



Mecanismos multi-tier y el Dispute Avoidance en el entorno colaborativo de los contratos New Engineering Contract 4 (NEC4)*

The multi-tier mechanism and the Dispute Avoidance resolution into the collaborative environment proposed by the New Engineering Contract 4 (NEC4)

José Andrés Lama Bustinza**

Solutio Project. Oficina de Asesoría en Proyectos de Infraestructura.

Ives Daniel Becerra Naccha***

Universidad ESAN y Universidad del Pacífico

Resumen:

En medio de la necesidad de encontrar mecanismos efectivos y eficientes en la solución de controversias en los proyectos de construcción, el presente artículo analiza la propuesta que abordan los mecanismos escalonados de solución de controversias junto con los paneles preventivos de controversias (*dispute avoidance board*), propuesta que discurre en medio de un entorno en colaboración (y no la inexacta idea de un “contrato colaborativo”), ambientado por el recientemente editado contrato NEC4. El texto propone al lector la posibilidad de plantear, a partir de su experiencia y los conceptos vertidos en el texto, un escenario útil y ad-hoc utilizando ambas herramientas, según las necesidades del proyecto. El presente artículo propone un modo de cómo entender y emplear los mecanismos que ofrece el Contrato NEC 4, y en especial con relación al mecanismo escalonado de resolución de controversias y la Junta Preventiva de Disputas, con el objetivo de alcanzar los fines de eficiencia en la ejecución de un proyecto y evitar lo que ha ocurrido con otros mecanismos, considerados éstos últimos, en la práctica, como meros pasos formales previos a una solución definitiva.

* Los autores expresan su agradecimiento a NEC Contract, y en especial por el apoyo canalizado por Cheryl Waterman, gerente internacional de NEC, quienes con su ayuda pudimos acceder a los textos oficiales de los contratos NEC para los fines académicos de análisis y crítica en el presente artículo.

** Abogado graduado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho (LL.M.) de la Construcción por la Universidad de Strathclyde. Profesor de la Universidad del Pacífico en el Curso de Especialización en Derecho de la Construcción y Profesor en la Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC). Socio Director en la firma de asesoría en proyectos Solutio Project. Ha sido Gerente de Contratos en la empresa Geocan, del grupo Vinci Construction. Es árbitro y adjudicador proyectos de infraestructura, tanto públicos como privados. Miembro fundador, director ejecutivo y coordinador académico de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y miembro de la Society of Construction Law de Reino Unido. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7818-0078>. Contacto: jalamab@gmail.com.

*** Abogado graduado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. MBA y Magister en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Director Legal y de Administración Contractual en Rutas de Lima (Brookfield-Global Asset Management). Especialista en derecho de la construcción, gestión y financiamiento de proyectos, asociaciones público-privadas, contratación pública y resolución alternativa de disputas a nivel local e internacional. Ha sido Director Legal en Abengoa Perú, OHL Concesiones Perú y Aleatica Perú (IFM- Global Infrastructure Investors). Es Árbitro en materias vinculadas a la ejecución de proyectos de infraestructura y obras públicas y privadas. Es fundador y consejero de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6789-3830>. Contacto: ives.becerra@ibn.pe.

Abstract:

In the midst of the need to find effective and efficient mechanisms for solving disputes in construction projects, this article analyzes the proposal dealing with the multi-tier mechanisms along with the dispute avoidance board, a proposal that runs as part of a collaborative environment (and not the inaccurate idea of a “collaborative contract”), set up by the recently edited-NEC 4. The text offers to the reader the chance to consider, based on their experience and the exposed concepts in the text, a useful and ad-hoc scene using both tools, according to the needs of the project. This article proposes a way of understanding and using the mechanisms offered by the NEC 4 Contract, and especially in relation to the multi-tier mechanism and the Avoidance Dispute Board, in order to achieve the goals of efficiency in the execution of a project and avoiding what has happened with another mechanisms, which were considered in practice as merely formal steps prior to a definitive solution.

Palabras clave:

Multipartes – Entorno Colaborativo – Gestión de controversias – NEC3 – Contract Alliance NEC4 – Multi-tier – Cláusulas Escalonadas de Resolución de Controversias – Juntas de Resolución de Disputas – Dispute Avoidance Board – Dispute Avoidance Adjudication Board – Early Contract Involvement (ECI)

Keywords:

Multipart – Collaborative Environment – Dispute Management – NEC3 - Contract Alliance NEC4 – Multi-tier – Staggered Dispute Resolution Clauses – Dispute Resolution Boards – Dispute Avoidance Board – Dispute Avoidance Adjudication Board – Early Contract Involvement (ECI)

Sumario:

1. Peculiaridades de la industria e ingredientes del conflicto – 2. La adopción de Mecanismos Multi-tier en los Entornos en Colaboración – 3. Origen y Objetivos de los Nuevos Contratos de Ingeniería o New Engineer Contract – NEC – 4. Entorno en Colaboración Propuesto por el Contrato NEC4 – 5. Panel Preventivo de Controversias (Dispute Avoidance Board) en el Entorno Colaborativo según el Contrato NEC4 – 6. Conclusiones – 7. Bibliografía

“Podemos juzgar el progreso por la valentía de las preguntas y la profundidad de las respuestas; por la osadía de encontrar la verdad más que en regocijarnos en lo que nos hace sentir bien”
Carl Sagan. Astrofísico.

1. Peculiaridades de la industria e ingredientes del conflicto

Como es de pleno conocimiento por parte de todos actores que participan en la industria de la construcción, la misma presenta particularidades que hacen que la generación de situaciones conflictivas surjan regularmente. Así, a las restricciones habituales que suelen presentarse frente a la ejecución de un proyecto (presupuestos ajustados, plazos de ejecución insuficientes, generación de eventos sobrevinientes que impactan la continuidad de las obras, etc.), se le añaden aquellas situaciones generadas por la misma interacción entre las personas que gestionan las actividades vinculadas al proyecto durante la vigencia del mismo, independientemente a la posición jerárquica que ocupan las mismas en sus distintas organizaciones, como es el caso del gerente de proyecto del contratista, el supervisor designado por el propietario, los subcontratistas nominados, entre otros.

En tal línea, Roberto Hernández señala que “(...) 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 envuelven (...)”¹.

De igual modo, N. Jaffar, A.H. Abdul Tharim, y M.N. Shuib², refieren que los conflictos más recurrentes en la industria de la construcción pueden englobarse en conflictos vinculados a problemas de comportamiento de las partes, tales como la comunicación insuficiente, aspectos interculturales, expectativas desmesuradas,

1 Roberto Hernández, *Dispute Boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias* (Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014), 15, <https://cdn01.pucp.edu.pe/caric/wp-content/uploads/2018/07/03220820/vol23.pdf>.

2 N. Jaffar, A.H. Abdul Tharim, M.N. Shuib, “Factors of Conflict in Construction Industry: A literature Review,” *Procedia Engineering*, vol. 20 (2011). <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877705811029651>.

etc. Así también, dichos conflictos pueden referirse a inconvenientes generados en los documentos contractuales donde se regula la interacción entre las partes, así como de problemas técnicos, entre otras cuestiones.

Así, los asuntos contractuales generadores de discrepancias entre los actores que intervienen en determinado proyecto, generalmente se encuentran vinculados a la existencia e implementación de variaciones en el alcance de las obligaciones a cargo de las partes, extensiones del plazo de ejecución de las obras, facturación y pago de las valorizaciones correspondientes a los trabajos ejecutados, aspectos vinculados a la seguridad, salud, medioambiente y otras consideraciones que deben observarse en el entorno de trabajo que rodea al proyecto, estándares de calidad y especificaciones técnicas exigidas por el cliente, absolución oportuna de los requerimientos de información por parte de la supervisión de obra contratada por el cliente, entre otras cuestiones de importancia para el desarrollo de los trabajos.

De igual manera, la ejecución de un proyecto de grandes dimensiones puede suponer la participación de una serie de actores (con una alta probabilidad de encontrar la confluencia de personas de distintas nacionalidades y culturas), donde podemos encontrar un gran número de contratistas, proveedores y/o consultores a cargo de distintas actividades interrelacionadas entre sí. En dicho escenario, estos actores toman atención a sus propios intereses y objetivos, los cuales no necesariamente se encuentran alineados ni orientados al cumplimiento de una única finalidad, un único enfoque de riesgos, o a un mismo proceso de interrelación entre todos los actores mencionados.

En tal sentido, todas aquellas relaciones generadas en un entorno multipartes como el anteriormente descrito, se plasman en distintos acuerdos de voluntades (contratos) cuyo contenido no necesariamente se encontrará estructurado siguiendo una misma filosofía, lo cual, sumado a los desencuentros propios generados por las diferencias existentes entre los referidos acuerdos pactados entre las partes involucradas, genera la creación de condiciones que decantaran, potencialmente, en futuras controversias (posible interposición de reclamaciones que podrían impactaren el adecuado desarrollo del proyecto).

Así, el referido conflicto que podría presentarse entre las distintas relaciones contractuales involucradas en un entorno multipartes puede suscitar que determinada controversia entre uno o más actores de la cadena productiva del proyecto, “contaminen” la misma, ocasionando que, a su vez, otras relaciones contractuales se vean impactadas y, en consecuencia, el germen del conflicto se vaya diseminando de modo generalizado comprometiendo la continuidad y avance eficiente del proyecto. Lo anterior es especialmente complicado cuando nos encontramos ante proyectos de alta complejidad en los cuales se interrelacionan distintas especialidades con distintos actores, y en los cuales el referido efecto multiplicador cobra mayor relevancia considerando la cantidad de partes involucradas que tienen intereses en la culminación oportuna del proyecto.

Pensemos, por ejemplo, en un proyecto minero para cuya ejecución deben estructurarse una serie de relaciones contractuales entre las entidades que financian el proyecto y los accionistas propietarios del mismo, entre aquellos y una oficina de gerenciamiento de proyectos (o PMO por sus siglas en inglés), específicamente contratada para que administre y gestione los distintos contratos frente a contratistas especializados a los que se les ha adjudicado distintos paquetes de proyectos, así como a las distintos acuerdos suscritos entre tales contratistas y sus respectivos subcontratistas calificados (locales e internacionales), entre otros.

Siguiendo con el ejemplo anteriormente planteado, imaginémosnos que todas aquellas relaciones contractuales descritas contengan un único mecanismo de solución de controversias (típicamente, un convenio arbitral). En tal sentido, en el evento en que se configure cualquier controversia generada entre dos actores de la cadena productiva del proyecto (por ejemplo, una controversia surgida entre un subcontratista que tiene a su cargo la provisión de una máquina tunelera fundamental para la ejecución de los trabajos de excavación a cargo de uno de los contratistas especializados), y, como consecuencia de ello, se ocasione la paralización de las actividades de procura respectivas, tal evento en apariencia aislado va a generar un impacto concatenado con las demás actividades vinculadas y/o asociadas, generando finalmente una merma en la productividad y un riesgo en el cumplimiento del plazo de ejecución global del proyecto.

