



El éxito de trabajar en conjunto: prácticas colaborativas recomendadas al diseñar un contrato de construcción^(*)

The success of working together: Recommended practices in the drafting of construction contracts

Silvia Otárola Azabache^()**

Osterling Abogados (Lima, Perú)

Paula Silva Longobardi^(*)**

Osterling Abogados (Lima, Perú)

*“No pretendamos que las cosas cambien si siempre
hacemos lo mismo”
Albert Einstein*

Resumen: La industria de la construcción se caracteriza por ser altamente conflictiva y adversarial. Por ello, ante la existencia de cláusulas que generan un evidente desequilibrio entre las partes y donde las soluciones que se plantean se traducen en el beneficio de una sola parte, se hace más evidente la necesidad de incorporar prácticas colaborativas que propicien una cooperación activa y recíproca en todas las etapas del proyecto. El objetivo de este artículo es recomendar tres prácticas que, de ser incluidas en el contrato de construcción, ayudarán a llevar una administración contractual eficiente, a reducir la potencialidad de posibles conflictos y, con ello, a priorizar los objetivos del proyecto.

Palabras clave: Gestión colaborativa - Distribución de riesgos - Planificación - Práctica recomendada - Cooperación

Abstract: The construction industry is highly conflictive and adversarial. Given the existence of clauses that generate an evident imbalance between the parties and where the solutions proposed to result in the benefit of only one party, the need to incorporate collaborative practices that promote active and reciprocal cooperation between the parties during all stages of the project becomes more evident. This article aims to recommend three practices that, if included in the construction contract, help to carry out an efficient contract administration, to reduce the potential for possible conflicts, and, with it, to prioritize the project's objectives.

Keywords: Collaborative management - Risk allocation - Planning - Recommended practice - Cooperation

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 8 de mayo de 2023 y su publicación fue aprobada el 21 de junio de 2023.

(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Miembro del Gremio de Construcción e Ingeniería de la Cámara de Comercio de Lima. Asociada Principal en Osterling Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-8198-7691>. Correo electrónico: sotarola@osterlingfirm.com.

(***) Bachiller en Derecho por la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Asistente en Osterling Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8328-3855>. Correo electrónico: psilva@osterlingfirm.com.



1. Introducción

En la actualidad, los casos de arbitraje relacionados con la industria de la construcción representan una parte significativa de la carga de trabajo de los centros arbitrales más reconocidos. Según el reporte elaborado por Jus Mundi, en el año 2021, se reportaron hasta trescientos quince (315) casos de construcción e ingeniería⁽¹⁾. Es decir, el sector de construcción no es ajeno a las disputas y conflictos. En ese contexto, resulta relevante trazar esfuerzos para reducir dicha conflictividad.

Los proyectos de construcción más propensos a generar controversias son aquellos que parten de un mal diseño contractual. Estos contratos altamente complejos, de ejecución continuada y muchas veces redactados “a cuatro manos” (entre abogados e ingenieros), presentan muchos inconvenientes durante su ejecución, pues no se encuentran soluciones en el mismo texto (Campos, 2008, p. 297)⁽²⁾. Así, es usual encontrar contratos de obra con cláusulas ambiguas, con mecanismos de respuesta poco claros ante eventuales cambios de alcance o retrasos, con una asignación de riesgos desequilibrada y una evidente asimetría informativa que termina generando un clima de desconfianza entre las partes.

A lo anterior se suma una gestión contractual que carece de un enfoque colaborativo, lo que termina en la ocurrencia de situaciones imprevistas y la necesidad de tomar decisiones rápidas. Ello, a su vez, conlleva a que cada parte priorice sus intereses particulares, lo que resulta en una colaboración cada vez más escasa.

Ante esta situación, varios expertos legales decidieron “reexaminar” el proceso constructivo desde el punto de vista contractual. Esto con la finalidad de incluir mecanismos que promuevan una alianza positiva entre las partes y, con ello, crear un eslabón indispensable para un proyecto exitoso. Es así como se desarrollaron diferentes modelos de contratos internacionales, cuyas disposiciones colaborativas promueven el trabajo mutuo entre las partes para alcanzar los fines del proyecto.

Considerando lo mencionado anteriormente, nos enfocaremos de manera concisa en destacar tres buenas prácticas extraídas de contratos colaborativos que, al ser incluidas en cualquier contrato de construcción, promoverán y garantizarán una colaboración efectiva entre las partes, lo que a su vez contribuirá a reducir la conflictividad.

2. Primera práctica recomendada: distribuir los riesgos del contrato

En toda gestión contractual colaborativa, es fundamental comenzar con la prevención de los riesgos. Tradicionalmente, la práctica común a la hora de redactar los contratos de construcción era cargar al contratista con todos los riesgos del proyecto⁽³⁾. Para el propietario, esta era la manera más sencilla de prevenir que los riesgos se materialicen. Además, los promotores de esta práctica argumentaban que el precio pagado al contratista incluía el costo asumir la materialización de tales riesgos. Por lo tanto, consideraban válido que el contratista se hiciera “responsable” de ellos.

