



Contratos Estándares Internacionales de Construcción: apuntes para una eventual regulación de estos modelos en la normativa de Contrataciones del Estado^(*)

International Standard Construction Contracts: Notes for an eventual regulation of these models in the State Contracting regulations

Juan Carlos Medina Flores^(**)

Estudio Echecopar (Lima, Perú)

Resumen: A raíz de la fama que están adquiriendo los contratos entre Estados celebrados por diferentes entidades públicas peruanas, mediante los cuales un Estado extranjero presta el servicio de asistencia técnica especializada en la ejecución de importantes proyectos de infraestructura de diversa índole, como los Juegos Panamericanos, las obras de la Reconstrucción con Cambios, el Aeropuerto Internacional de Chinchero, las escuelas bicentenario, el Estado peruano viene buscando la implementación de las diferentes herramientas usadas en la ejecución de estos proyectos en la normativa nacional. Dentro de estas herramientas, una de las que más fama ha obtenido en los últimos años son los Contratos Estándares Internacionales de Construcción.

De esta manera, ya existe normativa nacional que recoge estos modelos de contrato y los pone a disposición de ciertas entidades para que los utilicen para la ejecución de proyectos de infraestructura. Asimismo, los últimos proyectos de ley de contrataciones del Estado (que no han sido aprobados) muestran la tendencia del gobierno de regular a los contratos estándares internacionales de construcción para la ejecución de obras públicas. En este artículo, busco explicar qué son los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, reseñar cómo se han venido utilizando en el Perú y aportar a la discusión sobre la conveniencia de implementar estos modelos contractuales con carácter general en las obras públicas y qué elementos deben ser tomados en cuenta para ello.

Palabras Clave: Contratación Pública - Contratos Estándares Internacionales de Construcción - Contratos de Gobierno a Gobierno - Obras públicas

Abstract: As a result of the exposition that Government-to-Government contracts entered into by different Peruvian entities are acquiring, through which a foreign State has been providing specialized technical assistance to the Peruvian State for the execution of important infrastructure projects, such as the Pan American Games, the works of the Reconstruction with Changes, the Chinchero International Airport, the bicentennial schools; the Peruvian State has been seeking the implementation of the different tools used in the execution of these projects in the Peruvian Procurement regulations. Among these tools, one of the most famous in recent years is the international construction standard contracts.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 16 de mayo de 2023 y su publicación fue aprobada el 3 de julio de 2023.

(**) Abogado por la Universidad San Martín de Porres (Lima, Perú). Máster en Contratación Pública y estudios de postgrado en Derecho de la construcción, Derecho Corporativo, Arbitraje y Dispute Boards. Docente de postgrado en la Universidad ESAN. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción, así como de la Dispute Resolution Board Foundation. Presidente de la Comisión de Contrataciones del Estado y Derecho de la construcción de la Sociedad Peruana de Derecho. Asociado Principal del Estudio Echecopar, asociado a Baker & McKenzie International. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1887-2619>. Correo electrónico: juancarlos.medina@bakermckenzie.com.



Thus, there are already national regulations that collect these contract models and make them available to certain entities to be used for the execution of infrastructure projects. Likewise, the latest government procurement bills (which have not been approved), show the government's tendency to regulate international standard construction contracts for the execution of public works. In this article, I seek to explain what international standard construction contracts are, outline how they have been used in Peru and contribute to the discussion on the convenience of implementing these contractual models generally in public works and what elements should be considered for this purpose.

Keywords: Public procurement - International Construction Contracts - Government-to-Government Contracts - Public works

1. Introducción

El gobierno está apostando por incorporar los Contratos Estándares Internacionales de Construcción dentro de la normativa nacional. No obstante, considero que este tema no ha sido analizado ni discutido a profundidad, a fin de tener certeza respecto de la conveniencia de adoptar estos modelos contractuales y qué criterios deben seguirse para ello.

En la práctica, advierto que aún existen confusiones respecto de la naturaleza y concepto de este tipo de contratos. Existe aún la creencia de que el Perú ha usado Modelos Estándares Internacionales de Construcción para contratar con otros Estados (G2G), que todos los contratos estándares son colaborativos y que los contratos estándares necesariamente tienen que estar relacionados con los contratos de Gobierno a Gobierno. Incluso, se define a los contratos estándares usando conceptos relacionados a un modelo en particular (normalmente FIDIC o NEC).

En este escenario, el propósito de este artículo es desarrollar algunos aspectos esenciales que permitan entender estos modelos contractuales y que sirvan como punto de partida para analizar su eventual implementación de estos en las obras públicas con carácter general si esa es la opción que adopta el estado peruano.

2. Contratos Estándares Internacionales de Construcción

2.1. Concepto

En la industria de la construcción, existen diversos contratos estándares internacionales. Estos son modelos o formatos de contrato creados por diferentes organizaciones para simplificar la contratación en esta industria, reduciendo así los costos de transacción y facilitando la ejecución de proyectos. En este contexto, Brekoulakis y Thomas (2017) han señalado lo siguiente:

La globalización requiere la optimización en la asignación de recursos y la facilitación del comercio internacional. Los contratos estándares son usados en cada industria para ayudar a reducir costos, así como tienen una larga historia de uso en la industria de la construcción. Estos contratos ayudan a reducir los costos de transacción y brindan claridad y consistencia a las cláusulas.