Así, es evidente que la estructuración de las distintas relaciones contractuales necesarias para la implementación del referido proyecto deberá venir acompañada de mecanismos “escalonados”, que posibiliten a las partes transitar por distintas instancias especializadas y efectivas para intentar brindar una solución a la controversia que se viene incubando. De tal modo que puedan evitarse los efectos de una abrupta escalada del conflicto, directamente a un mecanismo confrontacional en el cual la solución a la

controversia pueda darse, probablemente, en un plazo dilatado y disociado a las necesidades propias del proyecto.

En tal sentido, como se desarrollará en el presente texto, mecanismos tales como las cláusulas escalonadas de resolución de disputas anteriormente referidos, así como aquellos mecanismos preventivos de solución de disputas, no sólo pueden ser considerados para su implementación en grandes proyectos de infraestructura, sino que aquellos pueden ser utilizados en cualquier tipo de proyecto, indistintamente de su dimensión o complejidad, sin perjuicio del modo en el cual las partes estructuran la asunción y financiamiento de los costos asociados a la implementación de los mismos, como se verá más adelante.

1.1. La gestión de intereses de los diferentes actores en un proyecto de construcción

Frente al entorno descrito, no debe perderse de vista que el interés principal de los propietarios del proyecto será que aquél llegue a concluirse dentro del plazo esperado, bajo el presupuesto adjudicado, y con la calidad comprometida, entre otras consideraciones. En tal sentido, cualquier evento o situación que genere un impacto en el periodo de ejecución de la obra será considerado como altamente sensible por aquellos, y colisionará directamente con las expectativas respecto a la explotación de la infraestructura y la generación del flujo de caja esperado, en el caso de infraestructuras concesionadas.

Por su parte, el principal interés del contratista involucrado en la ejecución del proyecto no es otro que el de culminar la obra utilizando los recursos comprometidos y realmente dispuestos en la misma, más la utilidad esperada, así como lograr que el proyecto se ejecute a satisfacción del cliente. De este modo, el contratista puede llegar a ser acreedor a una siguiente adjudicación y generar una relación comercial de largo aliento con el mismo cliente y/o con empresas vinculadas o pertenecientes al mismo sector.

Asimismo, en la consideración de los intereses de las principales partes involucradas en determinado proyecto, no podemos dejar de considerar las expectativas que tienen aquellos inversionistas que financian las actividades constructivas y proveen los demás recursos necesarios para la culminación exitosa del mismo, siendo que aquellos requieren las garantías necesarias que protejan su inversión.

En función de lo anterior, ante la constatación de que nos encontramos ante actores que, por una parte, se encuentran vinculados a un negocio común (esto es, la ejecución de determinado proyecto), y por otra parte, cuentan con intereses inherentes a su propia situación particular (lo cuales, incluso pueden llegar a ser opuestos conforme a lo señalado anteriormente); se torna necesario articular las distintas relaciones contractuales involucradas, incorporando elementos que permitan que todas las partes colaboren entre ellas para lograr la finalidad común (la culminación exitosa del proyecto), gestionando eficiente, adecuada y oportunamente aquellas situaciones de conflicto que, con toda seguridad, se irán presentando en las distintas etapas y actividades vinculadas a la ejecución del proyecto.

1.2. Necesidad de un cambio de actitud: del entorno en colaboración y la gestión de controversias

Conforme a lo señalado anteriormente, teniendo en consideración las características inherentes a la industria de la construcción (las cuales suponen la potencial generación de condiciones de estrés o conflicto durante el ciclo de vida del proyecto), la necesaria participación de distintos actores para la ejecución del proyecto (pudiendo necesitarse la intervención especializada de determinados actores según la complejidad de ciertas interfases), y la existencia de intereses distintos por parte en cada uno de los actores; la industria de la construcción ha ido perfeccionando el uso de distintos estándares contractuales que acumulan las mejores prácticas y experiencia en la ejecución de proyectos.

En tal sentido, en los siguientes apartados del presente artículo nos enfocaremos en describir las principales ventajas y virtudes que pueden beneficiar a las partes intervinientes en un proyecto considerando especialmente el uso de los contratos NEC (o *New Engineering Contract*) en su cuarta edición (NEC4), elaborada por el Instituto de Ingenieros Civiles (*Institute Construction Engineers* o ICE en su abreviatura anglófona) de Reino Unido.

No obstante, lo anterior, debemos resaltar que, para alcanzar el éxito en la ejecución de un proyecto, no bastará que las partes adopten y suscriban los referidos formatos contractuales, sino que, además, será indispensable que aquellas interioricen la filosofía que subyace en los mismos y acojan un enfoque orientado a prevenir la generación de controversias, encauzarlas y gestionarlas de un modo eficiente y oportuno.

De este modo, según la actual necesidad y respuesta que la industria de la construcción viene otorgando a la problemática descrita, cobra relevancia el fomento y adopción de “entornos colaborativos” en el cual todos los actores involucrados generen y compartan información relevante para la toma de decisiones en beneficio común del proyecto. Se busca, en definitiva, que éstos sean capaces de alinear sus incentivos y compartan la distribución de riesgos considerando el rol que cada uno de ellos desempeña en el proyecto, entre otras consideraciones.

Es importante resaltar que los mecanismos para gestionar adecuadamente las disputas a lo largo del ciclo de vida de un proyecto deben enfocarse en brindar un filtro que permita a las partes acceder a soluciones contemporáneas que eviten que cualquier evento conflictivo decante, necesariamente, en un largo y costoso procedimiento arbitral, generando incluso externalidades adicionales a las propiamente económicas, tales como el impacto en la reputación de las mismas (reflejado en catalogar a las partes como un “contratista orientado al reclamo”, por un lado, y un cliente “difícil”, por el otro), así como un desgaste innecesario en su relación comercial³.

2. La adopción de Mecanismos Multi-tier en los entornos en colaboración

Conforme a lo señalado anteriormente, considerando la importancia que reviste en la industria el preservar y velar por mantener las relaciones de largo plazo entre los distintos actores que intervienen en la misma, uno de los principales aspectos que debe ser tomado en cuenta por los mismos al momento de estructurar los acuerdos que van a regir sus relaciones contractuales, es el contar con mecanismos que les permitan evitar ingresar directamente a un escenario confrontacional, en el cual la desavenencia sale de su esfera de control e ingresa a conocimiento y definición por parte de un tercero ajeno a las mismas y al proyecto, el cual emitirá un pronunciamiento final y vinculante, luego de evaluar la defensa presentada por cada una de ellas.

Así, conforme a lo comentado, a diferencia de lo que podría ocurrir en transacciones efectuadas en otras industrias, en la industria de la construcción nos encontramos ante la ejecución de proyectos que tienen una vocación de larga duración, considerando las distintas etapas involucradas (diseño, construcción, operación y mantenimiento, etc.), lo cual constituye un incentivo adicional para que las partes recurran, desde un inicio, a mecanismos de solución de controversias que impliquen una participación activa de las mismas y un cierto control respecto al curso que adoptará la solución final respectiva.

En dicha línea de ideas, para lograr tal finalidad, cobra relevancia, nuevamente, la actitud diligente y colaborativa que deben observar las partes para lograr encauzar y resolver las controversias que puedan surgir en el desarrollo del proyecto (atendiendo especialmente aquellas que surgen en una etapa inicial del mismo para evitar que estas se magnifiquen y genere consecuencias adicionales), lo cual también va a implicar que se destinen recursos muchas veces no contemplados en el presupuesto inicialmente establecido. En este caso, dichos recursos deberán ser invertidos en equipos técnicos internos, tiempo de los directivos, eventuales contrataciones de consultores externos, entre otros gastos, con el fin de alcanzar la solución que genere el menor impacto en la continuidad del proyecto. De este modo, para efectos prácticos, la actitud de cooperatividad de las partes también se reflejará en el hecho de que aquellas recorran a conciencia los mecanismos de solución de controversias acordados contractualmente⁴.

Es así que la existencia de aquellos mecanismos de solución de controversias previos a recurrir a la resolución de la disputa por parte de un tercero (ordinariamente, un tribunal arbitral) pasa por que las partes tomen conciencia de la necesidad y conveniencia de acordar el uso de los mismos, adoptando mecanismos “escalonados” de solución de las diferencias que puedan surgir entre las mismas. El trasfondo de contar con tales mecanismos implica brindar a las partes la posibilidad de implementar un filtro respecto a aquellas controversias que podrán ser solucionadas directamente por las mismas o, en su

3 La referida situación cobra relevancia cuando nos encontramos ante la ejecución de un proyecto para la provisión de un servicio público, en la medida en que la existencia de un carácter litigioso y confrontacional de las partes puede generar la existencia de diversos procedimientos contenciosos simultáneos, lo cual atenta contra el erario público, genera potenciales responsabilidades administrativas por parte de los funcionarios involucrados y, sobre todo, atenta contra la finalidad última de contar con un proyecto de calidad y la provisión de un servicio público adecuado y oportuno para la población beneficiada.

4 “A multi-tiered dispute resolution clause, by combining different ADR techniques with arbitration, gives parties the opportunity to formulate the most suitable way of resolving their disputes in accordance with the special needs of their relationship. While it enables parties to resolve simpler and financially smaller problems by spending less time and money, it also allows them to preserve their future relationship by providing less confrontational ADR procedures. Accordingly, multi-tiered dispute resolution clauses are being increasingly used, especially in long-term and complex international commercial contracts. Therefore, it could be argued that once drafted in an operative way, a multi-tiered dispute resolution clause should be respected and enforced as the choice of the parties.” Didem Kayali, “Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses”, *Journal of International Arbitration*, vol. 27 (2010): 14. http://www.gasi-arbitration.ch/documenti/37/37_PETER_Paper%202.pdf.

defecto, mediante la intervención de terceros especializados que emitirán una decisión contemporánea a la ejecución del proyecto (la cual, pese a tener que ser acatada por las partes de manera inmediata, puede ser posteriormente impugnada en el marco de un siguiente procedimiento pudiendo ser uno arbitral).

En la medida en que existirán determinadas controversias que, finalmente podrán ser objeto de conocimiento y decisión por parte de un tribunal arbitral, la idea es que aquel mecanismo final sea destinado exclusivamente para resolver tales controversias y no el universo de situaciones que, con seguridad, se irán presentando durante el desarrollo del proyecto (las cuales podrían ser solucionadas por las partes en aplicación de los distintos mecanismos que anteceden al procedimiento arbitral)⁵.