Esta práctica continúa ejecutándose hasta el día de hoy. Por ejemplo, no es extraño que se cargue al contratista con el costo proveniente de errores de diseño si este no logra detectarlos “a tiempo”. Así, es usual encontrarse con cláusulas como la siguiente:

El propietario encarga los trabajos al contratista teniendo presente su experiencia y competencia en el tipo de obra contratada. Por ende, el contratista es responsable de verificar el diseño entregado por el propietario, en caso de encontrar alguna deficiencia u omisión, tendrá que reportarlo en un plazo de [X] días una vez suscrito el contrato. Caso contrario, no tendrá derecho a ningún reclamo proveniente de dicho error u omisión.

Sin embargo, existen algunos errores de diseño que únicamente se advierten en la ejecución de la obra (por ejemplo, planos de tuberías que no concuerdan con los planos de equipos y cuyas interferencias solo se advierten durante el montaje). En estos casos, lo más lógico es que al tratarse de errores en el diseño proporcionados por el propietario,

(1) Los centros más reconocidos considerados en este reporte son CCI, SIAC, HKIAC, LCIA y SCC.

(2) Cuando nos referimos al término “contrato”, no nos referimos únicamente al texto denominado contrato. La definición se extiende a un sinnúmero de documentos cuya interpretación conjunta e integral es el reflejo del pacto entre las partes; por ejemplo, a documentos de la licitación, bases, términos de referencia, entre otros.

(3) Cuando hablamos de riesgos, nos referimos a eventos que, de ocurrir, pueden impactar positiva o negativamente sobre el proyecto. Si bien existen riesgos que pueden impactar positivamente, por ejemplo, la introducción de una nueva tecnología que implique una fuerte reducción de costos y tiempos de ejecución, en general, los riesgos suelen asociarse con eventos negativos.



el impacto por deficiencias en dicho diseño sea asumido por este.

En realidad, cargar únicamente al contratista con los riesgos del contrato termina volviéndose un inconveniente por dos motivos: (i) como la transferencia del riesgo otorga un beneficio financiero a quien soporta la ocurrencia del riesgo, si se le transfieren todos los riesgos al contratista, se terminará inflando el precio total de la obra, y (ii) hacer que el contratista cargue con todos los riesgos puede generar un incentivo para que se presenten reclamaciones adicionales y se inicien posibles conflictos (Murdoch et. al, 2000, p. 37)⁽⁴⁾.

Sumado a lo anterior, asignar todos los riesgos al contratista puede terminar creando un efecto “boomerang” hacia el propietario. Esto se debe a que el el contratista requerirá mayor tiempo para solucionar la materialización de los riesgos y con ello poder finalizar el proyecto. Así, se generará un mayor desperdicio de recursos y un claro encarecimiento de la obra. A ello se añade el factor psicológico, pues una distribución desequilibrada favorecerá la desconfianza y, con ello, se aumentará la potencialidad de eventuales conflictos.

Siendo conscientes de esta realidad, los expertos legales y las prácticas más reconocidas de la industria promueven el diseño de contratos que reparten los riesgos entre todas las partes. Por ejemplo, en Australia hubo un intento inicial de distribución equitativa de riesgos a través del *partnering*, mecanismo creado con el objetivo de crear un ambiente de cooperación a través de un documento con pautas sobre cómo se comportarían las partes ante la ocurrencia de determinados sucesos (Hayford, 2018, p. 5). Este *partnering* sentó las bases para posteriormente crear el *Alliancing*⁽⁵⁾ o contrato de alianza, un acuerdo enormemente colaborativo donde los riesgos se comparten por todas las partes a menos que se indique específicamente lo contrario. La asunción compartida de riesgos elimina cualquier tipo de ambigüedad sobre quién debe asumir un riesgo. Además, reduce al mínimo la posibilidad de que una de las partes le traslade el riesgo a la otra, la cual se puede no encontrar en la mejor posición para manejarlo. Por ende, al crear un entorno de transparencia y confianza, la probabilidad de disputas entre las partes también disminuye (Toomey, 2021, p. 2).

Es importante tener en cuenta que implementar un contrato de alianza no es una tarea fácil y requiere planificación y

compromiso de todos los involucrados, bajo el liderazgo del propietario, quien marca la pauta para la fijación de metas, objetivos, expectativas y el precio objetivo. Por otra parte, es crucial considerar la selección adecuada de las personas que participarán en el proyecto, ya que deberán tener una actitud colaborativa y no sabotear los procesos o actuar de manera oportunista. Caso contrario, se destruiría la confianza que es la base del esquema (Toledo da Silva, 2017, p. 108). En un país como el Perú, donde la industria de la construcción presenta una alta conflictividad y un bajo nivel de confianza entre las partes, el escenario para implementar un *Alliancing* para distribuir los riesgos todavía no es el óptimo.

Siendo ello así, la pregunta es la siguiente: ¿cómo distribuir equitativamente los riesgos entre las partes al redactar un contrato de construcción? Para algunos expertos, el éxito de la inversión se encuentra en distribuir los riesgos del proyecto entre sus protagonistas de forma correcta (Vicuña, 2006, p. 54). Sin embargo, ¿Cómo se logra esto? Hemos recogido tres (3) prácticas recomendadas que pueden ser de utilidad para responder a esta pregunta:

En primer lugar, Bunni sugiere analizar los riesgos de un contrato a la luz de cuatro preguntas (2009, p. 6):

- ¿Qué parte puede controlar mejor el riesgo y/o sus consecuencias asociadas?
- ¿Qué parte puede prever mejor el riesgo?
- ¿Qué parte puede soportar mejor ese riesgo?
- ¿Qué parte se beneficia o sufre más cuando se produce el riesgo?

