

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
ECONÓMICO

Tesis

**La naturaleza jurídica de la relación entre la entidad
pública y la empresa privada en el régimen de obras por
impuestos en el Perú**

Jose Miguel Rojas Kengua

Para optar el Grado Académico de
Maestro en Derecho Administrativo Económico

Lima, 2022

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

Asesor

Mg. Angel Portugal Vargas

Agradecimiento

La presente investigación es resultado de actividad académica permanente, diversas reflexiones y el ejercicio profesional, que han sido determinantes para dar forma y contenido a la perspectiva que esta investigación ofrece.

Como toda acción personal, esta investigación ha sido posible gracias a la contribución de colegas, amigos y familiares. Sea a través de proyectos académicos o profesionales, o a través de conversaciones cotidianas o eventuales, todos ellos me han permitido apreciar, reflexionar y avanzar.

Dedicatoria

A Dios, por perdonarme cada día y por ponerme en mi camino muchos ángeles y oportunidades.

A mis padres Prospero Guillermo y Amalia por regalarme lo mejor de ellos, que es la luz que a pesar de mis defectos relucen en mi.

A Magdalena por permitirme estar a su lado y caminar junto a ella tomados de la mano.

A LÍAM José y al(a) bebé que está por venir por ser el motor de todo esfuerzo que hacemos su mamá y yo.

Índice

Asesor.....	ii
Agradecimiento	iii
Dedicatoria.....	iv
Índice de Tablas.....	viii
Índice de Figuras	ix
Resumen	x
Abstract.....	xi
Introducción	xii
Capítulo I Planteamiento del Estudio	13
1.1. Planteamiento y formulación del problema	13
1.1.1. Planteamiento del problema.	13
1.1.2. Formulación del problema.....	18
A. Problema General	18
B. Problemas Específicos	18
1.2. Determinación de objetivos	19
1.2.1. Objetivo General.....	19
1.2.2. Objetivos Específicos.....	19
1.3. Justificación e importancia del estudio	19
1.4. Limitaciones de la presente investigación.....	19
Capítulo II Marco Teórico.....	21
2.1. Antecedentes de la investigación.	21
2.2. Sobre el contrato de construcción.	22
2.2.1. De la industria de la construcción.	22
2.2.2. Del proyecto de construcción.....	27
2.2.3. Del contrato de construcción.....	35
2.3. El convenio de financiamiento en el Perú en la normatividad peruana	43
2.3.1. Situación actual de la administración pública, para ubicar el Convenio.	44
2.3.2. Del régimen que regula el convenio administrativo.	47
A. Del convenio administrativo y su relación con el contrato.	48

B.	Del convenio administrativo.....	53
2.3.3.	Del Convenio administrativo “de financiamiento”.....	56
2.4.	La regulación del mecanismo de obras por impuestos en el Perú.....	57
2.4.1.	Del mecanismo de obras por impuestos.....	57
2.4.2.	De la regulación del mecanismo y el contrato de obra pública.	67
A.	Del contrato de obra pública.....	67
B.	De la regulación del mecanismo de obra por impuestos.....	72
2.4.3.	Similitudes y diferencias.....	76
A.	Deficiencias técnicas/incumplimiento.....	76
B.	Ampliaciones de plazo.....	78
C.	Resolución de contrato.....	81
D.	Penalidades.....	83
Capítulo III	Hipótesis y Variables.....	84
3.1.	Hipótesis.....	84
3.1.1.	Hipótesis general.....	84
3.1.2.	Hipótesis específicas.....	84
3.2.	Operacionalización de variables.....	84
3.2.1.	Variable independiente.....	84
3.2.2.	Variable dependiente.....	84
Capítulo IV	Metodología del Estudio.....	85
4.1.	Método, Tipo o alcance de investigación.....	85
4.1.1.	Método.....	85
4.1.2.	Tipo o alcance.....	85
4.2.	Diseño de la investigación.....	85
4.3.	Población o muestra.....	86
4.3.1.	Población.....	86
4.3.2.	Tipo o alcance.....	86
4.4.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	86
4.5.	Técnicas de análisis de datos.....	86
Capítulo V	Resultados y Discusión.....	87
5.1.	Resultados y análisis.....	87
5.2.	Discusión de resultados.....	88