Entre los beneficios de incluir las denominadas cláusulas escalonadas de resolución de disputas, se encuentran, los siguientes: proveer a las partes una oportunidad de resolver sus disputas de un modo menos oneroso respecto a los recursos que se invertirían en caso recurran directamente a un procedimiento arbitral⁶; se brinda un espacio de diálogo menos confrontacional que cuando nos encontramos ante un demandante y un demandado (permite que aquellos involucrados directamente desde el inicio del proyecto tengan la oportunidad de colaborar en la solución contemporánea de la disputa). De este modo, las cláusulas escalonadas de resolución de disputas son un mecanismo eficiente para filtrar aquellas controversias cuya resolución sí podría solucionarse directamente por las partes, sin necesidad de recurrir a un procedimiento arbitral a diferencia de aquellas que deberán ser sometidas al mismo (evitando el uso ineficiente de aquellos recursos invertidos por las partes en un procedimiento arbitral).

Una vez que las partes han optado por incluir un mecanismo escalonado (que también podemos denominar mecanismo multi-etapa) de resolución de disputas en el acuerdo que regulará su relación contractual, es importante que dichas partes colaboren para que los referidos mecanismos se cumplan efectivamente y no sean percibidos como meros requisitos a atender para estar en disposición de elevar la controversia a arbitraje⁷.

Así, por ejemplo, tomando como referencia la experiencia local, podemos hacer mención a la distorsión que se generó en relación al uso de la Conciliación Extrajudicial⁸ como legítima alternativa frente a la cada vez más creciente litigiosidad generadora del colapso de nuestro sistema de justicia, en la medida en que, al establecer el referido mecanismo como requisito mandatorio para poder dar inicio a un proceso judicial en relación a determinadas materias, los usuarios del sistema de justicia adoptaron, de modo generalizado, una conducta práctica orientada a agotar la referida fase del modo más célere posible, dentro del marco normativo, de tal modo que puedan encontrarse en disposición de dar inicio al proceso judicial correspondiente.

En tal sentido, conforme a lo comentado anteriormente, es de fundamental importancia que las partes tengan la convicción de que no omitirán ejecutar los mecanismos previos a efectos de escalar la disputa a un procedimiento arbitral, más aún si la misma no ha sido sometida previamente a los mismos y las partes no han agotado los esfuerzos para arribar a una efectiva resolución de la disputa⁹. Asimismo, es importante reiterar que será necesario que las partes involucradas interioricen la importancia de las cláusulas escalonadas de solución de controversias incorporadas a su acuerdo contractual, encontrándose en capacidad de hacer uso adecuado de las mismas, de tal modo que los beneficios puedan concretarse en la realidad.

Es probable que existan determinadas controversias que deban ser, finalmente, sometidas por las partes a un procedimiento arbitral, pero para efectos de que la inversión en costo y tiempo que supone transitar por el mismo (sin contar el impacto en las relaciones comerciales entre las partes), pueda optimizarse, es conveniente que todas aquellas disputas que han podido resolverse previamente mediante aquellos

5 "(...) By including a multi-tier clause in a contract, the parties signal that efforts should be made to settle a dispute prior to arbitration, and that arbitration will only be sought as a last resort (...)".

George Vlavianos y Vasilis Pappas, "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Conditions Precedent to Arbitration", *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1142626/multi-tier-dispute-resolution-clauses-as-jurisdictional-conditions-precedent-to-arbitration>

6 "(...) in complex contracts different types of disputes may arise and multi-step clauses contain procedures appropriate for these different disputes which enable parties to resolve simpler and financially smaller problems by spending less time and money (...)" Kayali, "Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses", 2.

7 "in spite of an agreement which contains a multitiered clause, one of the parties may ignore the former steps and directly submit the dispute to arbitration. In such a case, enforceability of the steps prior to arbitration will depend on the wording of the clause and the approach of the courts or arbitral tribunal to the issue". Kayali, "Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses", 14.

8 Ley 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial.

9 "(...) Such clauses enable parties to formulate the best dispute resolution mechanism that accords with the specific needs of their relationship by combining adversarial procedures with ADR proceedings. Consequently, they are being increasingly used in long-term and complex construction and engineering contracts which basically count on the constant cooperation of the parties throughout the duration of the contract (...)" Kayali, "Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses", 1.

mecanismos acordados por las partes, hayan podido ser debidamente definidas por las mismas, de tal modo que la competencia del tribunal arbitral se avoque a resolver exclusivamente las disputas sobre las cuales no ha sido posible alcanzar un acuerdo previo¹⁰.

En este punto, es importante mencionar que, en la industria de la construcción, el diseño de aquellas cláusulas de solución de controversias escalonadas generalmente contempla el uso de las Juntas de Resolución de Disputas (en adelante las JRD). Las ventajas de incluir tal figura son, entre otras, el permitir que los miembros de la Junta puedan involucrarse desde un momento inicial (génesis de la disputa), al ser partícipes del proyecto (en el caso de las denominadas Juntas Permanentes).

Asimismo, desde una perspectiva práctica y desde el punto de vista del contratista, esto supone la posibilidad de acceder a un mecanismo mediante el cual, en caso se obtenga un resultado favorable, el mismo pueda contar oportunamente con los recursos necesarios para seguir adelante con la ejecución del proyecto sin verse afectado por una situación de falta de liquidez. Esto último muchas veces se torna una necesidad primaria, puesto que, si el contratista espera a que su pretensión sea reconocida luego de la culminación de un procedimiento arbitral, probablemente tenga que financiar directamente aquellos recursos que necesita para culminar el alcance contractual encomendado.

Asimismo, desde el punto de vista del sustento y medios de prueba que apoyan la tesis de cada una de las partes, se tiene la ventaja de aspirar a una solución a la disputa en tiempo real, mediante aquella documentación contemporánea que se encuentra a disposición de las partes. Así también, una ventaja adicional es la participación de aquellas personas que tienen relación directa con los aspectos involucrados en la disputa, en tanto (como suele ocurrir en el curso de un proyecto de construcción de larga duración) muchas veces los equipos técnicos y gerenciamiento de las partes suele sufrir modificaciones a lo largo de la ejecución del proyecto. Esto último puede devenir, en el marco de un procedimiento arbitral, en situaciones complejas al momento de recabar las declaraciones y testimonios de aquellas personas que, efectivamente, participaron en los hechos vinculados a la controversia que somete al conocimiento del tribunal arbitral.

Es importante destacar que la finalidad de contar con tal mecanismo es permitir que las partes pueden concentrarse en avanzar en la ejecución del proyecto y derivar aquellas potenciales disputas al referido foro de solución de controversias, de tal modo que las actividades y etapas del proyecto no impactadas sigan su curso normal. Así, al igual que las partes involucradas en la ejecución de un proyecto se encuentran familiarizadas con la existencia de distintos foros permanentes de coordinación y gestión comunes en la ejecución de un proyecto (tales como los comités de auditoría, de seguridad o de medio ambiente, entre otros), aquellas deberán identificar a la JRD como un mecanismo que acompañará permanentemente el desarrollo de los trabajos. Así, se maximizarán los beneficios de eficiencia y las partes renoverán la confianza mutua. Dicha confianza se fortalece cuando existe una solución efectiva y rápida de las controversias, a un costo bajo comparado a someter las mismas al conocimiento y decisión de un tribunal arbitral.

Es importante considerar, además de lo señalado anteriormente, que el contar con un mecanismo como la JRD, permite que las partes puedan acceder a una solución a su disputa mediante un órgano especializado, independiente, objetivo e imparcial, donde su decisión considerará el conocimiento contemporáneo de los hechos que configuran la controversia. En tal sentido, aquella parte que no se encuentre conforme con el resultado de la referida decisión, tendrá que evaluar sesudamente las reales posibilidades de éxito que podría tener su caso en la eventual situación en que decida impugnar la decisión emitida por la JRD ante un tribunal arbitral.

Conforme a lo expuesto, es innegable que la incorporación de cláusulas escalonadas de solución de conflictos ha sido bien acogida en los contratos de construcción internacionales, en la medida en que ofrecen un gran potencial para la resolución de disputas de modo eficiente y amigable entre las partes involucradas¹¹. Asimismo, además de las referidas cláusulas escalonadas de solución de controversias,

10 "(...) Multi-tiered dispute resolution clauses can work for the benefit of the parties, if drafted and used correctly. They can give parties recourse to a less formal, cheaper and quicker process for resolving disputes (though they cannot guarantee a successful early resolution) (...)". Elizabeth Kantor y Philip Parrot, "Gaps can end in tears", Herbert Smith Freehills (2016). <https://hsfnotes.com/arbitration/wp-content/uploads/sites/4/2016/08/GapsCanEndInTears.pdf>.

11 "(...) One significant change that emerged between the 2018 survey, and its immediate predecessor carried out in 2015, is the increased popularity of alternative dispute resolution (ADR) being used in combination with international arbitration. In 2015, only 34% of respondents stated a preference for the use of ADR in combination with international arbitration. In the 2018 survey, this percentage has increased to 49%. The interviews conducted with 2018 survey participants revealed that the majority of those using ADR in combination with international arbitration were doing so as a result of a contractually agreed multi-tiered dispute resolution clause. Such clauses are commonly adopted in construction contracts, with the aim of narrowing the scope and number of disputes being finally referred to arbitration. (...)". Rebecca Shorter, "Trends in construction disputes", Construction Law Review (2018), <https://www.whitecase.com/publications/article/trends-construction-disputes>.

como parte de las buenas prácticas de contratación en construcción, desde hace varios años la industria ha acogido a nivel internacional la adopción de contratos estandarizados.

Uno de estos es el caso de los contratos FIDIC (de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores). En dichos contratos, los mecanismos escalonados de solución de controversias han seguido una interesante evolución: la primera edición del Red Book (1957), contemplaba en su cláusula 66 (Settlement of Disputes) dos niveles: la Decisión del Ingeniero (*Engineer's Decision*) y el arbitraje (*Arbitration*). Posteriormente, The FIDIC Rainbow Suite (1999), incluyó una estructura de tres niveles (cláusula 20 del Red Book, Yellow Book y el Silver Book) como son: la Junta de Resolución de Disputas (Dispute Adjudication Board), acuerdo amigable (*Amicable Settlement*) y el arbitraje (*Arbitration*). Asimismo, conforme a lo establecido en The FIDIC Rainbow Suite 2017 (Clause 21 Red Book, Yellow Book, Silver Book), se establecen los siguientes niveles: el Panel Preventivo y de Resolución de Controversias (Dispute Avoidance / Adjudication Board), acuerdo amigable (*Amicable Settlement*) y el arbitraje (*Arbitration*).