Asimismo, Rodríguez se ha pronunciado respecto del fenómeno de la proliferación de contratos estándares en la industria de la construcción, señalando lo siguiente:

Los modelos contractuales estandarizados se presentan, asimismo, como un uso del comercio en el ámbito de la ingeniería o construcción, pues se trata de uno de los sectores de la industria en que más se ha desarrollado la elaboración de contratos modelo. Ese proceso mediante el cual se utilizan los contratos modelo elaborados por diferentes instituciones de reconocida reputación en el ámbito internacional se ha complementado con un proceso de interpretación sistemática que de esos contratos ha seguido la jurisprudencia arbitral y en especial la proveniente de instituciones como la Cámara de Comercio Internacional y la Corte de Arbitramento Internacional de Londres. De manera tal que la práctica internacional referida al uso de esos modelos se encuentra plenamente reforzada por los diferentes pronunciamientos que se han hecho vía interpretación de los referidos modelos, todo lo cual genera una mayor certeza respecto de la interpretación de un referido término contractual utilizado por las partes (2006, p. 9).

De esta manera, existen diferentes contratos estándares de construcción, cada uno con sus propias características, filosofía y herramientas particulares. Entre los más conocidos, se encuentran los contratos NEC, FIDIC, FAC-1, ENNA, JCT, PPC2000, entre otros. Cada uno de estos modelos tienen un acercamiento particular a la ejecución de proyectos de construcción, pudiendo ser más o menos colaborativos. Además, las familias de contratos estándares, como FIDIC y NEC, comprenden diversos modelos para atender



las diferentes necesidades de la industria de la construcción. Así, por ejemplo, los contratos NEC tienen modelos para obras, servicios y bienes, relacionados con un proyecto de construcción. También tienen modelos de subcontratos, versiones cortas o simplificadas de sus modelos contractuales, contrato para adjudicadores, contrato de alianza, entre otros.

Dicho lo anterior, resulta importante desarrollar el concepto y naturaleza de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, toda vez que aún existe en el mercado nacional falta de claridad sobre este aspecto. En el ámbito peruano, se suele pensar que todos los contratos estándares son contratos colaborativos; existen dudas respecto de la normativa aplicable a estos contratos (a veces se piensan que estos constituyen normas o se rigen por una norma especial) o respecto de los reguladores de estos tipos de contratos. Incluso, algunos afirman que, al ser internacionales, estos modelos están por encima de la normativa nacional.

En realidad, en términos generales, los Contratos Estándares Internacionales de Construcción son modelos de contrato. Son proformas de contrato especialmente ideadas para la industria de la construcción, que pueden ser modificados a gusto de las partes contratantes. De esta manera, tratándose únicamente de modelos, formatos o proformas, no constituyen normas jurídicas ni pueden anteponerse a la aplicación de una norma imperativa de nuestro país. Claro está, existe la posibilidad de que se emitan normas que expresamente recojan el uso de estos contratos, dotándolos de cobertura legal.

En relación con lo anterior, Powell (2016) ha señalado que “un modelo de contrato estándar no es más que un conjunto de condiciones previamente acordadas y publicadas para las actividades relacionadas con un tipo de proyectos, en nuestro caso, dentro del sector de la construcción”.

2.2. Principales características

En el mercado, existen diferentes modelos de contrato. Varias empresas utilizan sus propios modelos de contrato para sus relaciones con proveedores. Incluso, las bases estándar para procedimientos de selección aprobadas por el OSCE contienen proformas de contrato. Ante ello, cabe preguntarse: ¿Qué tienen de especial los Contratos Estándares Internacionales de Construcción para que se discuta tanto sobre su uso o incorporación a la normativa nacional? Si bien se trata, en términos generales, de modelos de contrato, estos tienen determinadas características importantes, dadas por la intención con la que son concebidos y su uso extendido, que le otorgan una serie de ventajas frente a otros modelos de contrato o contratos confeccionados para un negocio en particular.

De acuerdo con Rameezdeen y Rodrigo (2005, pp. 31-40), los beneficios de usar contratos estándares internacionales en la industria de la construcción son los siguientes:

- Pueden ser usados para varios tipos de proyectos y requerimientos del cliente.
- Recogen prácticas de la industria y costumbres.
- Las partes se sienten cómodas con el hecho de que se trate de un modelo probado por un largo tiempo.
- Distribución de riesgos justa entre las partes.
- El precio del contrato suele ser menor dado que los contratistas no tienen que cotizar los riesgos adicionales asociados con la interpretación del contrato.
- Los costos de transacción en la negociación del contrato son reducidos.

A continuación, algunos apuntes sobre las principales ventajas de los contratos estándares de construcción:

2.2.1. Reducen los costos de transacción

Estos modelos estándares, al tener cláusulas conocidas en la industria de la construcción, facilitan la negociación del contrato, toda vez que las partes conocen el contenido y sentido de las cláusulas o pueden encontrar información sobre estos. De tal manera, se pueden concentrar únicamente en la negociación de las condiciones particulares del contrato a fin de adaptar el mismo al proyecto particular que van a ejecutar.

Sobre esta ventaja, en otro trabajo, he indicado lo siguiente:

En el ámbito de la construcción se han desarrollado diferentes modelos de contratos internacionales que simplifican la coordinación de las relaciones entre las partes involucradas, disminuyendo significativamente la pérdida de recursos que implica la extensa negociación de todos los aspectos del contrato y permitiendo el impulso de la dinámica del sector (Medina, 2019, p. 115).

Claro está, tal ventaja se presenta cuando se elige un modelo estándar respecto del cual ambas partes conocen y tienen experiencia en su uso, para que de esta manera tengan la seguridad de que las cláusulas que están pactando se ajustan a sus necesidades. Así, una vez que las partes elijan el modelo que mejor se ajuste a sus necesidades y que les genere confianza y familiaridad, habrán tenido



un gran avance en la negociación del contrato, procediendo a discutir únicamente las condiciones particulares del contrato para moldearlo al proyecto.

En suma, el solo hecho de tener cláusulas previamente redactadas, adaptadas a la industria de la construcción y, en específico, al tipo de proyecto o negocio que las partes desean ejecutar, es un importante avance en la negociación de un contrato.