En otras palabras, el riesgo debe ser asignado a la parte que mejor pueda manejar, controlar y mitigar el riesgo, además de

(4) Again, to consider a more radical point of view: how should we treat the risks themselves? Indeed, what are risks? Are they challenges? Or are they opportunities? We talk about them as if they are undesirable but, as Mr. Grove has shown; experienced contractors typically regard them as an opportunity. Why? Because they are an opportunity for claims. Imprecise addressing of risk in contracts creates fertile ground for contractors' and sub-contractors' claims (Capper, 2000, p. 3).

(5) En cuanto a su denominación, Hayford señala que en Australia fue originalmente llamado como *Alliancing contracting* o *Project Alliance*, en español “contrato de alianza” o “alianza de proyecto”. Sin embargo, en los últimos años, este modelo ha ganado mucha popularidad en Estados Unidos, donde recibe la denominación de *Integrated Project Delivery* (Hayford, 2018, p. 2).



soportar sus consecuencias. Si bien estas cuatro preguntas ayudarán a las partes a distribuir eficientemente los riesgos, también es importante tener en cuenta las particularidades de cada riesgo. Por ejemplo, los eventos de fuerza mayor no pueden ser controlados por su naturaleza; sin embargo, sus consecuencias sí pueden evaluarse y asignarse.

Un claro ejemplo de asignación de riesgos cumpliendo tales principios se da en los contratos NEC (*New Engineering Contract*). Los Contratos NEC pertenecen a una familia de contratos estándar de uso internacional, como lo son los contratos FIDIC, ICC, JCT, entre otros, que fueron desarrollados en Inglaterra por el Instituto de Ingenieros Civiles como un intento de cambiar las formas tradicionales de contratación (Medina, 2020). Tomando como base el *partnering* australiano, los contratos NEC incluyeron disposiciones que promueven la colaboración activa entre las partes. Por ejemplo, las partes actúan bajo el principio de “libro abierto”, es decir, compartiendo la información del proyecto de manera conjunta y oportuna, de tal forma que se puedan prevenir y mitigar los riesgos.

Ahora bien, a diferencia del *Alliancing*, los contratos NEC no distribuyen los riesgos entre todos, sino que los distribuyen a la parte que está en mejor posición para gestionarlos y controlarlos. Para determinar quién está en mejor posición de asumir un riesgo, se deben seguir los siguientes pasos:

- a) Identificación: Se evalúan detalladamente los riesgos que puedan surgir en el proyecto. Cada riesgo se identifica y se evalúa en términos de probabilidad de ocurrencia y consecuencias.
- b) Asignación: Una vez identificados los riesgos, se asignan a la parte mejor situada para gestionarlos. La asignación de riesgos se realiza mediante cláusulas específicas en el contrato, que indican en un lenguaje preciso a quién se le asigna la responsabilidad por cada riesgo identificado.
- c) Establecimiento de un plan de gestión: Después de asignar los riesgos a cada parte, se establece un plan de gestión de estos. Este plan describe cómo se manejarán y controlarán los riesgos asignados, incluyendo los procesos para su identificación, evaluación, monitoreo y mitigación. Es en este punto que NEC incluye una herramienta contractual altamente colaborativa: la alerta temprana. A través de la alerta temprana, las partes pueden notificar preventivamente a la otra cualquier evento que consideren que tendrá un posible impacto en el costo, plazo o la calidad del proyecto, a fin de reducir el impacto de dicho evento ante su ocurrencia.

Es importante precisar que la discusión sobre la parte que deberá asumir los costos por mitigar el evento no se da hasta que el riesgo haya ocurrido, mitigado y/o gestionado. Luego de ello, y de ser el caso, las partes adoptarán los mecanismos contractuales correspondientes para obtener una compensación. Como bien afirma Jon Broome en

la Guía NEC (2012, p. 209), la idea de este mecanismo no es generar una compensación o un derecho, sino buscar la reducción del impacto luego de advertir su eventual ocurrencia.

- d) Revisión y actualización periódica: El plan de gestión de riesgos debe ser revisado y actualizado periódicamente para que las partes puedan asegurarse que sigue siendo efectivo y que se adapta a la realidad del proyecto.

Al asignar los riesgos a la parte que mejor pueda gestionarlos, se mitiga la ocurrencia de eventos de forma preventiva y eficiente. Además, la inclusión de mecanismos como las alertas tempranas generan un cambio en el enfoque reactivo entre las partes, convirtiéndolas en aliadas que buscarán la manera más eficiente de afrontar los riesgos en lugar de simplemente atribuir responsabilidades por su materialización.