En el caso del presente análisis, hemos elegido una breve y sistemática revisión a la familia de los Contrato NEC, en especial al NEC4, siendo la última versión de éstos. Veamos entonces cómo desde de un entorno colaborativo podemos verificar la conveniencia en el uso de cláusulas escalonadas de solución de controversias.

3. Origen y Objetivos de los Nuevos Contratos de Ingeniería o *New Engineer Contract* – NEC

Tradicionalmente, el Instituto de Ingenieros Civiles de Reino Unido (*Institution of Civil Engineers* o ICE) venía produciendo contratos donde los miembros de los comités encargados en su redacción provenían de organizaciones con intereses totalmente dispares. Durante la revisión constante de lo que acontecía en los conflictos entre contratistas y clientes en la industria británica, ICE detectó la necesidad de una mejora sustancial en el entendimiento de los contratos de ingeniería y construcción.

Debido a esta necesidad, en 1991 se llevó a cabo una edición consultiva elaborada por un panel con una visión más uniforme, edición que contuvo una serie de consideraciones inusuales para muchos y para otros ciertamente innovadores. Una de las innovaciones más saltantes fue una redacción en tiempo presente por completo y uno de los grandes aportes fue alejarse de la terminología que usualmente adoptaba los contratos ICE (un ejemplo de ello fue no utilizar términos relacionados a los daños liquidados sumamente utilizados también por los tribunales británicos). De esta manera, la versión consultiva de 1991 emitida por ICE llamó la atención por el lenguaje pragmático y poco ortodoxo, elementos hasta cierto punto positivos por proponer para los usuarios directos un lenguaje claro y menos complejo.

Gracias a los comentarios recabados durante el proceso consultivo, ICE lanzó la primera publicación en 1993 de una familia de contratos, considerado un nuevo contrato con una nueva visión en su interpretación. Así nacieron los nuevos contratos de ingeniería o *New Engineer Contract* (NEC). La segunda edición que fue resultado de una constante revisión de la primera, dándose la publicación en 1995. Dicha edición tuvo una importante aceptación, la que no tuvo relevantes cambios a lo largo de 10 años, para que finalmente en 2005 se marcara un hito con la publicación de los contratos NEC3.

De este modo, NEC3 ofrecía un contrato estándar principal de ingeniería y construcción, un contrato corto para suministro o procura, un contrato que establece términos de distintos servicios alrededor de la ejecución del contrato (los conocidos *Term Service Contract* o TSC), modelo de contrato para los adjudicadores y el modelo de contrato para servicios profesionales involucrados con el contrato principal alrededor del proyecto a ejecutar. Dichos contratos utilizados en conjunto mostraron gran ductibilidad en su manejo y apropiado para la necesidad de cubrir los acuerdos alrededor del proyecto con un lenguaje claro y que ha pretendido dejar de lado ambigüedades.

La redacción esencial de los contratos que propone NEC3 gira en torno a que “el propietario, el contratista, el gerente de proyecto (*Project Manager*) y el supervisor van a actuar según lo establecido en el contrato y en un espíritu de mutua confianza y cooperación”.

Uno de los aportes más relevantes de cooperación ha sido la inserción en el NEC3 del registro de riesgos (*Risk Register*), no sólo para identificar éstos sino también para establecer una metodología de cómo tratarlos.

Asimismo, el contrato NEC3 y el reciente NEC4 proponen contratos complementarios de servicios profesionales y subcontratos, entre los que también se incluyen los acuerdos con los adjudicadores (para la junta de solución de controversias), que bien utilizados forman un entorno más dúctil y debidamente vinculados a un contrato principal, considerando posibles inclusiones de cláusulas principales y secundarias (como las opciones Y o Z en cada contrato).

Fue gracias al uso de los contractos NEC3 que se llevó a cabo la construcción de la infraestructura olímpica en Londres 2012, el proyecto Cross Rail de Londres y el terminal 5 del aeropuerto de Heathrow Airport, terminal 3 del aeropuerto internacional de Dehli, India, entre otros importantes proyectos a nivel internacional.

A igual que el NEC3, el NEC4 se divide en 5 principales secciones:

- i. Cláusulas centrales (*core clauses*): Estas cláusulas contemplan principales definiciones del contrato, el modo de comunicación entre las partes, como se resolverán las ambigüedades o inconsistencias, características importantes del rol del Gerente del Proyecto (*Project Manager* o PM), los mecanismos de las alertas tempranas, el tratamiento sobre eventos compensables, el pago, principales responsabilidades del Contratista, términos de resolución, entre otros aspectos relevantes.
- ii. Resolución de Disputas en las cláusulas W: Esta sección concentra el acuerdo alrededor de la solución de controversias por un panel de expertos llamados adjudicadores. A diferencia del NEC3, el NEC4 considera un panel (o conjunto de miembros llamados por las partes) que tendrán como finalidad la prevención (o *avoidance*) de controversias.
- iii. Cláusulas secundarias (*secondary options*): Esta sección reúne orgánicamente las cláusulas X, Y y Z. Las cláusulas X cubren los acuerdos en torno al ajuste del precio por distorsiones macroeconómicas o de mercado, cambios en la ley, bono por culminación temprana, gestión de información (*modelling information*), daños por baja eficiencia en el desempeño, entre otras cláusulas. Las cláusulas Y y Z cubren las exigencias especiales que en cada caso las partes propondrán en concordancia con la información establecida en el anexo de datos o información del contrato (*Contract Data*).
- iv. Componentes de costo (*Schedule Cost of Components – SCC*): Contiene las reglas y reconocimiento de pago o reembolso del personal directamente contratado por el contratista, considerando al personal que trabajó en el sitio de obra o fuera de este.
- v. Información esencial para el Contrato (*Contract Data*): Contiene la información esencial a considerar separada por partes 1 (provista por el propietario) y 2 (provista por el contratista). Ambas partes contienen la información que debe ser conocida por las partes al momento de contratar y que les dan forma a los acuerdos. Se encuentran desde las condiciones bajo las cuales se consideran ciertos eventos como compensables hasta los componentes que forman el costo del presupuesto ofertado por el Contratista.

Considerando los 5 principales componentes del contrato NEC4 como estructura que orgánicamente establece vínculos entre éstos, pasaremos a revisar brevemente los nuevos aportes que el contrato NEC4 propone en pro de establecer un entorno en colaboración. Después de ello, analizaremos de modo conciso la sección referida a la resolución de controversias (o cláusulas W) con el fin de constatar si los objetivos de esta nueva “llave” del contrato NEC4 en solución de controversias se encuentra alineada al ámbito colaborativo y, lo que es más importante, a los fines de las cláusulas escalonadas de solución de controversias.

Sin perjuicio de lo anterior, antes de pasar al análisis sobre el tipo del panel de expertos que puede ser efectivo de acuerdo con el contrato NEC4, debemos analizar brevemente el entorno en cooperación que intenta plantear dicho contrato estandarizado.

4. Entorno en colaboración Propuesto por el Contrato NEC4

Conforme a lo señalado anteriormente, los ambientes en colaboración se vienen proponiendo en diversos contratos estandarizados a nivel internacional desde hace varios años.

Así, considerando las características inherentes a la industria de la construcción, descritas al inicio del presente texto, la misma reconoce que el éxito en la gestión de los proyectos radica en lograr tal entorno en colaboración en el cual todas las partes involucradas en la ejecución de determinado proyecto actúen bajo determinadas premisas y objetivo común.

En tal sentido, el entorno en colaboración en la ejecución de un contrato de construcción supone la implementación de ciertos procesos que integran grupos humanos, sistemas de trabajo e interacción constante, producción e intercambio de información, entre otros aspectos involucrados en el proyecto.

Para que dicho entorno en colaboración pueda ser alcanzado, se requiere un acuerdo suficientemente claro y previo a la ejecución, que involucre la mayor cantidad de agentes intervinientes en la ejecución de las distintas actividades vinculadas al proyecto. Para dicho objetivo, cada agente debe interiorizar y

tomar consciencia que el establecimiento de un ambiente en colaboración supone grandes ventajas, tales como la reducción de las probabilidades de fallas en los procesos de producción y la solución temprana de conflictos, evidenciando una comunidad de intereses orientada a la efectiva culminación del proyecto dentro del plazo, presupuesto y calidad esperadas.

Como puede apreciarse, ante distintos eventos que suelen suscitarse durante la ejecución de un proyecto, y que pueden generar escenarios de tensión entre los distintos actores de este; es indispensable la integración de los diferentes equipos de trabajo identificando los diferentes intereses para un mismo objetivo, con la finalidad de implementar un entorno en cooperación entre todos los agentes intervinientes. Es decir, antes de verificar un escenario donde el conflicto es altamente probable, es indispensable crear un ambiente de acercamiento efectivo entre las partes. Para David Mosey, para dicho objetivo, es indispensable identificar las prioridades, y de ese modo, integrar las necesidades de los equipos de trabajo:

“Collaboration among individuals engaged on a project or programme of works is only made possible by integrating the differing needs and commercial priorities of the organizations who employ them. Knowledge is power, and the legal and commercial tests of collaborative construction procurement should include:

- Firstly, whether team members build up shared knowledge at a time when it can be used to improve project outcomes
- Secondly, whether team members use that shared knowledge to improve project outcomes rather than for their individual benefit¹².

De este modo, adoptando el referido entorno colaborativo, se generarán las condiciones necesarias para que los actores puedan compartir el conocimiento de la información más importante del proyecto de modo oportuno, lo cual coadyuvará a que puedan adoptarse las mejores decisiones en beneficio del proyecto. Asimismo, es necesario resaltar que el uso permanentemente de aquella información compartida y debidamente actualizada otorga mayores posibilidades de alcanzar mejores resultados en el rendimiento del proyecto, y con ello, un beneficio para todas las partes que intervienen en el mismo.

En relación con las características de cooperación en ciertos contratos estandarizados, creemos importante mencionar la no existencia de lo que en muchos foros se denomina como “contratos colaborativos”, entendiéndose (indebidamente) como tales a ciertos contratos estandarizados que proponen distintas herramientas que coadyuvan a la cooperación entre las partes contratantes. Desde nuestro punto de vista, creemos importante considerar que no existen “contratos colaborativos”, sino que la terminología más acertada es “contratos que proponen entornos en colaboración”. Los agentes serán más o menos colaborativos en tanto utilicen (en mayor o menor medida) de modo eficiente, las herramientas que tales contratos estandarizados proponen.

