elaborar el protocolo y directrices, estos tomen de referencia las buenas prácticas del sector. Incorporar de manera progresiva nuevas tecnologías y procesos constructivos que faciliten la ejecución.

Cuando hablamos de sintonía nos referimos a compartir objetivos entre el propietario y todos los participantes del proyecto, tales como el constructor, el diseñador y el supervisor. Para ello, los funcionarios necesitan las directrices correctas para que tengan confianza en actuar.

4.2. Retorno a un esquema de confianza: romper la espiral del conflicto a través de la detección temprana

Recordemos que la posibilidad de que se presenten eventos que impacten la ejecución es alta en los contratos de construcción, no se trata de intentar desaparecer los riesgos, sino de llevar una administración contractual que permita manejarlos y mitigarlos de forma oportuna. Al respecto, el Reporte Latham señala que, efectivamente, “ningún proyecto de construcción está libre de riesgos”:

“The client should decide how much risk to accept. No construction Project is risk free. Risk can be managed, minimized, shared, transferred or accepted. It cannot be ignored. The client who wishes to accept little or no risk should take different routes for procuring advice from the client who places importance on detailed, hands-on control”²⁹.

Los impactos en un proyecto de infraestructura no suelen reducirse y desaparecer. Usualmente se incrementan con el paso del tiempo. Este fenómeno de escalamiento o “espiral del conflicto” debe evitarse a toda costa en la obra pública donde las regulaciones y restricciones retrasan la toma de decisiones.

La clave está en identificarlos oportunamente, distribuirlos, gestionarlos y mitigarlos.

Para administrar y gestionar los riesgos del proyecto, es necesario tener reglas claras de comunicación entre las partes y protocolos sobre el manejo de las reuniones sobre riesgos entre aquellas.

Ya están muy difundidas en la industria las cláusulas de alertas tempranas y de registro y gestión continua de riesgos. De acuerdo con la primera, las partes están obligadas a informar en un plazo muy corto (de 1 a 5 días, por ejemplo) la existencia de un evento que potencialmente pueda tener un impacto en costo y plazo.

En el caso del registro y gestión continua de riesgos, una vez identificado un riesgo las partes están obligadas a hacer un acompañamiento continuo, conjunto y colaborativo.

Lo que se trata es de romper la espiral de conflicto, y pese a la existencia de una situación que podría derivar en conflictiva, que en el sector es altamente probable de suscitarse, se encuentre una solución temprana entre las partes, o en todo caso, se minimicen al máximo posible los impactos.

Debe desarrollarse como una buena práctica de gestión contractual el registro de riesgos y comunicación oportuna a la contraparte. Este registro debe ser también adecuado y con ello nos referimos a que las partes no deben limitarse a anotar la ocurrencia de un evento, sino también alertar de las posibles contingencias e impactos que este evento genera.

27 ARCADIS, 2020 *Global Construction Disputes Report*..., 11.

28 Jenkins y Stebbings, *International Construction Arbitration Law*, 102.

29 Michael Latham, *Constructing the Team. Final report of the Government/industry review of procurement and contractual arrangements in the UK construction industry* (UK: HMSO, 1994), 21.

Queda claro que este registro trasciende la simple anotación en el cuaderno de obra. El objetivo no es cumplir un requisito formal para luego pedir una ampliación de plazo, sino compartir oportunamente información para identificar el riesgo y mitigarlo, de tal forma que lo ideal es que la ampliación de plazo ya no sea necesaria.

El protocolo que proponemos debe detallar lo que se espera como contenido y oportunidad de estos registros. Debe poner ejemplos de registros adecuados e inadecuados.

4.3. Debe ser liderado por el Estado, por el OSCE y los organismos de control

Para retornar a un esquema de confianza donde los funcionarios públicos tengan la certeza de tomar decisiones, quien lidere el proceso de migrar a una cultura colaborativa deberá ser el propio Estado.

Por ejemplo, como parte de las recomendaciones del Reporte Latham que facilitó el crecimiento de la industria en el Reino Unido, se plantea que es el Estado que, como cliente, debe comprometerse a adoptar las mejores prácticas del sector:

“government should commit itself to being a best practice client. It should provide its staff with the training necessary to achieve this and establish benchmarking arrangements to provide pressure for continuing improvements in performance”³⁰.

Siguiendo las recomendaciones del referido reporte, específicamente, se señala que una entidad estatal es la que debe coordinar y publicar un “código” o, en el caso que proponemos, un protocolo informativo que sirva para capacitar a los funcionarios³¹.

El Reporte Latham es más atrevido aún, y manifiesta la participación del sector privado, lo cual consideramos que es saludable. Nuestra propuesta es que el proceso sea liderado por el OSCE en conjunto con la Contraloría.

Nuevamente el objetivo es restablecer la confianza. Si no tenemos guías de actuación claras las personas son más propensas a no tomar decisiones.