2.2.2. Existe doctrina y jurisprudencia internacional

Al tratarse de modelos contractuales usados alrededor del mundo, en diferentes tipos de proyecto y en múltiples transacciones, son objeto de estudio por autores en diferentes jurisdicciones. Así, existe doctrina disponible sobre los modelos de contrato más usados, la cual puede ser consultada para comprender el sentido de sus cláusulas y qué uso se les ha dado otros proyectos. Además, muchos de estos contratos vienen acompañados de guías de uso que facilitan la comprensión de los términos o disposiciones de estos, con ejemplos de uso y formatos sugeridos.

Asimismo, existen resoluciones judiciales o laudos arbitrales mediante los cuales, en casos concretos, se ha analizado la aplicación de las cláusulas de estos modelos contractuales, lo que ayuda a aportar mayores luces respecto de su utilidad. Mientras más uso tiene un contrato estándar en diferentes jurisdicciones, más información sobre el mismo se puede obtener. Incluso, existen trabajos que comparan los diferentes modelos estandarizados para simplificar la tarea de elegir el contrato adecuado para el proyecto que se va a ejecutar.

2.2.3. Recogen la experiencia en la industria de la construcción y se actualizan regularmente

Estos modelos contractuales son elaborados por expertos en la industria de la construcción, donde recogen sus experiencias en diferentes proyectos y los avances de esta industria. Así, estos contratos no están elaborados tomando en consideración únicamente los intereses de una de las partes y pensando en futuras controversias, sino que incorporan disposiciones que buscan generar eficiencias en la ejecución de los proyectos. Además, estos contratos suelen actualizarse para recoger las innovaciones de la industria de la construcción, ya sea para incorporar nuevos modelos de contratos, incorporar nuevas cláusulas acordes con las nuevas tendencias en la materia o modificar sus cláusulas para tener procedimientos más claros que permitan una eficiente gestión del contrato.

Sobre este punto, Charett (2021) señala lo siguiente:

La mayoría de los contratos estándar son el resultado de un proceso de evolución, en el que las sucesivas ediciones toman en cuenta la experiencia operacional previa y las dificultades de interpretación o implementación que han sido identificadas por cortes o cambios en la legislación relevante

(...). Parte de la evolución de los contratos estándares en los últimos 20 o 30 años ha sido el reconocimiento de que los distintos tipos de contratos de construcción tienen requisitos claramente diferentes, y que los contratos tipo deben prepararse en consecuencia. La gama de opciones de contratación que se utilizan actualmente en los grandes proyectos exige una mayor variedad de disposiciones contractuales que las que ofrece un único contrato tipo. Mientras que en el pasado se solía utilizar un único contrato tipo para las obras de construcción, la experiencia de los proyectos ha demostrado los escollos de utilizar un contrato tipo en circunstancias para las que no fue diseñado.

Por ejemplo, la familia de contratos NEC se encuentra en constante actualización. Actualmente, tales contratos van por su versión NEC4, que incorpora nuevos tipos de contrato, como el *Design-Build-Operate contract* o el reciente *Facilities Management contract*, y nuevas cláusulas opcionales, como la de modelamiento digital o el involucramiento temprano del contratista. En adición a esto, ha mejorado algunas de sus disposiciones, como las cláusulas de pago y cierre del contrato.

2.2.4. Flexibilidad normativa

Estos modelos contractuales tienen una redacción que se desliga de referencias a normas específicas, a fin de que puedan ser utilizados en distintas jurisdicciones alrededor del mundo y para distintos tipos de proyectos. No obstante, debe tenerse presente que, si bien estos contratos buscan su flexibilidad de uso, esta intención no puede concretarse totalmente, por lo que resulta necesario, cuando se elige un modelo, analizar su compatibilidad con la regulación nacional. Esto se debe a que podría existir una colisión entre sus provisiones y las normas imperativas del lugar donde se vaya a usar. Como se indicó anteriormente, los contratos estándares son modelos de contrato, no son normas (podrían, eventualmente, ser recogidos con carácter obligatorio por alguna norma nacional), por lo que, si estos contravienen normas imperativas, podrían incurrir en causales de nulidad.



Por ejemplo, algunos modelos permiten limitar o excluir la responsabilidad de las partes. Incluso, por dolo o culpa inexcusable, incluyen plazos de caducidad distintos a los previstos en la ley, o tienen cláusulas de resolución por incumplimiento que establecen un procedimiento expeditivo con breves plazos de preaviso. En estos casos, las cláusulas estándares de los modelos elegidos pueden contravenir normas de orden público peruanas, generando nulidades y, por tanto, controversias entre las partes. En caso el modelo elegido contenga disposiciones que colisionen con normas obligatorias peruanas, para su correcta adopción, debe realizarse la modificación de las cláusulas correspondientes para evitar futuras complicaciones.

De otro lado, debe tenerse presente que un mismo modelo de contrato puede tener diferente aplicación en dos jurisdicciones distintas, sobre todo cuando la terminología empleada tiene una interpretación diferente. Sobre este punto, Bailey (2016) ha señalado lo siguiente:

Especialmente en el ámbito de la contratación internacional, el significado o la aplicación de un determinado contrato estándar en virtud de una ley (por ejemplo, un contrato FIDIC, tal como se interpreta en virtud de la ley inglesa) puede ser diferente en virtud de las leyes de un sistema jurídico diferente.

De esta manera, los términos, como rescisiones, daños por demora, penalidades, garantías, entre otros, pueden tener un contenido jurídico distinto en diferentes jurisdicciones. Sin desmerecer las ventajas anotadas anteriormente, existen también desventajas o dificultades en el uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción que deben ser valoradas por las partes que los celebran.

Existen modelos, como los NEC, de uso en Perú, que no tienen una versión oficial en español, por lo que su uso requiere de una traducción previa en la que pueden, como de hecho ocurre, existir deficiencias en la interpretación del contrato. Muchas veces las traducciones terminan alterando el sentido de las cláusulas, ya sea porque se dio a una palabra un significado distinto al previsto en el contrato o porque un término del contrato en su idioma original no tiene un término equivalente en el idioma elegido por las partes. Así, los contratos NEC usados en el Perú contienen defectos de traducción, lo cual ocasionó, por ejemplo, que en algunos casos las partes no comprendieran debidamente el procedimiento de evento compensable y las diferentes etapas de este.