Es importante precisar que los mecanismos de solución de controversia utilizados en los contratos NEC son perfectamente aplicables en el sistema de derecho civil (o *Civil Law*) ya que, en la mayoría de las jurisdicciones propias de este sistema jurídico, como ocurre con la peruana, la legislación civil permite –en el ámbito privado– la autoregulación de las partes mediante aquellos acuerdos que finalmente incorporen en determinado contrato. Asimismo, en lo que concierne al ámbito público, según la legislación vigente en nuestro país, es permitido y reconocido normativamente el uso de instrumentos como las juntas de resolución de disputas y otros mecanismos que pudieran contemplar no solo los contratos NEC si no también los contratos estandarizados a nivel internacional¹³. Así, en la contratación pública local se viene instaurando un régimen especial conformado, por un lado, por proyectos que se están ejecutando mediante los denominados Convenios Gobierno a Gobierno que el Estado Peruano viene suscribiendo con otros estados¹⁴. Por otro lado, gracias a la promulgación del Decreto de Urgencia N° 021-2020, se establece un modelo de ejecución de inversiones públicas a través de los denominados “Proyectos Especiales de Inversión Pública” (PEIP’s), lo cual supone que en el Perú se establezca normativamente,

12 David Mosey, *Collaborative Construction Procurement and Improved Value* (Oxford: John Wiley & Sons, 2019).

13 El Artículo 212.1 y 212.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 344-2018-EF menciona la posibilidad que Entidades públicas pueden contratar obras que incluyan diseño y construcción a través de modalidades llave en mano, considerando el sistema de suma alzada. Asimismo, mediante directiva del OSCE se regulará dichas contrataciones, las que pueden incluir la posibilidad de utilizar modelos contractuales de uso estándar internacional.

14 Vigésimo Primera Disposición Complementaria de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225: “En las contrataciones que realice el Estado con otro Estado, la adquisición de bienes, contratación de servicios, ejecución de obras, la gestión, desarrollo u operación, pueden ser ejecutadas por el otro Estado a través de sus propios organismos, dependencias, empresas públicas o privadas nacionales o extranjeras. La contratación de Estado a Estado se regula **bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional** (...) (el énfasis es nuestro)”.

por primera vez, un método de ejecución de inversión pública que compromete ciertas herramientas fundamentales y de uso generalizado en la industria de la construcción a nivel internacional, tales como el uso de contratos estandarizados y una metodología de modelamiento digital de información, entre otros. En tal sentido, para alcanzar los objetivos que la referida norma aspira, aquella reconoce que es fundamental recoger las mejores prácticas y estándares internacionales en lo que a ejecución de infraestructura se refiere.

4.1. Información Anticipada a partir de los Acuerdos ECI en los Contratos NEC4 - Opción C y E

Siguiendo con el enfoque en la generación de entornos colaborativos, debemos destacar que en la nueva edición NEC4 (con especial énfasis en las opciones C y E), se establece la posibilidad de nombrar al contratista en una etapa temprana del proyecto, para que éste tenga cierto involucramiento inicial y lleve adelante un pronóstico en el precio de la oferta técnica y desarrollo del diseño de este.

De esta manera, las partes pueden acordar anticipadamente el alcance y los precios aplicables antes de pasar a la etapa de construcción tanto de la “etapa 1” (concerniente al desarrollo del alcance, diseño detallado y acuerdo sobre precio del proyecto), como de la “etapa 2” (construcción).

Así, se abre la posibilidad de un involucramiento temprano del contratista (o en su traducción anglófona un *Early Contract Involvement – ECI*), constituyéndose un acuerdo especial al interior del contrato principal NEC en la opción C y E. La finalidad de este involucramiento temprano es la de recibir, de parte del contratista, un adecuado pronóstico en el detalle de los trabajos que llevará a cabo y el precio de las etapas que estarán a su cargo. Así también se permite, desde una etapa inicial, la posibilidad de introducir mejoras y/o ahorro de costos en el proyecto¹⁵.

En Reino Unido se ha promovido desde los años 90’s la interacción temprana con los proveedores, convirtiéndose en parte esencial en la estrategia de adquisiciones en los proyectos de infraestructura, particularmente en proyectos complejos y de alto valor, donde existen múltiples partes interesadas¹⁶. Es por ello que, en la actualidad, muchos usuarios de NEC utilizan un acuerdo ECI, en el cual se establecen reglas especiales (de ejecución y pago del contratista) en la intervención del contratista.

El referido acuerdo ECI (o ad-hoc para dicho involucramiento) consta de la elaboración de un examen de pronóstico en dos etapas. La primera etapa es la fase de pre-construcción, con desarrollo del alcance, y diseño detallado. La segunda etapa es la fase de construcción, con la finalización de cualquier diseño detallado restante. Para cada etapa, el contratista deberá presentar una propuesta económica particular e independiente.

Es importante precisar que, por el trabajo de análisis y propuesta del pronóstico (o *forecast*) sobre lo que ejecutará y el precio de los trabajos involucrados, el contratista tiene derecho al pago de un determinado costo de servicios, más una tarifa por el desempeño profesional del personal clave involucrado en el acuerdo ECI.

Al finalizar la etapa 1 y presentar el pronóstico en detalle (incluyendo los alcances de los trabajos y el precio respectivo), el cliente se encuentra en posición de tomar la decisión de pasar a la “etapa 2 y, de ser así, el gerente del proyecto notifica al contratista. Sin perjuicio de lo anterior, en el evento en que el cliente decida, por cualquier motivo, no continuar con la etapa 2 (por ejemplo, por no haber aprobado la programación de actividades correspondientes a la primera etapa propuesto por el contratista), ello no generará obligación alguna de efectuar alguna compensación a favor del contratista que ha participado en la primera etapa. De igual modo, antes de que el cliente emita el aviso para pasar a la etapa 2, las partes pueden acordar cambios en el presupuesto y el precio de las obras. Si no se da un aviso para proceder, el gerente del proyecto emite una instrucción que elimina las obras de la etapa 2 del alcance del proyecto. De esta manera, el cliente puede decidir que el trabajo de construcción (etapa dos) sea realizado por otro contratista sin que ello le genere un sobrecosto vinculado a alguna reclamación formulada por el Contratista primigenio.

En cuanto a los incentivos que subyacen en esta figura, entre los más importantes, debemos señalar a los siguientes:

- i. En los datos del contrato (información establecida en los documentos contractuales denominados *contract data*) declarados, el cliente establece una cantidad aproximada global que incluye no sólo

15 Esta etapa es más conocida como “*Early contractor Involvement*”, la que se encuentra redactada sólo para la opción C (*target price with activity schedule*) y opción E (*cost reimbursable contract*) según la cláusula X22.

16 David Hunter, “Engaging Suppliers Early with NEC4”, NEC Contract, febrero de 2019, <https://www.neccontract.com/About-NEC/News-and-Media/Engaging-suppliers-early-with-NEC4>.

lo que se pagará al contratista, sino además otros costos indispensables vinculados al proyecto, tales como la adquisición del terreno necesario para la ejecución de las obras, la contratación de consultores de distintas especialidades vinculadas con el alcance y tipología del proyecto, entre otros. Por lo tanto, al contar con toda esta información consolidada, las partes se encontrarán en una mejor posición para determinar aquella situación en la cual los cambios en el alcance generen, a su vez, cambios en el presupuesto global del proyecto.

- ii. Al tener acotado, con mayor certeza, el presupuesto global del proyecto, el cliente tendrá los incentivos necesarios para precisar con la mayor exactitud posible aquellos puntos que podrían influenciar en los trabajos (pronosticados) del contratista, en relación con el costo y el ritmo de producción de éste.
- iii. Como consecuencia adicional respecto a lo señalado en el párrafo anterior, la participación del contratista al inicio del proyecto aumentará las oportunidades para que el mismo influya en la estructuración y adecuada elaboración de los costos del proyecto. Durante las dos etapas de ECI (1 y 2), el contratista es responsable de preparar pronósticos del costo total del proyecto, en consulta con el gerente del proyecto. Ello otorga un conocimiento profundo del proyecto mediante una interacción de información mucho más dinámica que el estilo tradicional de contratación.
- iv. Si el costo del proyecto al finalizar la totalidad de las obras es menor que el monto presupuestado, el contratista podrá ser recompensado con un bono (previamente establecido por las partes). Este es uno de los mayores incentivos para el contratista. Si las partes por ejemplo han suscrito la opción E y se excede el presupuesto, el contratista no tiene ninguna responsabilidad por el costo adicional generado para la ejecución del proyecto.
- v. El cliente recibe, desde la etapa 1 y 2, el debido pronóstico de desarrollo y precio tanto de la etapa de diseño como de construcción del proyecto. Ello permite al cliente tomar una decisión informada al decidir continuar con la fase de construcción. La celebración de un contrato con ECI involucra con mayor cuidado y detalle al cliente en decisiones comerciales que requieren una consideración cuidadosa.
- vi. Al contratista se le reembolsa el costo más una tarifa por el trabajo realizado durante la respectiva fase de ECI que le hubiese sido encomendada por el cliente, pero el cliente no tiene la obligación de seguir adelante con la subsiguiente fase, en el evento en que adopte tal decisión, sin que ello suponga asumir algún tipo de obligación adicional frente al Contratista.
- vii. El trabajo colaborativo en el proceso de diseño y planificación brinda la oportunidad de administrar los riesgos asociados con la constructividad y el excedente del presupuesto del cliente.

Conforme a lo expuesto, recurrir a un acuerdo ECI genera una mayor colaboración entre las partes para el desarrollo del diseño, aun considerando diferentes intereses, creando mayor certeza en relación con los costos vinculados al proyecto, lo cual redundará en un beneficio para ambas partes.

Sin embargo, creemos que los costos en todas las etapas deben ser lo más transparentes y reales posibles, otorgando además una equilibrada determinación de las obligaciones de ambas partes en el ECI, ya que cualquier desequilibrio debido a una poco justa contraprestación, desincentivaría al contratista en buscar proactivamente una reducción en el precio del proyecto (objetivo o meta). Así, llamamos la atención con relación a que un factor de éxito fundamental para que este esquema funcione adecuadamente es el buscar implementar un debido equilibrio en la determinación de las prestaciones y contraprestaciones vinculadas a los derechos y obligaciones de cada una de las partes que participan en el negocio. Ello constituirá el primer paso en la propuesta de un entorno en colaboración.

4.2. Cláusulas Escalonadas de Solución de Controversias en un entorno en colaboración: Opción X12 y el *Contract Alliance NEC4*

Considerando que las partes involucradas en la ejecución de un proyecto inician el mismo con intereses diversos y objetivos colaterales, hasta en cierta medida contrapuestos, (en ciertos casos el mayor pago por mejores diseños no siempre se alinea con el interés del cliente), para construir un verdadero entorno en colaboración, será indispensable establecer procesos de interrelación entre los distintos grupos humanos provenientes de las empresas involucradas al proyecto, a fin de implementar un mismo proceso de comunicación, transmisión de información, esclarecimiento y requerimiento de nuevos diseños, reporte claro y temprano de hechos de importancia, absolución de consultas técnicas, y otro tipo de mecanismos y actividades de relevancia para el adecuado desarrollo del proyecto.