4.4. Utilizar un lenguaje asertivo

La elaboración de este protocolo debe considerar una redacción con lenguaje asertivo pensado en quienes son los que van a ser capacitados con él y en el ciudadano. Siendo una herramienta para gestores debemos alejarnos del lenguaje jurídico y optar por un lenguaje claro que permita identificar supuestos y opciones de aplicación³².

Curiosamente, la regulación ambigua de las obligaciones contractuales y por ende de la asignación de riesgos, es una de las causas más comunes de generación de conflicto en los proyectos de construcción a nivel mundial³³.

Por otro lado, sabemos que la normativa de contrataciones del Estado está plagada de conceptos que incrementan la conflictividad, entre ellos la regulación de la “caducidad”. En ese sentido, el protocolo debe ser asertivo para incentivar la mitigación de riesgos en lugar de incidir en la caducidad de los derechos. De hecho, debe analizarse la implantación en el protocolo de los mecanismos de alerta temprana, que como ya mencionamos, no son incompatibles con las normas de caducidad de la normativa.

Para ello, reiteramos que se debe incidir en la importancia de la gestión de riesgos, ya que mitigar la posibilidad de que se presenten eventos que van a impactar en la obra antes de que estos generen consecuencias negativas, es mejor para la conclusión de los proyectos que incidir en el plazo que tienen las partes para someterlo a controversias.

30 Latham, *Constructing the Team. Final report of the Government/industry...*, 14.

31 “Recomendación 3: “DOE should co-ordinate and publish a Construction Strategy Code of Practice (CSCP) to inform and advise clients. It should be in simple terms and easy to read. It should be circulated to all Government Departments and Agencies, and also to other public sector institutions such as local Government, hospital trusts and health authorities and self-governing educational institutions. It should be suitable for distribution to bodies representing private sector clients (including organizations such as Chambers of Commerce) and should be vigorously promoted by the DOE and by client organizations”. Véase Latham, *Constructing the Team. Final report of the Government/industry...*, 26.

32 Al respecto, en la cita anterior mencionamos la Recomendación 3 del Reporte Latham, la cual también incluye que se debe ser elaborado en términos simples y ser fácil de leer. Traducción libre: “It should be in simple terms and easy to read”.

Michael Latham, *Constructing the Team. Final report of the Government/industry...*, 26.

33 Véase ARCADIS, *2020 Global Construction Disputes Report...*, 10

5. Conclusiones

- El esquema adversarial clásico que ha primado en la industria de la construcción, sumado a las propias características de nuestra normativa han generado por años una cultura confrontacional en la ejecución de las obras públicas que tienen como resultado el fracaso del sistema.
- Necesitamos migrar a un entorno más colaborativo para incrementar las posibilidades de desarrollar infraestructura de calidad de manera más eficiente.
- Ante el desafío de cómo generar entornos colaborativos es imposible no pensar en un cambio drástico en la norma de contratación pública para adoptar las estrategias contractuales más colaborativas existentes en la industria como el contrato de alianza.
- Sin haber agotado dicha discusión, creemos que el cambio estructural de la normativa nos traería una ruptura en el proceso de crear progresivamente los recursos humanos y materiales que necesitamos para una gestión eficiente de proyectos.
- Lo que proponemos es una herramienta más modesta: implementar un protocolo de gestión contractual colaborativa con pocos cambios normativos o incluso sin ningún cambio.
- Es importante que el Estado esté comprometido en migrar a una cultura colaborativa, para lo cual el proceso debe estar liderado por este a través del OSCE juntamente con la Contraloría.
- Como parte del proceso de migrar a una cultura colaborativa, se propone la creación de un *soft law* no vinculante a través de un "Protocolo de Administración Contractual Colaborativa", que sirva para la guía y capacitación de los funcionarios públicos vinculados con la ejecución de obras públicas.

6. Bibliografía

ARCADIS. 2020 *Global Construction Disputes Report. Collaborating to achieve project excellence*, Mayo 2020. Recuperado en: <https://www.arcadis.com/en/united-states/our-perspectives/global-construction-disputes-report-2020/>.

Bennett, John y Peace, Sarah. *Partnering in the Construction Industry. Code of Practice for Strategic Collaborative Working*. England, 2016.

Global Infrastructure Initiative by McKinsey & Company. 2018. *London 2018 Summit: Major Project delivery and digital transformation. Outcomes Report*, 2018.

Hayford, Owen. *Collaborative Contracting*. Australia: PricewaterhouseCoopers, 2018.

Hernández García, Roberto. Coord. *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2018.

Klee, Lukas. *International Construction Contract Law*. United Kingdom: Wiley Blackwell, 2015.

Latham, Michael. *Constructing the Team. Final report of the Government/industry review of procurement and contractual arrangements in the UK construction industry*. United Kingdom: HMSO, 1994.

Podetti, Humberto. *Contrato de Construcción*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014.

Potts, Keith. *Change in the quantity surveying profession*. En *Collaborative Relationships in Construction developing frameworks and networks*, editado por Hedley Smyth y Stephen Pryke. United Kingdom, 2008.