En segundo lugar, cada proyecto tiene un método de entrega o *Project Delivery Method* que también impacta en la distribución de riesgos entre las partes. Dependiendo de cada método de entrega, las partes asumirán niveles de riesgo distintos. Para puntualizar la diferencia entre los métodos de entrega, usaremos como ejemplo los contratos FIDIC, otra familia de contratos estándar de uso internacional. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta categorización aplica a todos los contratos de construcción. Veamos:

- Solo construcción (*Design-Bid-Build*): Bajo este método, el propietario contrata de manera independiente el diseño para encargar al contratista únicamente la ejecución del proyecto virtud de dicho diseño. Como consecuencia de ello, el propietario asume el riesgo del diseño y se responsabiliza por cualquier defecto u omisión derivados del mismo (concediendo ampliaciones de plazo o incrementando el precio de la obra). Por su parte, el contratista asume el riesgo por cualquier evento ocurrido durante la ejecución que sea de su responsabilidad. Este tipo de distribución de riesgos se encuentra en el Libro Rojo FIDIC (Capítulo 4).



- Diseño y construcción (*Design-Build*): El propietario encarga al contratista tanto el diseño como la construcción del proyecto. A diferencia del método anterior, el propietario tiene una ventaja: transfiere al contratista una responsabilidad única (*single point responsibility*) por diseño y construcción, evitando con ello analizar si el error tuvo origen en el diseño (y, por tanto, no es atribuible al contratista) o en la ejecución (siendo responsabilidad del contratista). Esta distribución de riesgos se encuentra en el Libro Amarillo FIDIC, en el que el contratista ajusta su diseño al propósito de la obra (*fitness-for-purpose*).
- EPC/llave en mano (*Turnkey*): En los contratos de ingeniería, procura y construcción (EPC), el contratista asume la responsabilidad de todos los elementos de ingeniería, procura, y construcción del proyecto. Es decir, el propietario debe recibir el proyecto listo para operar inmediatamente bajo los estándares garantizados (*ready at the turn of a key*). Este método se recomienda cuando hay un alto grado de certeza sobre el costo, el tiempo de ejecución y desempeño del proyecto. Si bien el contratista asume un riesgo mucho mayor, este puede buscar una compensación del riesgo elevando el costo de este durante la etapa de licitación. Esta distribución del riesgo se encuentra en el Libro Plateado FIDIC (Capítulo 4).

En ese sentido, es importante que ambas partes tengan presente las diferencias de cada método de entrega al momento de distribuir los riesgos. Por ejemplo, mientras que los Libros Rojo y Amarillo de FIDIC ofrecen una asignación un poco más equilibrada, el Libro Plateado coloca significativamente más riesgos sobre la espalda del contratista.

En tercer lugar, el sistema de pago de cada contrato también influye en la distribución de riesgos del proyecto entre las partes. La Guía UNCITRAL para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales analiza cómo cada sistema difiere los riesgos de manera distinta (1987, p. 80):

- Si el sistema es a suma alzada, se recibe un único valor como precio, independientemente de las variaciones que pueda sufrir el proyecto⁽⁶⁾. En este caso, el riesgo es inicialmente soportado por el contratista.
- Si el sistema es a costos reembolsables, el propietario está obligado a pagar todos los costos que el contratista haya razonablemente asumido durante la ejecución de la obra, además de un porcentaje correspondiente a la utilidad. Por ello, el riesgo de que los costos superen los previstos inicialmente es soportado por el propietario.

- Si el sistema es a precios unitarios, las partes convienen un precio por unidad de construcción, por lo que el precio total del contrato se determina según el total de unidades efectivamente utilizadas en el proyecto. Si bien el propietario asume el riesgo del aumento del costo si la cantidad de unidades supera la estimada inicialmente, el contratista asume el riesgo por aumento del costo en la unidad en sí misma.

En virtud de estas tres recomendaciones, podemos concluir que la distribución de riesgos es una pieza clave si lo que se desea es entablar una relación contractual colaborativa. Esta práctica no solo permitirá minimizar el impacto ante su eventual ocurrencia, sino que fomentará que las partes operen juntas y busquen soluciones mutuamente beneficiosas ante cualquier materialización.

Para ello, las partes deberán realizar un análisis multidisciplinario de cada riesgo desde su diseño, involucrando no solo al área legal, sino también a las áreas de ingeniería, costos, entre otras. Ello es especialmente importante al momento de decidir el método de entrega y el sistema de pago, ya que ambos tendrán consecuencias que impactarán específicamente en la asignación de riesgos.

Pese a ello, siempre existirán algunas “zonas grises” que no permitirán considerar un riesgo como exclusivo de una parte. Por ello, es importante mantener una relación de confianza y transparencia entre las partes, a fin de que puedan encontrar soluciones conjuntas y mutuamente beneficiosas.

3. Segunda práctica recomendada: decidir si limitar la responsabilidad o pactar daño ulterior

Entregar la obra correcta, completa y oportunamente es una obligación de resultado del contratista. Por ende, cualquier incumplimiento que se aleje de los términos

(6) Aun en este caso, las partes pueden pactar que el precio se reajustará o revisará en situaciones concretas. Por ejemplo, si se introducen modificaciones en la construcción, ocurren circunstancias imprevisibles, se modifica una norma que impacte en la ejecución del proyecto, entre otras.



pactados genera responsabilidad (salvo casos de fuerza mayor) y debe ser compensado.