Conclusiones	90
Recomendaciones	91
Referencias Bibliográficas.....	92

Índice de Tablas

Tabla 1 De la relación jurídica, desarrollo e investigaciones.	15
Tabla 2 Encuadramiento de esta relación jurídica según el rubro de la Empresa Privada.	18
Tabla 3 Tratamiento de las deficiencias técnicas en el régimen de la Obra pública regular y el mecanismo Oxl.	77
Tabla 4 Tratamiento de las ampliaciones de plazo en el régimen de la Obra pública regular y el mecanismo Oxl.	78
Tabla 5 Tratamiento de la resolución de contrato en el régimen de la Obra pública regular y el mecanismo Oxl.	81
Tabla 6 Tratamiento de las penalidades en el régimen de la Obra pública regular y el mecanismo Oxl.	83

Índice de Figuras

Figura 1. Sistema de Entrega de Proyectos (Project Delivery System).	29
Figura 2. Comparación cuantitativa entre el Modelo Design – Bid – Build y el Modelo Design – Build. F. Salazar (2010).	30
Figura 3. Construction Project management: a complete Introduction. A. Dykstra (2011).....	31
Figura 4. An owner`s Guide to Project delivery methods. CMAA (2012).....	32
Figura 5. What are the Different Construction Delivery Types and Advantages of Each. CMAA (2013).....	33
Figura 6. Qué bueno que el agujero no está de nuestro lado.	42

Resumen

Advertimos una imprecisión en el régimen del mecanismo de Obras por Impuestos, respecto a la naturaleza jurídica del convenio de inversión pública: si es un convenio de la administración o un contrato de construcción, esto nos llevará a describir ambas figuras y su estatus en la actualidad nacional e internacional. Una vez identificadas ambas figuras y a partir de las nuevas tendencias de la construcción, determinaremos la colaboración como punto de intersección entre ellas.

Luego de esto, advertimos que el mecanismo de obras por impuestos tiene una regulación bastante similar a la del contrato de obra pública regulado por la Ley 30225, inclusive respecto de aquellas figuras que generan paralizaciones, con lo que hacemos ver que el contrato de obra pública no sigue la misma dirección hacia la colaboración.

Abstract

We notice an imprecision in the regime of the Works for Taxes mechanism regarding the legal nature of the public investment agreement, whether it is an administration agreement or a construction contract, this will lead us to describe both figures and their current national status and international. Once both figures have been identified and based on the new trends in construction, we will determine the collaboration as the point of intersection between the two.

After this, we note that the mechanism of works for taxes has a regulation quite similar to that of the public works contract regulated by Law 30225, including with respect to those figures that generate stoppages, which shows that the work contract public does not follow the same direction towards collaboration.

Introducción

El itinerario que seguiremos en el presente trabajo de investigación será el siguiente, como primer apartado plantearemos nuestro problema general en los siguientes términos ¿Qué naturaleza jurídica tiene la relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada en el régimen de Obras por Impuestos en el Perú?, para ello nos planteamos conocer la conceptualización del contrato de construcción y el convenio de financiamiento en el Perú en la normatividad peruana y luego analizamos la regulación del régimen del mecanismo de obras por impuestos en el Perú.

Así, explicamos el contrato de construcción y lo que representa en la industria de la construcción como el ámbito económico en que es utilizado, el proyecto de construcción como el proceso que contractualiza en virtud a la autonomía de la voluntad, así como el régimen legal que lo regula.

De otra parte, describimos el convenio en el ámbito de la administración pública, para lo cual revisamos la situación actual en la que se encuentra la administración en la relación Estado y Sociedad como el ámbito en que se utiliza todo convenio de la administración y, de otro lado, el régimen que lo regula así como su respaldo doctrinal; luego ello, describiremos el carácter financiero del convenio de inversión pública de obra por impuestos.

Por último, conocemos la regulación del régimen del mecanismo de obras por impuestos en el Perú, trayendo a colación las conclusiones a las que han arribado las investigaciones que se han desarrollado a la fecha sobre el mismo. Seguidamente, atendemos la regulación del mecanismo de cara al contrato de obra pública, y establecemos similitudes y diferencias entre estas dos figuras respecto de las principales causas que en la obra pública regular ocasionan la paralización de la misma.

Capítulo I

Planteamiento del Estudio

1.1. Planteamiento y formulación del problema

1.1.1. Planteamiento del problema.

La cuestión sobre la naturaleza jurídica que tiene la relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada en el régimen de Obras por Impuestos en el Perú inicia en 2009 con la modificación del artículo 9.1 del Reglamento de la Ley que Impulsa la Inversión Pública Regional y Local con Participación del Sector Privado - Ley N° 29230, aprobado con el Decreto Supremo N°147-2008-EF, en adelante “el régimen de Obras por Impuestos”, que, a dicha fecha ya había sido modificado con el Decreto Supremo N° 090-2009-EF.