Si bien es cierto, en cuanto a la literalidad, el contrato NEC4 también señala, al igual que en el caso de otros contratos estandarizados, la obligación de cooperación entre las partes, conforme a lo establecido en su cláusula 10.1: “las partes, el gerente de proyecto y el supervisor actuarán con un espíritu de mutua confianza y cooperación”. Sin embargo, para que dicha literalidad trascienda en la práctica, es fundamental que las partes involucradas arriben, de modo consciente y voluntario, a principios comunes y consensuados, a fin de establecer una regulación de que reglamente de modo eficiente sus relaciones contractuales. Como es sabido, si los procesos internos (sistemas integrados administrativos y de producción) en las distintas organizaciones se encuentran estandarizados, y debidamente vinculados, el campo de práctica de un entorno en colaboración será mucho más fácil de ser llevado a cabo.

Es importante hacer referencia a que, en 2017, el juez Coulson se pronunció en el caso *Costain Ltd v Tarmac Holdings Ltd*. respecto de los principios de colaboración propios del contrato NEC3, coincidiendo con lo señalado por el equipo de Keating Chambers¹⁷ en su publicación sobre el análisis del NEC3. En la mencionada publicación, se hace una mención clara al caso *Automasters Australia PTY Ltd v Bruness PTY Ltd* refiriéndose sobre la buena fe contractual propugnada por NEC3, considerando lo siguiente: “What is good faith will depend on the circumstances of the case and the context of the whole contract”.

De este modo, considerando las bondades y beneficios que el NEC3 supone para generar y brindar las condiciones para la implementación de un real entorno colaborativo para la ejecución de un proyecto, debemos señalar que el contrato NEC4 ofrece una serie de mecanismos (consignadas en sus cláusulas) que suman al objetivo de brindar a las partes las herramientas necesarias para construir y optimizar el referido escenario en cooperación.

Considerando lo mencionado hasta el momento, vemos necesario revisar con claridad dos de los ejemplos que, a nuestro parecer, son los más importantes en relación a la implementación de mecanismos de integración de un conjunto de actores (multipartes): la cláusula opción X12 y los contratos en alianza del NEC4.

4.2.1. Opción X12 y los Acuerdos Multiparte de Colaboración

La cláusula Opción X12 (como parte del segmento catalogado como las cláusulas de opción secundaria del NEC4) propone una cláusula de acuerdos multiparte con la finalidad de integrar los múltiples compromisos de los diversos agentes que son parte del proyecto, cohesionándolos y articulándolos, persiguiendo un mismo objetivo, considerando elementos comunes básicos como son un mismo cronograma y procesos integrados de producción.

En definitiva, la opción X12 propone alinear objetivos mediante la cooperación entre los distintos actores de cada una de las partes (cliente y contratista) y que son parte integrante de la ejecución del proyecto, como son los consultores, subcontratistas, proveedores, entre otros actores contratados tanto por el cliente como por el contratista, considerando la complejidad y particularidad propia de cada proyecto. En este acuerdo, también se considera al cliente y al contratista como agente o agente asociado o *Partner* (según la denominación original). Por tanto, estamos ante un acuerdo de asociación, encontrándose a casi un paso de lo que sería un contrato en alianza.

Encontramos distintas ventajas en este acuerdo integrado por distintos agentes, al que le denominamos acuerdo en colaboración multiparte (o *multiparty collaboration* en su denominación original). Sin llegar a ser un contrato asociativo, en su acepción jurídica, este acuerdo constituye un método de colaboración clara en el cumplimiento de varios objetivos, entre los que destacan:

- i. Se establece en un mismo documento los objetivos de los agentes integrantes (*Partners*), donde se fijan, adicionalmente, metas de desempeño o performance de acuerdo con su actividad.
- ii. Cada *Partner* puede pedir a la otra información que pueda ser relevante para ejecutar los trabajos a su cargo, y el respectivo *Partner*, proveedor de información, está obligado a enviar dicha información en forma oportuna.
- iii. Cada *Partner* colabora con el otro para alcanzar el objetivo previamente establecido de cada uno, así como también para alcanzar los objetivos de cada *Partner* establecidos en el programa acordado anticipadamente.

17 Jeremy Glover. “NEC4 and FIDIC Compared”, *Fenwick Elliot*, Septiembre 2017, <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2017/nec4-fidic-compared>.

En la mencionada cita, el autor comenta los principios de colaboración del NEC3 considerando la publicación efectuada por Keating Chambers, comentarios al contrato NEC3.

En definitiva, la opción X12 contiene disposiciones a ser incorporadas en contratos entre diferentes entidades o agentes sobre el mismo proyecto con el fin de fomentar el intercambio de información y la colaboración para lograr objetivos comunes. Creemos que la principal motivación de crear dicha cláusula fue alcanzar una eficiente integración de obligaciones cruzadas entre todos los contratistas, proveedores, consultores, junto con el mismo cliente, más allá de las que se le deben a su contraparte directa. De esta manera, se busca que los compromisos lleguen a un universo de entidades involucradas bajo una meta global: la culminación de un mismo proyecto alcanzando la calidad requerida en un tiempo determinado. Se trata de extraer las mejores ventajas al comprometer a más de una parte a compartir información y ayudar a un conjunto de “asociados o *partners*” aun cuando no han contratado desde el inicio directamente con dicho asociado.

En caso un cliente requiera implementar una cláusula como la X12, como es lógico, requiere, en primer lugar, planificar el cierre de acuerdos con un conjunto de empresas proveedoras en un mismo momento que coincida, de modo coordinado, con la implementación de la cláusula en mención. Asimismo, el querer erigir una estructura colaborativa como la propuesta por la cláusula X12, donde convergen distintos subcontratistas, consultores y proveedores con distintos intereses, puede resultar una tarea difícil y, en no pocas situaciones, casi imposible. Sin embargo, ante este panorama de dificultad, creemos que lo más importante será identificar los incentivos comunes a todas las partes intervinientes, los que pueden ser de índole económico; así como fomentar e implementar el uso de herramientas que aminoren la generación de costos, lo que a la postre aumentará el incentivo de poner en práctica una estructura en colaboración.

En cuanto al primer elemento, un ejemplo claro podrá ser un bono de producción por temprana terminación o por índice de performance. Todo ello como resultado del acuerdo multiparte y de los mecanismos que éste adopta. En relación con el segundo elemento, creemos que la automatización de procesos, que abarate los costos de integración de organizaciones, y otorgue confianza en la información provista, será un elemento fundamental para darle viabilidad a la cláusula X12. Esto último será posible con el mayor desarrollo y uso de la tecnología puesta a disposición de las partes en el proyecto.

4.2.2. Contrato de Alianza NEC4

La configuración principal que propone como novedad NEC4, como parte del contrato de alianza, es la posibilidad que el cliente celebre un contrato con un grupo de agentes o contratistas, a los cuales se les denomina “asociados”.

Este contrato marca un hito resultante de los 25 años de experiencia que tiene ICE en la elaboración de contratos estandarizados que propugnan entornos en colaboración¹⁸. Así, por intermedio de este, se formaliza un contrato entre el cliente y frente a él un conjunto de contratistas principales, con los que está comprometido bajo un mismo conjunto de condiciones.

En este acuerdo, todos los miembros asociados tienen el mismo nivel de intervención (voz y voto) en sus requerimientos frente al cliente con relación al avance de los trabajos en alianza; asimismo, tienen potestad de un trato individual frente al cliente en lo que respecta a los trabajos ejecutados por cada uno. El terreno fértil para el Contrato de Alianza NEC4 responde a grandes proyectos de infraestructura donde la sofisticación de éste, las multipartes especialidades y un cronograma prolongado, hacen necesaria la colaboración de un conjunto de contratistas bajo este tipo de formato.

Debido a lo mencionado, los miembros del acuerdo en alianza que forman el grupo de contratistas asociados requieren una real colaboración entre sí a fin de alcanzar los objetivos de la alianza y, a la vez, los objetivos individuales de cada uno de ellos. En relación con los riesgos identificados del proyecto, los miembros de la alianza comparten la mayor parte de éstos, considerando entre las principales ventajas, las siguientes¹⁹:

- El trabajo en cooperación, efectuando el mayor esfuerzo bajo la filosofía de “lo mejor para el proyecto”.
- Utilizar procesos y sistemas comunes, lo que resalta además la sinergia entre distintas organizaciones.

18 Comentarios al contrato NEC4 en la página de *Designing Building Wiki*. Dicha página se ubica en el siguiente enlace: https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/NEC4_Alliance_contract#New_NEC4_Alliance_Contract_28ALC.29

19 Charles Blamire-Brown y Danielle Griffiths, “Collaborating and Contracting for Success: how future-proofed are the new NEC4 and FIDIC 2017 Suites for the Needs of the Global Construction Industry in the Technological age?”, *The International Construction Law Review* (Junio 2019).

Algunos de los puntos expuestos fueron obtenidos del mencionado documento, así como también de la reunión de las experiencias expuestas en exposiciones realizadas por NEC, principalmente vertidas por sus miembros expositores como Ian Heaphy y Peter Higgins.

- Oportunidad de proveer información y opiniones (técnicas) de forma completa, abierta, objetiva y oportuna.
- Reunir en un mismo equipo a los mejores técnicos de cada organización, como equipo comisionado en algunas de las tareas fundamentales en la marcha del proyecto.

Es importante interiorizar que la filosofía sobre la cual se asienta el Contrato de Alianza NEC4 se basa en que el riesgo es compartido por el total de sus integrantes, a partir de una asignación acordada individualmente, primero entre los asociados y después frente al cliente.

Como podemos entender, para que un acuerdo en alianza (como el propuesto por el *Contract Alliance NEC4*) alcance sus objetivos, debe implementar un sistema adecuado que comprometa de manera efectiva los objetivos de las partes (tanto asociados como cliente), y puede alcanzar ductilidad suficiente para no obstaculizar, en la práctica, la ejecución de dichos acuerdos.

Vemos que el *Contract Alliance NEC4* otorga parámetros adecuados en esa línea, como el compromiso de no presentar reclamos de obra entre los miembros en caso falle uno de ellos (con ciertas excepciones) como propone la cláusula 94; así también que las discusiones más relevantes y los posibles escenarios de conflicto pasen a modo de consulta previa por la junta de representantes de los asociados en alianza (*Alliance Board*). En este último caso, adicionalmente, puede existir la posibilidad de derivar la consulta a un experto independiente y congregar el servicio de un mediador técnico que absuelva independientemente la posible controversia en consulta (según las cláusulas 95 y 96).