Para ello, las partes suelen incluir en sus contratos una cláusula penal, que no es más que un mecanismo contractual que les permite pactar conjuntamente las consecuencias de sus incumplimientos. En palabras de Osterling (2007), la penalidad constituye el resarcimiento fijado anteladamente por las partes (p. 264).

Cuando las partes pactan una cláusula penal, el acreedor tiene derecho a reclamar el monto de la penalidad sin importar si la cuantía de los daños efectivamente generados es mayor o menor a la preliquidada, debiendo ceñirse únicamente al sistema de cálculo establecido en la cláusula penal. La razón detrás de esta distribución de riesgos y asignación de valor a los incumplimientos radica en la intención de evitar la incertidumbre asociada con la estimación de daños que podrían resultar en reclamaciones excesivas.

Las partes han tomado la decisión consciente de establecer este enfoque para evitar situaciones en las que los daños estimados sean desproporcionados a la realidad. Sin embargo, cuando no existe claridad en el monto indemnizable, inevitablemente se genera un desacuerdo entre las partes, desacuerdo que muchas veces termina en la generación de disputas a través de la interposición de demandas y la contratación de expertos para determinar la cuantía del daño.

No solo eso, sino que en un contrato de construcción sin penalidades, la parte a quien se le imputa la responsabilidad del daño puede librarse del mismo probando que (i) no cometió un incumplimiento, o (ii) el incumplimiento fue causado por una causa ajena o actos u omisiones del acreedor, (iii) no existe nexo causal, y/o (iv) la parte perjudicada no ha sufrido ningún daño o perjuicio (Abdel, 2019, p. 394). Este escenario cambia cuando se establece un pacto de penalidades. En este caso, el acreedor solo necesita demostrar la existencia del incumplimiento que justifica la aplicación de la penalidad para poder cobrarla.

En ese sentido, se puede gestionar el cobro inmediato a través de una simple operación matemática. Citando a la Guía UNCITRAL para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales, una de las ventajas de las cláusulas que incluyen penalidades es que “se eliminan los gastos y la incertidumbre relaciones con dichas pérdidas” (1987, p. 229).

Ahora bien, al constituir un resarcimiento previamente fijado por las partes, la penalidad funciona como un límite

indemnizatorio: el propietario no puede solicitar una indemnización mayor a la pactada, incluso si el daño efectivamente fuera superior. Es decir, las partes fijan su propio “equilibrio contractual” a partir de la autonomía de la voluntad. Como indica Talavera Cano:

El equilibrio contractual, entonces, no debe entenderse como la equivalencia objetiva entre valores de las distintas prestaciones, sino como la equivalencia pactada y aceptada por las partes entre sus valorizaciones subjetivas y, por tanto, individuales de aquellas. Dicha equivalencia incluye la asunción de ciertos riesgos por las partes. Esa es la esencia de la autonomía de la voluntad, principio sobre el cual se construye el equilibrio contractual (2016, p. 196).

Nuestro ordenamiento regula dos tipos de cláusulas penales: la cláusula penal compensatoria y la moratoria. La diferencia entre ambas está en su funcionalidad; por un lado, la cláusula penal moratoria tiene como función que el deudor no deje de cumplir en el plazo pactado, mientras que la compensatoria tiene como función que el deudor no incumpla parcial o defectuosamente la prestación en sí misma (Osterling y Castillo Freyre, 1998, p. 939).

Por lo general, los contratos de construcción establecen un límite entre el 10% o 20% del monto contractual para la aplicación de penalidades. Si se trata de un contrato de obra pública peruana, las penalidades no pueden exceder el 10% del monto del contrato, conforme al Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 344-2018-EF⁽⁷⁾.

Si las partes deciden incluir una cláusula penal en su contrato, es fundamental que los supuestos de aplicación de penalidades sean redactados de la forma más clara y precisa, a fin de evitar conflictos y malentendidos. Asimismo, deben interiorizar que, al decidir

(7) Artículo 161. Penalidades

161.2. La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.



limitar la responsabilidad al cobro de la penalidad, no pueden cobrar más allá del límite establecido en virtud del pacto acordado. Finalmente, es importante que, en ese equilibrio contractual voluntario, las partes procuren que la cláusula penal sea proporcional al incumplimiento, evitando con ello excesos o condiciones que puedan generar un perjuicio en alguna de las partes. Este último es el caso de algunas penalidades compensatorias en donde supuestos como el uso de uniformes deteriorados, rotos o con pérdida de color pueden resultar en la aplicación de penalidades diarias con montos desproporcionados, lo cual genera un desequilibrio contractual en perjuicio del contratista.

Ahora bien, ¿qué sucede si una parte prefiere renunciar al pacto conjunto de cobro inmediato de la penalidad a cambio de tener la posibilidad de reclamar el monto real de los daños generados por el incumplimiento de la otra? En este caso, la práctica recomendada es que las partes incluyan el pacto de daño ulterior.

El pacto de daño ulterior se regula en el Código Civil⁽⁸⁾ y permite a las partes que, en el caso que los daños superen el límite de la penalidad, puedan reclamar dicha diferencia a título de daños y perjuicios. Esta es una excepción a la regla, y busca que el daño sea adecuadamente resarcido. Osterling (2007) explica correctamente cómo funciona una penalidad con el pacto de daño ulterior:

Si, por el contrario, se ha estipulado la reparación del daño ulterior, y se demuestra que éste supera el valor de la penalidad, el deudor estará obligado al pago del íntegro de la pena y, adicionalmente, al resarcimiento de la diferencia por daños y perjuicios (p. 264).