La modificación a la que nos referimos fue publicada en el diario oficial El Peruano con el Decreto Supremo N° 165-2009-EF, que incorporando un segundo párrafo al numeral 9.1 estableció que “*La relación entre la Empresa Privada y el GR o GL generada en aplicación de la Ley y del presente Reglamento califica como un contrato de construcción*”, esa misma regulación la encontramos en la última parte del tercer párrafo del artículo 11.3 del Decreto Supremo N° 133-2012-EF.

Seguidamente, en 2014 se estableció en el artículo 11 del Reglamento de la Ley N° 29230, aprobado con el Decreto Supremo N° 005-2014-EF que “*La relación entre la Empresa Privada y la Entidad Pública generada en aplicación de la Ley y del presente Reglamento, califica(ba) como un contrato de construcción cuando el proyecto sea mayoritariamente de infraestructura*”, misma regulación que también encontramos en la última parte del artículo 17.7 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 409-2015-EF.

Posteriormente, en 2017, el artículo 8 del Reglamento de la Ley N° 29230, aprobado con el Decreto Supremo N° 036-2017-EF establece que *“La relación entre la Empresa Privada y la Entidad Pública, generada en aplicación de la Ley N° 29230, Ley N° 30264 y este Reglamento, califica como un contrato de construcción cuando el Proyecto sea mayoritariamente de infraestructura, de corresponder”*.

En base a dicha regulación, a la fecha, se han desarrollado dos investigaciones sobre el mecanismo de obras por impuestos que sugieren la naturaleza jurídica de la relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada, por ello, a partir de las conclusiones de estos trabajos estableceremos la línea de base en que se encuentra nuestra cuestión.

En un primer momento en 2016, cuando la norma consideraba que todo convenio de inversión de obra por impuesto era un contrato de construcción, se arribó a lo siguiente, *“Del estudio de los requisitos subjetivos que debería cumplir todo contrato de obra, según el autor, se debe resaltar la especial configuración de la parte pasiva de las Obras por Impuestos cuando el empresario adjudicado es un financista. En este caso, dicha parte pasiva se conforma por dos personas: el financista y el constructor, manteniendo incólume la naturaleza de la relación”* [106] (Méndez, 2016).

Así, dicho autor, refiere que *“cuando el particular participa como financista de la obra pública, denominándose contrato de obra pública de financiación presupuestaria indirecta. En caso el particular participe como ejecutante del proyecto de inversión pública, el régimen contractual será el que pertenezca al contrato de obra”* [116] (Méndez, 2016).

Seguidamente en 2017, una vez que la norma consideró como contrato de construcción a aquellos proyectos que eran

mayoritariamente de infraestructura, esto con el Decreto Supremo N° 005-2014-EF y en el Decreto Supremo N° 409-2015-EF, un segundo trabajo de investigación refirió que “*El Contrato de Obra por Impuestos tiene naturaleza jurídica de un Contrato Administrativo de Obra Pública cuando nos encontramos ante un proyecto donde prima la construcción de infraestructura y cuando se trata de un proyecto en donde no se tiene prevalencia de infraestructura nos encontramos ante un Contrato Administrativo de Locación de Servicios*”. [60] (Rodríguez, 2017).

Este mismo autor, indica que “*esta modalidad contractual tiene una naturaleza jurídica mucho más amplia que genera efectos jurídicos en la celebración, ejecución, resolución de controversias y liquidación de los contratos en el Estado y en los particulares.*” [60] (Rodríguez, 2017)

Desde esta regulación y estos dos trabajos de investigación podemos establecer el siguiente cuadro:

Tabla 1

De la relación jurídica, desarrollo e investigaciones.

Año	Régimen de Obras por Impuestos	Trabajos de Investigación
2008		
2009	La relación entre la Empresa Privada y el GR o GL generada en aplicación de la Ley y del presente Reglamento califica como un contrato de construcción.	Cuando el particular participa como financista de la obra pública, se denomina contrato de obra pública de financiación presupuestaria indirecta.
2010		
2011		
2012		
2013		
2014	La relación entre la Empresa Privada y la Entidad Pública generada en aplicación de la Ley y del presente Reglamento, califica como un contrato de construcción cuando el proyecto sea mayoritariamente de infraestructura.	En caso el particular participe como ejecutante del proyecto de inversión pública, el régimen contractual será el que pertenezca al contrato de obra.
2015		
2016		
2017	La relación entre la Empresa Privada y la Entidad Pública, generada en aplicación de la Ley N° 29230, Ley N° 30264 y este Reglamento, califica como un	El Contrato de Obra por Impuestos tiene naturaleza jurídica de un Contrato Administrativo de Obra Pública cuando nos encontramos ante un proyecto donde prima la
2018		
2019		
2020		

Año	Régimen de Obras por Impuestos	Trabajos de Investigación
	contrato de construcción cuando el Proyecto sea mayoritariamente de infraestructura, de corresponder.	construcción de infraestructura y cuando se trata de un proyecto en donde no se tiene prevalencia de infraestructura nos encontramos ante un Contrato Administrativo de Locación de Servicios

Fuente: Elaboración propia.