En conjunto, las cláusulas de este contrato en alianza buscan que los miembros asociados a este acuerdo alcancen previamente soluciones frente a potenciales controversias, llevando adelante mecanismos efectivos que inciden en dichas vías de solución antes de una controversia formal (aún considerando una junta de resolución de disputas). Creemos que este sistema de colaboración podría llegar a su mayor nivel de efectividad en tanto los procesos de gestión se encuentren automatizados, homologados (entre los distintos agentes o 'miembros asociados') y cuenten con una tecnología que permita la mayor eficiencia en los procesos.

Ahora bien, cabe la pregunta de saber si el entorno de colaboración que propone los contratos NEC4 son suficientes para adelantarse a las controversias o evitarlas, o en el peor de los casos, enfrentarlas con un sistema que se encuentre acorde a la estructura en cooperación que proponen los NEC4. Para resolver dicha pregunta es necesario revisar brevemente el nuevo sistema que añade NEC4 como ventaja comparativa frente al NEC3, como es el Panel Preventivo de Controversias o el *Dispute Avoidance Board*.

5. Panel Preventivo de Controversias (*Dispute Avoidance Board*) en el entorno colaborativo según el Contrato NEC4

5.1. Cláusulas de Resolución de Controversias según el NEC4 – Cláusulas Opción W

Como parte del entorno en colaboración propuesto por el NEC4, antes de proceder a un reclamo formal ante un tribunal (sea arbitral o judicial) las partes accederán a etapas previas de solución teniendo como objetivo realizar todos los actos con el mismo espíritu de mutua confianza y cooperación. En tal sentido, el contrato NEC4 incluye en la opción de las tres cláusulas W el método de solución de controversias para el entorno en cooperación que propone. Dichas etapas previas utilizan en la práctica un esquema de mecanismos escalonados de solución de controversias de la siguiente manera:

- i. Opción W1:
 - a. Negociación y acuerdos de los Representantes Senior (de cada parte)
 - b. Adjudicación
 - c. Tribunal (arbitral o judicial)
- ii. Opción W2:
 - a. Representantes Senior de las partes y/o Adjudicación
 - b. Tribunal (arbitral o judicial)
- iii. Opción W3:
 - a. Panel Preventivo de Controversias (*Dispute Avoidance Board*)

b. Tribunal (arbitral o judicial)

Cabe indicar que los Representantes Senior (o simplemente representantes)²⁰, deben tener suficiente autoridad técnica y de gestión y que, a la vez, sean parte de cada una de las organizaciones. Así también, y lo que es fundamental, que se encuentren lo suficientemente alejados de la ejecución del proyecto (para evitar cualquier tipo de prejuizamiento) y los detalles del contrato. Con dichos requisitos se busca que los representantes adopten una visión lo más objetiva posible.

Tanto en la opción W1 como en la W2 antes de acudir a la Junta de Resolución de Disputas o JRD's (*Dispute Adjudication Board*), las partes pueden (sólo en la opción W1 es obligatorio) solicitar previamente a los representantes un pronunciamiento. De este modo, en un plazo no mayor a 3 semanas, los representantes deberán llegar a un acuerdo sobre los puntos más importantes a resolver. Al final de dicho periodo, dichos representantes elaborarán una lista de temas acordados y de los que no se tiene un acuerdo definitivo. Sobre los últimos puntos, cualquiera de las partes interesadas deberá acudir a la siguiente etapa de solución.

Vemos el importante aporte que otorga un mecanismo escalonado de solución de controversias como herramienta que se complementa en los entornos colaborativos para la solución de controversias, tal como lo propone el NEC4. Aun cuando pueda entenderse como ideal o casi utópico el alcanzar constantemente actos que involucren un espíritu de mutua confianza y cooperación entre las partes, la constante comunicación entre los equipos técnicos, las propuestas técnicas, legales y de gestión y la debida y transparente sustentación de posiciones en el procedimiento de W1 y W2 otorgan en la práctica un paso fundamental.

Llegado a este punto, cabe preguntarnos si el uso ordenado y responsable de esquemas multietapas como la intervención de los representantes puede llegar a ser una herramienta fundamental para los entornos colaborativos. ¿Es suficiente?

El esfuerzo de los representantes puede ser encomiable, pero en términos prácticos deben tener la consigna de querer resolver plenamente las diferencias. De no interiorizar con transparencia dicha necesidad e intención, el proceso de negociación y revisión de los representantes podría llegar a ser simplemente otro nivel en el proceso de resolución de disputas (cual procedimiento formal que se deba realizar) y los fines que se quieren perseguir seguirán siendo postergados, generando aquellos impactos en la ejecución del proyecto descritos al inicio del presente texto.

En la aplicación de la opción W1 del Contrato NEC 4, podemos citar una vez más el ejemplo referente al proyecto minero (citado en el punto 1 correspondiente a "Peculiaridades en la industria e ingredientes del conflicto"), en donde se estructuraron una serie de relaciones contractuales, vinculando al propietario con la oficina de gerenciamiento de proyecto (PMO) y, a su vez, vinculando a la referida oficina con distintos contratistas especializados (los cuales suscribieron distintos acuerdos con sus propios subcontratistas designados).

En tal sentido, supongamos que uno de los referidos contratistas especializados considere tener derecho al reconocimiento de trabajos adicionales no contemplados en el presupuesto ofertado. En dicho caso, el contratista podría iniciar el proceso escalonado provisto por la opción W1, donde los "escalones" o etapas son los Representantes Senior, la Junta de Resolución de Disputas (asumiendo la posición del *Adjudicator*, de acuerdo a la redacción original del contrato de Ingeniería y Construcción del NEC4) y finalmente un tribunal arbitral. La intervención de los Representantes Senior (RS) que cada una de las partes involucradas en la disputa ha nombrado previamente (en el documento *Contract Data*), deberán resolver y tomar una posición en un plazo no mayor a tres (03) semanas, considerando todas las reuniones con cada una de las partes involucradas que los referidos RS crean necesarias. En dicho caso cada parte deberá notificar a los Representantes Senior, y también a la PMO, donde creemos que ésta última puede previamente tomar posición y otorgar un pronunciamiento técnico en referencia de lo sostenido por la parte reclamante. Los Representantes Senior podrán además abrir el debate y la negociación de los puntos controvertidos a fin de llegar a resolver la disputa. Finalizada dicha etapa (en un lapso de 3 semanas), subsistirá sólo aquello en base al cuál los referidos RS no se pusieron de acuerdo. Dicha lista de diferencias podrá ser resuelta en el siguiente "escalón", donde se ubica la JRD nombrada por las partes. Una vez concluida dicha etapa mediante una decisión emitida de modo colegiado por la JRD, y en caso subsista alguna diferencia, la parte que considere no estar de acuerdo con la misma podrá acceder como último peldaño o "escalón" a la sede arbitral.

20 Es importante precisar que en el texto original del contrato NEC4 no se especifica quiénes deben específicamente ser los representantes. Ello se deja a la libertad de negociación de las partes, lo que puede constar en la información contenida en el *Contract Data*.

Como vemos, de ocurrir un escenario como el mencionado, los árbitros solo atenderán aquellas diferencias que previamente transitaron por filtros altamente especializados y que, como consecuencia de la implementación de los mismos, ya existen posiciones debidamente analizadas. En definitiva, en dicho ejemplo vemos que la controversia aún existente ha transitado por un proceso de “purificación”, dejando de lado aquello que las partes consideran no justificable (o ya esclarecido en los peldaños precedentes) y dejando en el último “escalón” aquellas diferencias que en sí mismas valdrían la pena revisar una vez más.

Cabe indicar que, los pronunciamientos del primer escalón y en especial, del segundo escalón, tendrán un alto nivel disuasivo frente a distintos tribunales arbitrales, colegiados que podrían ratificar lo pronunciado por la JRD considerando el nivel técnico y de especialización que esta instancia suele tener. Debido a ello, este escenario exige que el recurrente deba acceder a la sede arbitral con una argumentación sólida y que justifique un tercer análisis.

En definitiva, el proceso escalonado intenta resolver de modo efectivo las disputas, y en ciertos casos, purifica las pretensiones que exigen de mayor análisis dada la complejidad y la oportunidad en su esclarecimiento.

5.2. El Panel Preventivo de Controversias (Dispute Avoidance Board) y su inclusión práctica

A nuestro entender, el punto angular sobre el cual intenta basarse el sistema de solución de controversias según los contratos NEC4, y en especial, según la opción W3, es la anticipación en el tratamiento de cualquier situación a partir de la cual se pudiera generar una controversia. Este sistema, que podemos denominar como “sistema de solución anticipada” de diferencias, se constituye en su procedimiento como una herramienta que encaja oportunamente en el engranaje general al que se le puede denominar entorno en colaboración propugnado por los contratos NEC4.

El Panel Preventivo de Controversias (en adelante el Panel) está formado de uno o de tres miembros. La información sobre la conformación del panel y sus miembros se encuentra en el anexo del contrato denominado Datos del Contrato (*Contract Data*). El Panel visita el sitio (desde el inicio de las obras) según la frecuencia de tiempo señalada en los Datos del Contrato siendo el objetivo que éste inspeccione el avance de las obras y tome conocimiento de posibles disputas. El programa de visitas es propuesto y aprobado por las partes.

El objetivo fundamental del Panel no es otro que el asistir, cooperar, ayudar y/o guiar a las partes para resolver diferencias potenciales que a futuro podrían devenir en controversias formales. Para que dicho objetivo se haga realidad es fundamental que las partes y los miembros del panel tengan acceso de modo constante, preciso, transparente, completo y oportuno de la información relevante de la marcha de la obra. Todo ello será posible siempre que se establezca el sistema tecnológico adecuado que lleve adelante lo establecido en la opción X10, referida a la gestión de información (la que tiene como producto el *Information Modelling* o Modelo de Información) durante la ejecución de los trabajos.

El modelo de información que persigue el NEC4 no es otra cosa que la integración electrónica de la información del proyecto e información similar provista por el cliente a la cual se le añade la información producida y a cargo del contratista. Por lo tanto, para que los engranajes del entorno colaborativo funcionen, los procesos integrados de información son un elemento fundamental para otorgar certeza en el conocimiento del avance del proyecto en detalle y en tiempo real.

Después del análisis hace el Panel presenta recomendaciones a las partes para la solución de la potencial diferencia y aún cuando se encuentra en proceso convertirse en una verdadera controversia. Sólo si una de las partes no está satisfecha con la recomendación, la disputa se remite a un tribunal judicial o a un tribunal arbitral (según corresponda).

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.

Desde esta perspectiva, estamos de acuerdo con Charles Blamire-Brown y Danielle Griffiths²¹, en el sentido de que los contratos de construcción del futuro -dentro sus objetivos de alcanzar un entorno cooperativo-, buscarán introducir mecanismos para que, en la medida de lo posible, se eviten procedimientos confrontacionales como ocurre con la Junta de Resolución de Disputas.