Sobre este punto, De Almagro y Klee (2017) señalan lo siguiente:

Cuando se utilicen contratos FIDIC en algunos sistemas continentales y se establece que la ley aplicable al contrato será la de un país del Civil Law, como es el caso de Rumania, donde se utilizan mucho los FIDIC, los tribunales deberán analizar en detalle los antecedentes lingüísticos

de cada cláusulas con la finalidad de evitar ambigüedades, imprecisiones o malas interpretaciones, por todo ello, es fundamental que las traducciones de estos documentos proporcionen la mayor precisión posible.

Además, cuando se elige un modelo de contrato que no es conocido por el mercado, la procura de posibles contratistas puede complicarse, porque los posibles postores se sentirán inseguros de suscribir un modelo de contrato totalmente nuevo, que puede generarles riesgos de incurrir en incumplimiento o no ejercer oportunamente sus derechos. Esto conllevará a reducir el mercado de empresas con interés de celebrar el contrato o incrementará los costos de las ofertas.

Conforme a lo desarrollado líneas arriba, existe el riesgo de que algunas cláusulas del modelo de contrato elegido sean nulas al ser contrarias a las normas imperativas de nuestro país, dejando desprotegida a alguna de las partes y alterándose el equilibrio de riesgos del contrato. En general, si las partes deciden usar un modelo de contrato guiados por su prestigio y reconocida utilidad en la industria de la construcción, pero no lo comprenden y no tienen experiencia en el mismo, podrían terminar empleando mal el modelo o teniendo diferentes controversias respecto de su correcta interpretación, lo cual puede resultar contraproducente y generar mayores costos.

De esta manera, los Contratos Estándares Internacionales de Construcción han surgido con la finalidad de coadyuvar a la simplificación de las transacciones en la industria de la construcción, generando confianza en las partes que eligen estos modelos contractuales en los que las cláusulas que pactan han sido elaboradas por expertos. Sin embargo, estos no se encuentran libres de desventajas o complicaciones en su uso, las cuales deben ser sopesadas por las partes.

3. La referencia a contratos estándares en la normativa nacional

Como se mencionó anteriormente, en Perú existe una tendencia actual que busca recoger



a los Contratos Estándares Internacionales de Construcción en la normativa nacional, en mayor o menor medida. Así, por ejemplo, el numeral 212.1 del actual Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 344-2018-EF, contiene una referencia a la aplicación de estos modelos para los contratos que incluyen obligaciones de diseño y construcción de obras públicas:

212.1. Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos; así como las empresas bajo el ámbito de FONAFE pueden contratar obras que incluyan el diseño y construcción a través de las modalidades llave en mano que incluye el expediente técnico de obra, o concurso oferta, según corresponda (...).

212.2. Mediante Directiva el OSCE regula disposiciones complementarias para la aplicación de estas modalidades, las que pueden incluir la posibilidad de utilizar modelos contractuales de uso estándar internacional.

Cabe anotar que, hasta la fecha, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) no ha emitido la directiva que permita el uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción en las obras públicas nacionales.

De igual forma, el Decreto de Urgencia 021-2020, que creó a los Proyectos Especiales de Inversión Pública, otorgó a estos proyectos especiales la posibilidad de utilizar Contratos Estándares Internacionales de Construcción como una herramienta para lograr la eficiencia en la ejecución de importantes proyectos de inversión pública, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 7. Modelos contractuales de ingeniería de uso estándar internacional

7.1 Autorízase a los proyectos especiales de inversión pública la aplicación de modelos contractuales de ingeniería de uso estándar internacional, exceptuándose en dichos casos de la aplicación de las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

De esta manera, como parte del nuevo modelo de ejecución de inversiones regulado por el referido Decreto de Urgencia, los Proyectos Especiales de Inversión Pública están habilitados para utilizar Contratos Estándares Internacionales de Construcción, en cuyo caso no aplicarán la normativa de contrataciones del Estado. Además, el numeral 3 de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia define a los Contratos Estándares de Construcción de la siguiente manera:

Formas contractuales estándar, guías, y otra documentación de uso general en el mercado de la construcción que utilizan

terminología y condiciones expresadas de una manera simple y clara, las cuales son creadas y actualizadas por organizaciones internacionales especializadas, con la finalidad de que los modelos contractuales se encuentren acordes a las necesidades de la industria de la construcción. Los contratos estandarizados más comunes son los New Engineering Contract (NEC), International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) y Engineering Advancement Association of Japan (ENAA).

De igual forma, en proyectos de ley que regulan la ejecución de proyectos de inversión pública se viene previendo el uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción como una herramienta para generar eficiencia en la gestión de estos proyectos.

Así, por ejemplo, el artículo 47 del último Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado, cuya publicación se dispuso mediante Resolución Ministerial 316-2022-EF/54, ha otorgado a las Entidades del Estado la posibilidad de utilizar Contratos Estándares Internacionales de Construcción para la contratación de consultoría y ejecución de obras públicas:

(...) 47.2 Para el caso de consultoría de obras y obras, las Entidades Contratantes pueden utilizar contratos estandarizados de ingeniería y construcción, siempre que así lo determine la estrategia de contratación. Asimismo, pueden utilizar la metodología de ejecución que permite iniciar los trabajos de construcción sin contar con el diseño de ingeniería completo.

De esta forma, previa determinación de la estrategia de contratación a seguir, que implica la elección sistema de entrega de proyectos que mejor se ajuste a la obra a ejecutar, las Entidades pueden elegir un contrato estándar para relacionarse con el proveedor que ejecutará el servicio de consultoría obra o ejecutará la obra.