Así, el propietario tendrá derecho de cobrar la penalidad, y solo en caso sus daños sean superiores, deberá probar estos daños para que el contratista se vea obligado a pagar una compensación adicional a la penalidad.

Si bien el pacto de daño ulterior no perjudica directamente el cobro de penalidad, sí retira el beneficio de reducir los costos probatorios del daño. Por ello, se recomienda que, al momento de evaluar la inclusión del pacto del daño ulterior, se tenga en cuenta que aquél que reclama dicho evento debe estar en posibilidad de acreditar el monto de los daños causados, así como la responsabilidad de su contraparte.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, incluso cuando las partes decidan no incluir un pacto de daño ulterior,

es posible solicitar una indemnización que supere el límite indemnizatorio de la penalidad pactada en un único supuesto: cuando se pruebe la existencia de culpa inexcusable del contratista conforme al art. 1319 del Código Civil⁽⁹⁾.

La Corte Suprema ha definido la culpa inexcusable como: “la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio, no prestar la diligencia que se debe prestar y, ocasionar con ello, el daño a la víctima, “por lo que se le atribuyen iguales consecuencias jurídicas a las de quien actúa con dolo” (Casación No. 4104-2015-Lima).

A diferencia del dolo, la culpa inexcusable no consiste en la intención de incumplir una obligación contractual, sino de incumplir deliberadamente algún deber de diligencia que puede acarrear el incumplimiento de la obligación. Es decir, el deudor no actúa con la intención de inexecutar la obligación. Es más, confía que la obligación será cumplida a pesar de la omisión en la que ha incurrido. Pero a pesar de todo, decide ser negligente y asume el riesgo de que la obligación sea inexecutada.

Por ejemplo, en la construcción de un sistema de alcantarillado, el contratista no ejecuta las pruebas hidráulicas correspondientes. Como se sabe, en este tipo de obras, estas pruebas son necesarias para asegurar que la tubería no tenga fisuras y sea resistente a la presión a la que se le somete con la operación. Conociendo ello, el contratista entrega la obra sin haber realizado estas pruebas para cumplir con el cronograma acordado. Al poco tiempo, aparecen fugas e incluso se dañan las válvulas por exceso de presión. En este caso, el propietario deberá demostrar que el contratista, pese a conocer las consecuencias de operar un sistema de alcantarillado sin pruebas hidráulicas, decidió entregar la obra sin realizarlas. Para ello,

(8) Artículo 1341. El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

(9) Artículo 1319. Incurrir en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.



puede basarse en su experiencia anterior ejecutando este tipo de proyectos. Como se puede observar, es una conducta que, para ser probada, requiere de un estándar alto de prueba. Sin embargo, de quedar demostrada la culpa inexcusable, el contratista no puede librarse de su responsabilidad alegando el límite máximo de aplicación de penalidades.

Como indica Osterling, la negligencia o torpeza de la culpa inexcusable es tal que se confunde con malicia y la intención de no cumplir (1985, p. 358). En efecto, bajo el derecho peruano, se brinda la misma consecuencia a lo que se considera como malicia (dolo) y a la torpeza excesiva (culpa inexcusable), pues se entiende que conocer las posibilidades del daño y aun así mantener dicho actuar equivale a querer dañar intencionadamente. Siendo ello así, a efectos de determinar si se actuó con culpa inexcusable, un tribunal analizará la buena o mala fe con la que procedió el contratista y cómo esta impactó en la generación del daño.

En virtud de lo señalado, la recomendación en este punto es que las partes decidan si preferirán pactar penalidades a partir de un equilibrio contractual voluntario o, en todo caso, pactar daño ulterior, conociendo que la parte que alega daño ulterior debe encontrarse en posibilidad de acreditar la cuantía del daño, así como la responsabilidad de su contraparte. Finalmente, sea en uno u otro caso, siempre podrá pedirse una indemnización de daños y perjuicios adicional si la parte perjudicada prueba que su contraparte actuó con culpa inexcusable.

4. Tercera práctica recomendada: determinar cómo llevar la gestión documental

La gestión documental es un aspecto clave para garantizar el éxito de un contrato de construcción. La documentación de un proyecto constituye la evidencia escrita de las actividades que se llevan a cabo durante la ejecución. Al ser así, ambas partes deben garantizar que su gestión sea rigurosa y organizada. La finalidad de ello es evitar la pérdida de información y asegurar la trazabilidad de los procesos.

El objetivo principal de una adecuada gestión documental es el de registrar todas las actividades relevantes que se llevan a cabo durante la ejecución del proyecto. Asimismo, de controlar y supervisar el progreso de la obra y con ello tomar decisiones informadas a la hora de identificar y solucionar posibles problemas.

En ese contexto, resulta necesario establecer de manera clara los procedimientos de gestión documental que las partes seguirán, a fin de poder identificar los documentos clave, las herramientas a utilizar y con ello la responsabilidad de cada parte en la generación, revisión, distribución, aprobación y almacenamiento de la documentación.