En base a lo traído a colación y a modo de precisión, es pertinente hacer notar que con el Decreto Supremo N° 036-2017-EF se ha hecho un agregado a dicha calificación normativa y aparentemente no se ha estudiado.

Esto último, en tanto y en cuanto los trabajos de investigación traídos a colación han llegado a identificar un contrato de construcción en un convenio de obra por impuestos **solo cuando prima la construcción de infraestructura**, sin embargo no se ha atendido al supuesto de hecho que, estándose construyendo infraestructura, no corresponda un contrato de construcción, tal como considera el Decreto Supremo N° 036-2017-EF (esta norma exige un elemento adicional para identificar un contrato administrativo de locación de servicios en un convenio de obra por impuestos en que se esté construyendo infraestructura).

Para hacerle frente a esta cuestión creemos pertinente traer a colación lo mencionado por Méndez, 2016, quien refiriéndose a lo concluido por la Administración Tributaria en el Informe N° 049-2010-SUNAT/2B0000, ha indicado que las empresas que participan en el régimen en este caso (haciendo referencia al empresario que no es ejecutante), adquieren la calidad de “financistas” del proyecto de inversión. En ese sentido, podría decirse que cuando la empresa privada en la relación del convenio de obra por impuestos no es una empresa constructora, dicho convenio no califica como un contrato de construcción. Dicho de otro modo, no basta que en un convenio de obra por impuestos se esté construyendo infraestructura para

calificarlo como un contrato de construcción sino, además, que la Empresa Privada sea una empresa constructora.

Otra forma más acotada de leer el informe de la SUNAT, es señalar que solo para efectos tributarios la empresa privada no ejecutante no es una empresa constructora, puesto que en el informe reconoce no alterar la relación entre las empresas y los gobiernos regionales y locales, según la calificación establecida por el régimen de obras por impuestos, esto daría como consecuencia considerar siempre a la empresa privada como un Contratista en la relación del convenio de obra por impuesto. Sin embargo, atendiendo a que el régimen de obras por impuestos regula el mecanismo a fin de impulsar la ejecución de proyectos de inversión de impacto regional y local, con la participación del sector privado, mediante la suscripción de convenios de inversión con los Gobiernos Regionales y/o con los Gobiernos Locales (artículo 1 del TUO de la Ley N° 29230), es una norma publicada para la actuación tanto de las Entidades Públicas y la Empresa Privada, es decir, no tiene fines tributarios.

Así, a la luz de ambos trabajos de investigación podemos señalar que son contratos de construcción aquellos convenios de inversión de obra por impuestos que construyan infraestructura y que además la empresa privada de dicha relación sea una empresa constructora. Además, se considera que el Contrato de obra pública de financiación presupuestaria indirecta como un contrato de locación de servicios, a modo de explicación podemos plasmar el siguiente cuadro:

Tabla 2

Enquadramiento de esta relación jurídica según el rubro de la Empresa Privada.

Empresa Privada	Proyectos De Inversión	
	Infraestructura	Otros
Empresa Constructora	Contrato de construcción	Contrato de obra pública de financiación presupuestaria indirecta
No Es Empresa Constructora	Contrato de obra pública de financiación presupuestaria indirecta	Contrato de obra pública de financiación presupuestaria indirecta

Fuente: Elaboración propia.

De otro lado, resulta necesario hacer notar que el régimen de Obras por Impuestos refiere que la relación jurídica objeto de este trabajo de investigación se encuentra asentada en un convenio de inversión, así el Texto Único Ordenado de la Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, aprobado con el Decreto Supremo N° 294-2018-EF, en sus diecinueve (19) artículos y veintiún (21) Disposiciones Complementarias y Finales, utiliza 37 veces el término “Convenio” para referirse a esta relación jurídica.

1.1.2. Formulación del problema.

A. Problema General

¿Qué naturaleza jurídica tiene la relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada en el régimen de Obras por Impuestos en el Perú?

B. Problemas Específicos

¿De qué manera se conceptualiza el contrato de construcción y el convenio de financiamiento en el Perú en la normatividad peruana?