Adicionalmente, el Proyecto de Ley mencionado contiene diferentes disposiciones que aplicarán de manera especial a las contrataciones que se realicen empleando Contratos Estándares Internacionales de



Construcción. Así, por ejemplo, el artículo 47.3 de la propuesta establece que, cuando estos contratos establezcan que el incumplimiento del plazo para presentar reclamaciones sobre el plazo y el monto del contrato es sancionado con la pérdida del derecho a modificarlos, o con el no reconocimiento de la reclamación, el referido plazo es considerado uno de caducidad. Sobre este extremo, preocupa que una figura extintiva como la “caducidad” de derechos, sea librada al modelo de contrato que se elija. Esto podría ocasionar que en la práctica, para diferentes obras con semejantes características, existan plazos de caducidad diferenciados.

De igual manera, el artículo 52.4 del Proyecto de Ley establece que el reglamento establecerá las condiciones y procedimientos para resolver los contratos, siendo que, en el caso de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción, regirá lo establecido en el modelo elegido. Nuevamente, la legislación propuesta deriva al modelo de contrato elegido el mecanismo para resolver el contrato, estableciendo un trato diferenciado entre diferentes proyectos y contratistas. En el mismo sentido, el artículo 64 de la propuesta legislativa señala lo siguiente:

En el caso de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción, la Entidad Contratante puede optar por los medios de solución de controversias que en ellos se contemplen, los cuales se regulan según lo expresado en las cláusulas pertinentes en el propio contrato. En caso no incluyan una cláusula que exprese que la decisión final es vinculante para las partes, la Entidad Contratante propone una cláusula particular o modificatoria para regularlos en ese sentido.

Al igual que lo comentado anteriormente, no advierto justificación válida para que se establezcan diferentes mecanismos de solución de controversias para obras públicas, basándose únicamente en el modelo de contrato elegido. Además, existen diferentes modelos de contrato en el mundo, que recogen distintos mecanismos de solución de controversias. ¿Estos mecanismos resultarán aplicables por el solo hecho de estar recogidos en un modelo de contrato? Entiendo que, en caso se apruebe el referido Proyecto de Ley, el reglamento regulará con mayor detalle las reglas para el uso de estos contratos estándares para acotar, por ejemplo, qué mecanismos de solución de controversias resultarán aplicables e incluso cuáles son los modelos contractuales que las Entidades podrán elegir, a fin de evitar la coexistencia en el mercado de compras públicas de múltiples modelos contractuales sin mayor predictibilidad.

Recientemente, el artículo 11 del Proyecto de Ley que propone la creación de la Autoridad Nacional de Infraestructura regula la posibilidad de que esta Entidad emplee Contratos Estándares Internacionales de Construcción como herramienta para la gestión eficiente de los proyectos

que estarán a su cargo, en cuyo caso estará exceptuada de la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme se aprecia a continuación:

11.1 Se autoriza a la Autoridad la aplicación de modelos contractuales de ingeniería de uso estándar internacional, exceptuándose en dichos casos de la aplicación de las disposiciones de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, o normas que la sustituyan.

De manera muy parecida a lo establecido en el Decreto de Urgencia 021-2020, la exposición de motivos de este Proyecto de Ley señala que estos son “modelos de contratos internacionales creados por instituciones especializadas, que permiten simplificar las relaciones entre las partes disminuyendo el costo de la negociación en la ejecución del contrato, mediante un lenguaje sencillo y dinámico”.

Como vemos, en Perú, en las recientes normas o proyectos de ley, se viene recogiendo la posibilidad de emplear Contratos Estándares Internacionales de Construcción para la ejecución de obras públicas. Sin embargo, esta regulación aún es general y no contiene el detalle suficiente para comprender las condiciones para su uso ni las adaptaciones que tendrán que hacerse a los mismos para su correcta ejecución.

Existe una tendencia a considerar que la solución a los defectos de la obra pública nacional, como los retrasos o paralizaciones, las deficiencias de los expedientes técnicos, la corrupción, las múltiples controversias, la falta de transparencia y la poca colaboración de las partes se va a solucionar mediante la adopción de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, por lo que se está impulsando la implementación de estos modelos en la normativa nacional. Si bien estos modelos contractuales ofrecen múltiples ventajas, como las que han sido destacadas anteriormente en este artículo, es importante que se entienda que los primeros son herramientas que, bien empleadas, coadyuvan al éxito del proyecto, pero no lo garantizan por sí solos. Además, como existen cientos de contratos



estándares internacionales en el mundo, es necesario determinar qué contratos interesan para el mercado de compras públicas peruano y, sobre la base de ello, crear, de considerarlo conveniente, previo estudio profundo, regulación más detallada que no genere dispersión de reglas y falta de predictibilidad.

4. El uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción en el Perú

En el Perú, el empleo de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción no es una novedad. Tenemos experiencia en el uso de contratos estándares, principalmente FIDIC. En líneas generales, se pueden usar estos modelos de contratos internacionales de construcción cuando no resulte de aplicación la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. Así, las entidades públicas podrían emplear estos modelos en mecanismos como la contratación con proveedor no domiciliado en el país, conforme al literal f) del artículo 5.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, los convenios de administración de recursos con Organismos Internacionales, los Contratos de Gobierno a Gobierno, contrataciones bajo normas que expresamente excluyen la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, entre otros. Sin embargo, el impulso del uso extendido de contratos estandarizados para las obras públicas se ha dado con los contratos de Gobierno a Gobierno mediante los cuales el Estado extranjero brinda asistencia técnica al Estado peruano en la ejecución de proyectos de inversión pública.