21 Blamire-Brown y Griffiths, “Collaborating and Contracting for Success: how future-proofed are the new NEC4 and FIDIC 2017 Suites for the Needs of the Global Construction Industry in the Technological age?”, 315.

Asimismo, no podemos dejar de lado otro requisito fundamental como es la capacidad técnica de los miembros del Panel Preventivo. Será sumamente importante éste para conseguir los objetivos del entorno propuesto por el NEC4, como es evitar la consumación de una diferencia formal que pudiera, no solo obstaculizar el funcionamiento del entorno que sobre la cual se quiere construir (de cooperación), sino también, que el proyecto se vea seriamente afectado en su culminación.

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado, para que el trabajo del Panel Preventivo tenga efectividad, a nuestro entender, es necesario que todos los elementos expuestos se encuentren en eficiente funcionamiento, con el constante acceso de información integrada electrónicamente, la oportuna intervención del Panel con el constante soporte de las partes, y la transparencia en la manifestación de intereses (técnicos y económicos) del cliente y del contratista será fundamental. Con los engranajes en funcionamiento, los miembros del Panel tendrán mejores posibilidades de tomar la iniciativa (eje central de su intervención) para la revisión de los hechos relevantes y, a partir de los cuales, se verifique una posible alerta de futuro conflicto.

Siguiendo los parámetros mencionados de modo integrado y constante, creemos que el éxito del Panel Preventivo podrá garantizarse en un alto porcentaje. El pronunciamiento del Panel serán recomendaciones que las partes deberán seguir. En caso una de las partes se encuentre en contra de la recomendación hecha por el Panel, tendrá dicha parte un lapso de hasta 4 semanas para manifestar su desacuerdo ante la otra parte y la intención de presentar este ante el tribunal (judicial o arbitral según corresponda).

Finalmente, quedan en el 'tintero' algunas interrogantes en cuanto a la ejecutabilidad y practicidad del papel de un Panel Preventivo. El primero de ellos es el proceso de identificación de las controversias "probables" o "potenciales" ¿Qué relevancia jurídica tiene lo "potencial" para con las partes en cuanto a la negociación de derechos y obligaciones pudiera tener? Si bien es cierto, el proceso de identificación de los probables conflictos tiene mucho que ver con el conocimiento y la iniciativa de los miembros del panel para llevarlo a cabo; aún en el caso en que no hubiera dudas en la efectividad de dicho proceso, a partir de la cláusula W3 no se observa el "cierre" o "determinación" de una etapa como naturalmente lo crea una decisión vinculante. A partir de la cláusula mencionada sólo observamos una recomendación y no indica que por el paso del tiempo dicha recomendación se convierta en vinculante, aun cuando la parte insatisfecha no acuda al tribunal correspondiente para manifestar su oposición. La recomendación quedará sólo como tal.

Ante este escenario, creemos indispensable que la opción W3 (numeral W3.3) determine que, en caso la parte insatisfecha no solicite la intervención de un tribunal dentro del plazo límite, la recomendación se convierta en vinculante. Asimismo, vemos importante la implementación de un DAAB, es decir, un Panel Preventivo y de Adjudicación de Disputas (o *Dispute Avoidance Adjudication Board*), donde se establece el uso de cláusulas escalonadas de solución de controversias considerando la filosofía colaborativa. Sólo en caso ambas partes a la vez no se sientan satisfechas con la recomendación, será el mismo panel quien lleve adelante un procedimiento más profundo para la emisión de una decisión vinculante. Eso no sólo determinaría un escenario más estable, sino también más eficiente, donde se aprovechan los mismos recursos invertidos en la convocatoria y establecimiento de un mismo Panel.

6. Conclusiones

Las características inherentes de la industria de la construcción requieren que los actores que intervienen en la misma adopten una filosofía colaborativa para alcanzar el objetivo común que justifica su intervención en determinado proyecto; esto es, la culminación exitosa del mismo. Sin perjuicio de lo anterior, no se debe dejar de reconocer que cada parte cuenta con un legítimo interés particular bajo el cual se unió al negocio común. Al reconocer e interiorizar que las situaciones litigiosas y de tensión entre las partes intervinientes se suscitarán con certeza durante la ejecución del proyecto, es conveniente que las mismas adopten mecanismos idóneos que les permitan encauzar y resolver oportunamente las eventuales controversias que vayan surgiendo durante el ciclo de vida del proyecto, lo cual implica contar con mecanismos escalonados de solución de controversias que impidan que todas las controversias deban terminar, necesariamente, bajo el conocimiento y decisión de un tribunal arbitral.

La experiencia y buenas prácticas de la industria de la construcción a nivel global, contempla la posibilidad de que las partes adopten modelos estandarizados tales como la familia de los contratos NEC. En el caso puntual de los contratos NEC 4, aquellos están diseñados bajo una filosofía de cooperación, recogiendo el mecanismo escalonado de solución de controversias, recogiendo las mejores prácticas de la industria.

Ante el panorama que otorgan las nuevas cláusulas W del NEC 4 destinadas a establecer reglas de solución de controversias dentro de un ambiente cooperativo, cabe responder si los engranajes del entorno en colaboración, junto a figuras como el Panel Preventivo, son suficientes para asegurar la eficiencia y estabilidad de los acuerdos a fin de alcanzar la ejecución de proyectos de modo más eficiente.

Ante tal pregunta, cabe primero considerar que los actuales contratos estandarizados proponen (como un entorno en colaboración), y cualquier otra modalidad en la entrega de proyectos, que serán sólo vehículos o medios que nos ayudarán a alcanzar objetivos más importantes como son la ejecución de proyectos de infraestructura con la calidad requerida, según la necesidad a atender, dentro del precio eficiencia predictiva y en el tiempo requerido para su uso oportuno.

Por lo tanto, a partir de lo expuesto y a modo de conclusión, proponemos algunos principios a considerarse en caso se decida utilizar herramientas de solución de conflictos (como las vías preventivas según la cláusula W3) y en un ambiente inspirado en procesos en colaboración como propone el NEC4:

- i. Para un conjunto de agentes (proveedores o subcontratista), contratistas y clientes, es necesaria la mayor integración posible de los procesos de gestión y producción en un mismo nivel tecnológico y que éste sea lo más estandarizado posible. De ello depende que se concreten las acciones que tengan por fin cooperar entre los equipos de trabajo. La tecnología es una herramienta fundamental para lograr dicho objetivo.
- ii. Tanto los mecanismos escalonados de solución de controversias como las distintas modalidades de los paneles o juntas de resolución o de prevención, pueden ser utilizadas tanto en grandes proyectos -calificados como tales por su nivel de inversión como de complejidad- como también en los proyectos de menor nivel de inversión. Creemos que todo dependerá de canalizar la inversión en los diferentes métodos de solución de controversias en proporción directa al precio total del contrato.
- iii. Es indispensable el establecimiento de incentivos comunes que puedan mantenerse a lo largo del proyecto hasta su culminación. Aquellos incentivos son los 'vehículos' que unen los intereses de todos los agentes involucrados en un mismo objetivo, como son, por ejemplo, los bonos de terminación temprana, la confianza y certeza de culminar a tiempo los trabajos, mejora continua de los procesos de producción de cada empresa, entre otros incentivos.
- iv. Es necesario implementar una distribución justa y equitativa de los riesgos del proyecto entre todos los agentes involucrados. Si el cliente o uno de los contratistas o proveedores no se encuentra conforme o descubre que la asignación de riesgos no es equitativa o se han cometido errores técnicos al momento de la oferta (previa a la contratación), las consecuencias que se vivirán durante la ejecución del proyecto serán semillas de ruptura de un ambiente en colaboración. Al momento de verificar un error en la oferta o advertir el descubrimiento de información en la realidad que demuestre la asignación errada de un riesgo, es necesaria su comunicación en el menor tiempo posible.
- v. Los principios de transparencia y predictibilidad constante en las acciones de todas las partes involucradas en el proyecto, deben ser elementos rectores de la cooperación entre las mismas. En tal sentido, es necesario que los contratistas, clientes, representantes, asociados en alianza, miembros de paneles preventivos y cualquier otro actor adicional, observen y sigan dichas pautas de actuación en todo momento.

La adopción de los mecanismos descritos en el presente artículo es perfectamente factible al amparo de la normativa local peruana, tanto para su adopción en aquellos proyectos vinculados al sector privado (en los cuales, la libertad contractual reconocida a nivel constitucional, y las propias instituciones que conforman el Código Civil vigente, facultan a las partes a determinar el contenido y reglas de los acuerdos que regirán sus relaciones contractuales), así como respecto a aquellos proyectos vinculados al sector público, en la medida en que, respecto a estos últimos, incluso existe un marco especial de promoción y fomento para la utilización de formatos internacionales estandarizados (Decreto de Urgencia N° 021-2020).

7. Bibliografía

Blamire-Brown, Charles y Griffiths, Danielle. "Collaborating and Contracting for Success: How Future-Proofed are the New NEC4 and FIDIC 2017 Suites for the Needs of the Global Construction Industry in the Technological Age?" *The International Construction Law Review* (2019): 296-319.

Glover, Jeremy. "NEC4 and FIDIC Compared", Fenwick Elliot. Septiembre 2017. <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2017/nec4-fidic-compared>.

Hernandez García, Roberto. *Dispute Boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014. <https://cdn01.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2018/07/03220820/vol23.pdf>.

Hunter, David. "Engaging Suppliers Early with NEC4". NEC Contract, febrero de 2019. <https://www.neccontract.com/About-NEC/News-and-Media/Engaging-suppliers-early-with-NEC4>.

Kantor, Elizabeth y Parrot, Philip. "Gaps can end in tears". Herbert Smith Freehills (2016). <https://hsfnotes.com/arbitration/wp-content/uploads/sites/4/2016/08/GapsCanEndInTears.pdf>.

Kayali, Didem. "Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses". *Journal of International Arbitration*, vol. 27 (2010): 551-577. http://www.gasi-arbitration.ch/documenti/37/37_PETER_Paper%202.pdf.

Mosey, David. *Collaborative Construction Procurement and Improved Value*. Oxford: John Wiley & Sons, 2019.

N. Jaffar, A.H. Abdul Tharim y M.N. Shuib. "Factors of Conflict in Construction Industry: A literature Review". *Procedia Engineering*, vol. 20 (2011): 193 – 202. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877705811029651>.

Shorter, Rebecca. "Trends in construction disputes". *Construction Law Review* (2018). <https://www.whitecase.com/publications/article/trends-construction-disputes>.

Vlavianos, George y Pappas, Vasilis. "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Conditions Precedent to Arbitration". *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1142626/multi-tier-dispute-resolution-clauses-as-jurisdictional-conditions-precedent-to-arbitration>.