A continuación, detallamos las fases que debe involucrar un proceso de gestión documental:

- a) Identificación y entrega de documentos: Es importante reconocer la realidad de los contratos de construcción: estos parten de una evidente asimetría informativa entre las partes involucradas. Por esta razón, antes de suscribir un contrato de construcción, el propietario posee un mayor conocimiento sobre las condiciones del proyecto, tales como las condiciones del sitio, permisos necesarios, detalles de diseño, entre otras. Esta ventaja le permite tomar decisiones más informadas al momento de seleccionar al contratista adecuado; además, le otorga la facultad de negociar los términos del contrato de la forma más conveniente.

Ahora bien, si esta asimetría no se soluciona y el propietario decide reservarse la información del proyecto, lo más probable es que se genere un clima de desconfianza entre ambas partes. Por un lado, el propietario no podrá ponerse en los zapatos del contratista al momento de evaluar sus esfuerzos. Por otro lado, el contratista no podrá tomar decisiones informadas para solucionar eventos que generen impactos en la obra.

Con el objetivo de abordar este problema de distribución desigual de información, una gestión documental colaborativa debe comenzar por identificar qué documentos deben ser entregados a cada una de las partes involucradas en las diferentes etapas de ejecución del proyecto. Hughes et. al (2000) recomiendan que las partes incluyan un listado personalizado con la información que requerirán, además de identificar qué parte deberá entregar dicha información (p. 159). Por ejemplo, durante la fase de licitación, se pueden identificar aquellos detalles técnicos del proyecto que el propietario deberá entregar para permitir al contratista elaborar una oferta que se ajuste al contrato. Ello será distinto durante la fase de ejecución, donde la obligación del contratista de entregar información se vuelve necesaria, debiendo presentar informes de avance de la obra.



Finalmente, durante en la fase de cierre, ambas partes deberán entregar documentos tales como certificados de entrega/finalización (propietario), así como planos *as built* y manuales de operación (contratista) Por lo tanto, se requiere una comunicación abierta entre las partes para asegurar la entrega de toda la información relevante en las distintas etapas del proyecto.

Adicionalmente a ello, es crucial que las partes lleguen a un consenso sobre qué información es considerada crítica para el proyecto y cuál no lo es, ya que ello tendrá un impacto sobre los efectos que tendrá la falta de entrega de determinada información. Por ejemplo, las consecuencias serán distintas si se trata del retraso en la entrega de un acta de reunión o de un plano determinante para la construcción del proyecto. Mientras que el primero no podría facultar al contratista a paralizar la obra, el segundo sí genera un impacto al cronograma al impedir que el contratista concluya los trabajos dentro del tiempo programado. De esta manera, el contratista puede identificar este supuesto en el contrato como uno que lo habilite a suspender la ejecución.

Por último, la identificación de documentos críticos también permitirá a las partes definir con anticipación qué entregables serán determinantes para el cierre de una determinada fase o hito.

- b) Revisión y aprobación de documentos: Todos los documentos deben ser revisados y aprobados por las partes involucradas antes de ser distribuidos o almacenados. Por ello, es recomendable que ambas partes elaboren un proceso de revisión y aprobación que incluya plazos claros y responsabilidades definidas. Algunas preguntas pueden ayudar a regular este proceso: ¿cuál es el plazo máximo para que el contratista remita la documentación? ¿cuál es el plazo máximo para que el propietario revise y remita sus comentarios a los documentos? ¿cuál es el número máximo de revisiones? ¿la documentación remitida por fuera del plazo será considerada como “no entregada”? En este punto, tanto el plazo máximo de revisión de documentación como el número máximo de revisiones serán aspectos esenciales dentro del proceso de revisión y aprobación que acuerden las partes.
- c) Distribución de documentos: Los documentos deben ser distribuidos a las partes involucradas en función de las responsabilidades asignadas en el contrato. Para ello, es recomendable utilizar sistemas de gestión documental electrónica que garanticen el acceso al documento y su distribución de manera segura y eficiente. Con ello, se asegurará la trazabilidad sobre el flujo de la información, permitiendo a las partes llevar registro sobre la entrega de un documento.
- d) Almacenamiento de documentos: Por lo general, la información compartida durante la ejecución de un proyecto

se encuentra protegida por la suscripción de acuerdos de confidencialidad entre las partes. Por ello, el uso de un sistema de almacenamiento seguro se vuelve imprescindible para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de confidencialidad pactadas.

Es importante que las partes almacenen los documentos de manera segura y organizada en un software de gestión documental electrónica que permita el acceso y almacenamiento seguro de información. Por ende, se debe llegar a un acuerdo sobre los siguientes puntos:

- Qué parte asumirá costos asociados al mantenimiento del software.
 - Cómo se llevará a cabo la inducción de los usuarios que utilizarán el sistema.
 - Cómo se actuará frente a eventuales fallas de la plataforma.
 - Cuáles son las consecuencias de remitir información por fuera del sistema.
- e) Eliminación de documentos: Al finalizar el proyecto, los documentos deben ser eliminados de manera adecuada, siguiendo los estándares y procedimientos establecidos en el contrato y protegiendo las obligaciones de confidencialidad.