Acorde al artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, los contratos entre Estados o contratos de Gobierno a Gobierno se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. Mediante esta modalidad, el Estado peruano contrata con otro Estado bienes, servicios u obras, a cambio de un pago. Esta modalidad de contratación ha sido utilizada por el Estado peruano desde hace muchos años, sobre todo en el ámbito militar. Lo que ha ocurrido en los últimos años, a raíz de la preparación y desarrollo de los Juegos Panamericanos de Lima en el 2019, es que el Estado peruano viene celebrando contratos con otros Estados para que estos le presten el servicio de asistencia técnica de gestión de proyectos públicos.

En el caso de los contratos de Gobierno a Gobierno, se ha venido contemplado la obligación del gobierno extranjero de conducir procesos de selección internacionales para elegir a los proveedores de bienes, servicios u obras necesarios para la ejecución del proyecto público con quienes contratará directamente la Entidad nacional a cargo del proyecto. De esta manera, el Estado extranjero no celebra los contratos con los privados (por ejemplo, el contratista que ejecute las obras de la Villa Panamericana o los hospitales de la Reconstrucción

con Cambios), sino que es el Estado peruano quien actúa como parte contratante.

Es en el marco de estos procesos de selección internacionales conducidos por el Estado extranjero, en representación de la Entidad peruana, que se vienen empleando contratos estándares internacionales (FIDIC o NEC) para regular las relaciones contractuales entre la Entidad peruana y las empresas o consorcios de empresas que resultaron adjudicados.

Esta modalidad ha sido utilizada en los siguientes proyectos:

- Juegos Panamericanos y Panamericanos de Lima - Reino Unido (Contratos NEC3).
- Reconstrucción con Cambios - Reino Unido (Contratos NEC3).
- Escuelas del Bicentenario - Reino Unido (Contratos NEC4).
- Aeropuerto Internacional de Chinchero - Corea del Sur (Contratos FIDIC).
- Hospitales Lorena y Sergio Bernales - Francia (Contratos FIDIC).
- Carretera Central - Francia (Contratos FIDIC).

Este esquema de contrato de “Gobierno a Gobierno - procura internacional” es el que se viene utilizando con mayor frecuencia para el uso de los contratos estándares internacionales. Incluso, el Proyecto Especial de Inversión Pública de Escuelas Bicentenario, que en virtud del Decreto de Urgencia 021-2020 tiene la posibilidad de emplear los Contratos Estándares Internacionales de Construcción directamente, en la práctica ha celebrado un contrato de Gobierno a Gobierno con el Reino Unido, bajo la modalidad expuesta anteriormente, a través del cual ha celebrado contratos NEC con los supervisores de calidad y los ejecutores de las obras del proyecto.

5. Aspectos a considerar para implementar contratos estándares en la contratación pública nacional

Como he mencionado, en el Perú se están dando intentos por incorporar el uso de Contratos Estándares Internacionales de



Construcción en la ejecución de proyectos de infraestructura pública. No obstante, la regulación aprobada o propuesta sigue siendo muy general, sin determinar claramente los aspectos que deben considerar las Entidades para la selección del modelo que mejor se adapte al proyecto a ejecutar. Si es posible adoptar en la normativa de un determinado país el uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción. Al respecto, Klee (2014) señala lo siguiente:

El uso prolongado de contratos estándares en algunas industrias a veces lleva a su incorporación en la legislación local de contratación pública. De esta manera, los contratos FIDIC se han vuelto parte de la ley de contrataciones públicas en, por ejemplo, Europa Central y Europa Oriental y el Medio Oriente. La evolución en algunos países árabes es ahora tan avanzada que los contratos estándares o partes de estos se han convertido en elementos obligatorios de la legislación local sobre contratación pública.

Para determinar si es conveniente implementar el uso extendido de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción en la normativa nacional, deben analizarse diferentes aspectos para aterrizar la propuesta normativa. Parece que, en el Perú, sobre la base de experiencias muy puntuales, sobre todo en el uso de los contratos NEC, se busca realizar una regulación general sobre el uso de Contratos Estándares Internacionales de Construcción, sin mayores detalles, dejando a los reglamentos o documentos de gestión el desarrollo de las condiciones para ello. La implementación de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción debe empezar por tener un conocimiento de los principales modelos que existen en el mercado, identificando los aspectos beneficiosos y las desventajas de cada uno de estos. Como se mencionó anteriormente, no se puede hablar únicamente de "Contratos FIDIC" o "Contratos NEC", pues estas son familias contractuales que tienen diversos modelos de contratos para diferentes necesidades y tipos de proyecto. Se debe evaluar qué modelos dentro de estas familias son los que se desea implementar.

Además, es importante desarrollar una regulación basada en evidencias y en estudios que demuestren la conveniencia de implementar determinados Contratos Estándares Internacionales de Construcción. Así, deben estudiarse las experiencias que tenemos en el Perú en el uso de Contratos Estándares Internacionales de Construcción, evaluando qué dificultades se han tenido en su gestión, si han sido correctamente comprendidos por las partes y si efectivamente aportaron a lograr eficiencias en el proyecto. Sobre este aspecto, Mason (2016) señala lo siguiente:

Existe el peligro potencial de que un cliente o sus asesores elijan un contrato estándar concreto porque estén familiarizados con este y no porque sea el que mejor se adapte a los requisitos del proyecto. La mayoría de los

contratos estándares son documentos complejos compuestos por un gran número de cláusulas. Esto refleja la necesidad de adaptarse a una gama de proyectos y eventualidades lo más amplia posible. Por lo tanto, para interpretar correctamente las disposiciones contractuales se requieren considerables niveles de destreza y conocimientos.

Otro aspecto que se debe considerar es el referido a qué sistemas de entrega de proyectos y mecanismos de pago previstos en los diferentes Contratos Estándares Internacionales de Construcción van a utilizarse para la ejecución de obras públicas. ¿Se recogerá el sistema de gerencia de obra al riesgo, correspondiente al Contrato NEC ECC Opción F usado en los Juegos Panamericanos y la Reconstrucción con Cambios?, ¿se regularán los sistemas de precio meta y costo reembolsable?, ¿se buscará la incorporación de los sistemas colaborativos? De estas preguntas, dependerá qué modelos de contrato pueden ser adoptados para la ejecución de obras públicas, así como la batería de cláusulas opcionales que se pondrán a disposición de las Entidades.

Aunque se quiera tener los contratos con las herramientas de gestión y colaboración más sofisticadas, es importante que se analice la capacidad que tiene el mercado para entender y aplicar modelos contractuales de este tipo. Es importante conocer el mercado nacional para no imponer modelos de contrato que cierren la competencia, afectando la obtención de propuestas eficientes en condiciones de precio y calidad. Para ello, es importante que exista un periodo de capacitación y sensibilización a las Entidades del Estado que utilizarán los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, a los órganos de control y al mercado nacional para que comprendan e interioricen la lógica, herramientas, esquema de trabajo y nivel de colaboración que impone el modelo elegido para su correcto funcionamiento. En ese sentido, será importante hacer uso de los recursos obtenidos a través de la transferencia de conocimientos en el marco de los contratos de Gobierno a Gobierno. Deben recopilarse manuales, instructivos,



capacitaciones grabadas, documentos estándar, entre otros elementos, en el marco de contratos de Gobierno a Gobierno que han tenido por objeto la asistencia técnica en gestión de proyectos, y ponerse a disposición de las Entidades y la colectividad para reforzar las capacidades en el uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción.

Otro aspecto importante para una adecuada implementación de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción es que se desarrollen lineamientos para la adecuación de los modelos de contrato a fin de que no sean alterados libremente por las Entidades, que podrían tener la tentación de alterar el esquema de incentivos y equilibrio de riesgos del contrato, restándole eficacia. Esta práctica ha sido seguida, por ejemplo, en Hong Kong, donde existen notas prácticas para el uso de los contratos NEC en obras públicas y modificaciones preestablecidas para las diferentes cláusulas de los contratos NEC.

Sobre este punto, Chern (2016) señala lo siguiente:

Con el gran número de contratos estándar que existen, muchas veces las partes se atreven a modificarlos de manera incorrecta o incluso los llenan de manera incorrecta, llevándolos a resultados desastrosos durante el proceso constructivo. Las disputas pueden generarse por la inconsistencia en del contrato modificado, dado que las condiciones particulares introducidas crean problemas donde nunca debieron existir.

Por ello, junto con la habilitación para emplear Contratos Estándares Internacionales de Construcción, deben regularse guías de uso, formatos de contratos, modelos de cláusulas modificatorias adaptadas para el contexto peruano, entre otros, que permitan tener uniformidad y predictibilidad en el uso de estos contratos. Toda vez que los proyectos que se ejecuten bajo Contratos Estándares Internacionales de Construcción no dejan de ser obras públicas, es importante que se establezcan regulaciones mínimas comunes con cualquier otro contrato de obra pública. No considero correcto que se deje que el modelo de contrato sea el que determine qué mecanismos de solución de controversias resultarán aplicables, el mecanismo de resolución del contrato, los plazos perentorios para activar mecanismos de solución de controversias, entre otros. Estos deben ser establecidos en la normativa de contrataciones del Estado con carácter general y obligatorio.

Finalmente, debe tenerse presente que los contratos estándares son herramientas para asignar riesgos, regular obligaciones y responsabilidades, generar incentivos y establecer la dinámica de cooperación entre las partes. Los contratos estándares no aseguran, por su sola implementación en una norma, el éxito de los proyectos o alcanzar altos niveles de colaboración. Existen varios problemas de las obras públicas que no podrán ser paliados con el modelo de

contrato empleado, tales como el miedo de los funcionarios públicos a ser cuestionados por la Contraloría General de la República, la corrupción, el direccionamiento, entre otros.

Como indica Franco:

El uso de contratos estándares internacionales no debe ser visto como un punto esencial. Los contratos pueden ser siempre mejorados, pero un buen contrato será aquel que calce con la normativa local, sea claro e incorpore las lecciones aprendidas de proyectos anteriores. Los contratos estándar internacionales, en cambio, son por definición deslocalizados, redactados de manera que puedan ser usados en muchos países, muchos no tienen una traducción oficial al español o esta es deficiente y no considera las particularidades de la realidad nacional ni incorporan las lecciones aprendidas de proyecto a proyecto. (...) En tal sentido, sería más adecuado generar mejores modelos de contratos nacionales, inspirados en las buenas prácticas locales e internacionales, que creer que un contrato modelo internacional hará una gran diferencia. Adicionalmente, al igual que con las normas, sin dejar de lado la importancia de contar con un buen contrato, lo principal es que el equipo que lo aplica sea razonable, competente, capacitado, empoderado y comprometido (2020b, pp. 17-18).

Al respecto, en un trabajo anterior señalé lo siguiente:

De nada sirve un contrato muy sofisticado si las partes que lo suscriben no lo entienden y no logran ejecutarlo debidamente. Carece de sentido obligarse a un texto contractual estandarizado que no se conoce y las partes no han revisado y comprendido los pactos a los que están arribando. Esta situación puede generar que finalmente el contrato no cumpla sus objetivos y no sea un instrumento eficiente de gestión, sino únicamente una fuente de disputas (Medina, 2021, p. 145).

Actualmente, parece que el centro de la discusión sobre cómo generar eficiencia en las compras públicas es la incorporación



de Contratos Estándares Internacionales de Construcción, cuando estos son solo una herramienta para lograr esa finalidad. Si se elige un contrato estándar con herramientas de colaboración, pero los funcionarios tienen miedo de adoptar decisiones o favorecer los intereses del proyecto, no se lograrán muchas mejoras. Tampoco ayudará la existencia de prácticas extendidas de corrupción en el mercado, que no exista un cambio cultural, que los funcionarios públicos no sean elegidos idóneamente, que la gestión de las contrataciones sea entendida como el mero conocimiento y apego a las normas, entre otros aspectos que tienen importante incidencia en el éxito de los proyectos públicos.