La gestión documental es un aspecto clave que necesita la colaboración activa de ambas partes para lograr que ese proceso se lleve a cabo de manera rigurosa y organizada. La documentación es la evidencia escrita de las actividades que se llevan a cabo durante la ejecución del proyecto, y su gestión debe permitir y asegurar la trazabilidad de los procesos. Por ello, la recomendación es que cada fase establezca responsabilidades definidas en plazos claros.

6. Conclusiones

La importancia de un buen diseño contractual colaborativo no puede ser subestimada, más aún en un sector propenso a la generación de controversias. A lo largo de este artículo,



se ha podido resaltar la importancia de incluir prácticas que prioricen un enfoque colaborativo, garantizando con ello un cambio de mentalidad en los principales actores de la obra: de ser partes independientes con intereses particulares y enfoques reactivos, se convierten en dos aliadas que buscan la manera más eficiente de priorizar el proyecto en lugar de atribuir responsabilidades y buscar compensaciones.

En primer lugar, la distribución adecuada de riesgos permite que las partes puedan prever el impacto de un evento de manera previa a su materialización. En segundo lugar, limitar la responsabilidad a través de la aplicación de penalidades o pactar daño ulterior fomentará que las partes pacten conjuntamente las consecuencias de sus incumplimientos. En tercer lugar, la gestión documental ayudará a ambas partes a regular la asimetría informativa, además de asegurar la trazabilidad de los procesos.

Finalmente, integrar las prácticas colaborativas recomendadas desde el diseño contractual no solo garantizarán el éxito del contrato, sino que traerán consigo los siguientes beneficios:

- Reducción de conflictos: Se establecen mecanismos de comunicación efectivos y se comparten responsabilidades y riesgos de manera justa.
- Ahorro de tiempo y costos: La gestión colaborativa ayuda a reducir los tiempos de ejecución y los costos del proyecto al mejorar la coordinación y la eficiencia en la toma de decisiones.
- Mejora de la calidad: La colaboración permite una mayor comunicación y un mejor intercambio de información, lo que conlleva a una mejor planificación, ejecución y, por ende, una mayor calidad de la obra.
- Fomento de relaciones duraderas: La gestión colaborativa puede fomentar relaciones más duraderas y de confianza entre las partes, lo que puede ser beneficioso para futuros proyectos.

Referencias bibliográficas

- Abdel, M. (2019). Construction Arbitration in the MENA Region. En S. Brekoulakis & D. Brynmor (Eds.), *The Guide to Construction Arbitration* (3ª ed., pp. 373–411). Law Business Research Ltd.
- Broome, J. (2012). *NEC3: A User's Guide*. ICE Publishing.
- Bunni, N. (2009). The Four Criteria of Risk Allocation in Construction Contracts. *International Construction Law Review*, 20, Parte 1.
- Capper, P. (Noviembre, 2000). *Basic Choices in the Allocation and Management of Risk. Contributions to the "Whose Risk?"* [Sesión de conferencia]. Proceedings of Conference on Whose Risk? Managing Risk in Construction - Who. Pays? Hong Kong, China.
- Campos, A., & Hinostraza, L. (2008). El Contrato de obra pública: Lo que no dice la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. *Revista de Derecho Administrativo*, 5, 297-308. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14509>
- Hayford, O. (2018). *Collaborative Contracting*. PWC Australia.
- Hess, S. (2009). Damages. *Construction Law*, 501-522.
- Hernández, R. (2014). Dispute Boards (Paneles de solución de controversias en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En R. Hernandez (Coord.), *Dispute Boards en Latinoamérica experiencias y retos* (pp. 23–32). Estudio Mario Castillo Freyre.
- Jus Mundi. (2021). *Industry Insights Issue 1: Construction Arbitration* [Archivo PDF].
- Kelley, G. (2013). Construction Contracts. *Construction Law* (pp. 51–66). John Wiley & Sons.
- Medina, J. (12 de enero de 2020). *Algunos apuntes sobre los contratos NEC: el modelo contractual que se usó en los Juegos Panamericanos*. IUS 360. <https://ius360.com/algunos-apuntes-sobre-los-contratos-nec-el-modelo-contractual-que-se-uso-en-los-juegos-panamericanos/>
- Murdoch, J., Hugues, W., & Champion, R. (2000). *Construction Contracts* (5ª ed.). Routledge.
- Osterling, F., & Castillo, M. (1998). *Obligaciones con cláusula penal* [Archivo PDF].
- Osterling, F. (1985). Inejecución de Obligaciones: Dolo y Culpa. En J. León (Coord.), *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem* (pp. 351–364). Cultural Cuzco.
- Thomas, R. (2001). *Construction Contract Claims* (2ª ed.). Palgrave.
- Toledo, L. (2017). *Contrato de Aliança: Projetos Colaborativos em Infraestrutura e Construção*. Almedina Brasil.
- Toomey, D. (2021). *Alliance contracting drives value for water projects. Insights gained from the Australian experience*. Williams Sale Partnership.
- UNCITRAL (1987). *Guía UNCITRAL para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales*. Organización de las Naciones Unidas.
- Vicuña, G. (2006). La Distribución del Riesgo en los Contratos de Inversión Pública. Santiago. *Revista En Concreto*, 4(50).