6. Conclusiones

Los Contratos Estándares Internacionales de Construcción son modelos de contrato que reúnen características, como su uso extendido, desarrollo doctrinario y jurisprudencial, y especialización, que permiten la reducción de costos de transacción y la generación de eficiencias en los proyectos de construcción.

Existen diversos contratos estándares en el mundo, cada uno con sus propias características, equilibrio de riesgos, esquema de incentivos y mecanismos de gestión particulares, y herramientas de colaboración distintas (algunos son más tradicionales, sin poner énfasis en la colaboración). Si bien, en líneas generales, tienen las ventajas anotadas, también cada modelo de contrato puede tener dificultades o desventajas para su uso o implementación, tales como la falta de experiencia en el mercado nacional, poca información disponible sobre estos; la ausencia de traducción oficial al idioma español; la previsión de herramientas, mecanismos o figuras jurídicas que difieren de lo regulado en la legislación nacional, pudiendo incluso colisionar con normas imperativas. Por ello, debe analizarse en cada caso concreto las ventajas y compatibilidad del modelo que se desee emplear.

Estos contratos estándares vienen ganando popularidad en el Perú, sobre todo con la ejecución de proyectos a través de contratos de Gobierno a Gobierno. Se han destacado las ventajas que estos contratos ofrecen para lograr la eficiencia en la ejecución de importantes proyectos como las obras de la Reconstrucción con Cambios y el Aeropuerto Internacional de Chinchero. En atención a ello, existe una tendencia en el gobierno peruano de recoger el uso de estos contratos estándares en las normas que regulan la ejecución de proyectos de infraestructura. Así, por ejemplo, el último proyecto de Ley de Contrataciones del Estado elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas contiene regulación en diferentes artículos respecto del uso de estos modelos de contrato.

A pesar de ello, la regulación vigente y la propuesta, en lo que respecta a los Contratos Estándares Internacionales

de Construcción, aún es muy general, entendiéndose que la regulación a detalle se dará en los reglamentos y documentos de gestión. Para una correcta implementación de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción en las obras públicas, si esa es la línea que el Estado decide seguir, debe realizarse un análisis profundo de los modelos contractuales que se desea implementar, la experiencia en su uso y las modificaciones que resultan necesarias para su adecuación al sistema peruano.

Para mejorar este análisis, es importante que se difunda a la colectividad la experiencia peruana en el uso de estos contratos estándares, tanto de los aspectos beneficiosos y casos de éxito, como de los riesgos, dificultades y oportunidades de mejora detectados. También es importante extender el debate sobre la conveniencia de la adopción de estos modelos contractuales en la contratación pública nacional. Los diferentes actores del mercado de obras públicas deben entender en qué consisten los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, qué beneficios y desventajas tienen, cómo deben ser implementados, cuál es la filosofía, equilibrio de riesgos y esquema de gestión que proponen los modelos contractuales que se buscan implementar, entre otros aspectos. Luego de ello, fomentar foros de discusión en donde se recojan las sugerencias y opiniones de diferentes sectores.

Además, para la adopción de estos modelos, no basta su comprensión en la normativa, sino que, además, deben desarrollarse las capacidades de los funcionarios públicos, los proveedores, el OSCE y los órganos de control. Es importante que estos conozcan y estén preparados para gestionar este tipo de contratos, adoptar su filosofía de trabajo y no volver a las prácticas tradicionales de la obra pública. Además, el rol de la Contraloría debe ejercerse de tal manera que no genere temor en el funcionario público de adoptar decisiones conforme al contrato estándar empleado.

Por último, debe tenerse en cuenta que los Contratos Estándares Internacionales de Construcción son una herramienta y no un



fin. Estos modelos no aseguran por sí solos que las obras se ejecuten eficientemente ni que se superen los grandes problemas actuales de la normativa, tales como la falta de colaboración entre las partes, la falta de decisión del funcionario público, la proliferación de controversias, la corrupción, el direccionamiento de los procesos de contratación, entre otros, que requieren de cambios estructurales y transversales.

Referencias bibliográficas

- Bailey, J. (2016). *Construction Law: Volume II*. Informa Law from Routledge.
- Brekoulakis, S. (2017). *Guide to construction arbitration*.
- Charrett, D. (2021). *Contracts for Construction and Engineering Projects*. Routledge.
- Chern, Cyril. (2016). *The Law of Construction Disputes*. Informa Law.
- De Almagro, I., & Klee, L. (2017) *Los contratos Internacionales de Construcción. FIDIC*. La Ley.
- Franco, E. ¿Cuál es la clave para incrementar la capacidad y la calidad del gasto en la inversión pública?. *Revista Negocios Internacionales*, 24(269), 17-18.
- Klee, L. (2014). *International Construction Contract Law*. Wiley Blackwell.
- Mason, J. (2016). *Construction Law. From beginner to practitioner*. Routledge.
- Medina, J. (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? *IUS ET VERITAS*, (58), 110-127.
- Medina, J. (2021). Los proyectos especiales de inversión pública y el modelo de ejecución de inversiones públicas: revisión de las herramientas que pueden emplearse para mejorar las contrataciones del Estado. *IUS ET VERITAS*, (62), 131-151.
- Powell, G. (2016). *Construction contract preparation and management: from concept to completion*. Bloomsbury Publishing.
- Rameezdeen, R., & Rodrigo, A. (2014). Modifications to standard forms of contract: The impact on readability. *Australasian Journal of Construction Economics and Building*, 14(2), 31-40.
- Rodríguez, M. (2006) El Contrato Internacional de Construcción: Aspectos Generales. *Revista Mercatoria*, 5(1). 