¿Se encuentra regulado adecuadamente el régimen del mecanismo de obras por impuestos en el Perú?

1.2. Determinación de objetivos

1.2.1. Objetivo General.

Explicar qué naturaleza jurídica tiene la relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada en el régimen de Obras por Impuestos en el Perú

1.2.2. Objetivos Específicos.

Conocer la conceptualización el contrato de construcción y el convenio de financiamiento en el Perú en la normatividad peruana.

Analizar la regulación del régimen del mecanismo de obras por impuestos en el Perú

1.3. Justificación e importancia del estudio

La presente investigación busca desarrollar de manera particular el mecanismo de Obras por Impuesto y establecer su potencialidad para la implementación de las nuevas tendencias de la construcción en la obra pública y con ello generar mayor posibilidad para cubrir las brechas en infraestructura que adolece el Perú.

1.4. Limitaciones de la presente investigación

Como indicamos líneas arriba, la presente investigación trata de ver al mecanismo de obras por impuesto desde una perspectiva diferente a aquella desde la que generalmente se le ha observado, esto último a razón de lo sancionado por el régimen que regula al mecanismo y las opiniones que genera la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas.

Por ello, en general, la principal limitación que hemos encontrado en el desarrollo de la presente investigación tiene que ver con la poca bibliografía nacional existente sobre el convenio de la administración, sobre las nuevas tendencias en construcción aplicada a la obra pública nacional.

A ello, se añade que el mecanismo en mención es una creación peruana y no tiene un correlato en la doctrina a nivel internacional, lo que ha determinado que ésta no haya tratado este convenio de inversión pública en particular.

Capítulo II

Marco Teórico

Entonces, con la finalidad de describir qué naturaleza jurídica tiene la relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada en el régimen de Obras por Impuestos en el Perú, nos propondremos conocer la conceptualización del contrato de construcción y el convenio de financiamiento en el Perú en la normatividad peruana y luego analizar la regulación del régimen del mecanismo de obras por impuestos en el Perú.

2.1. Antecedentes de la investigación.

Méndez Vásquez, Diego Enrique 2016 “Naturaleza y régimen jurídico de las obras por impuestos”

Resultado:

“A pesar del silencio de la Ley N° 29230, se definió la naturaleza general del régimen de Obras por Impuestos como contrato público de obra. Esta afirmación tiene como base lo señalado el reglamento de la ley que lo regula y de acuerdo a lo señalado por el OSCE en la Opinión N°069-2013/DTN, que lo define como un régimen especial de contratación pública. La tipificación de este esquema como un contrato de obra fue el resultado de un análisis que implicó el descarte de otras dos teorías que pretendían definir su naturaleza.”
[106]

Rodriguez Pacheco, Jorge Alberto (2017). “Contrato de obras por impuestos. el régimen legal de las solicitudes de mayores obras o impactos económicos”

“El Contrato de Obra por Impuestos tiene naturaleza jurídica de un Contrato Administrativo de Obra Pública cuando nos encontramos ante un proyecto donde prima la construcción de infraestructura y cuando se trata de un proyecto en donde no se tiene prevalencia de infraestructura nos

encontramos ante un Contrato Administrativo de Locación de Servicios.(...)”
[60]

2.2. Sobre el contrato de construcción.

A fin de conocer el contrato de construcción y lo que representa, resulta necesario revisar la industria de la construcción como el ámbito económico en que es utilizado, el proyecto de construcción como el proceso que contractualiza en virtud a la autonomía de la voluntad, así como el régimen que lo regula.

2.2.1. De la industria de la construcción.

Para observar la industria de la construcción, creemos sumamente descriptivo lo mencionado por Eric Franco (2020) quien señala que esta “industria (...) representa alrededor de USD 10 trillones anuales en bienes y servicios, equivalente al 13% del PBI mundial. A pesar de su relevancia, se aprecia que la productividad de la industria ha aumentado en promedio solo 1% al año hace 40 años. Es decir, poco se ha innovado y se construye, prácticamente, de la misma manera hace décadas” [179].

Asimismo, se sabe que es una industria altamente riesgosa, toda vez que: (a) son muchos los agentes que intervienen antes y durante la ejecución de la obra, los del promotor y propietario, de los agentes técnicos, de los agentes fabricantes o comercializadores de *inputs*, de los agentes ejecutores y otros agentes; (b) exige la integración de múltiples actividades paralelas o consecutivas realizadas por diferentes actores que pueden estar ligadas por una línea de mando o ser independientes según el organigrama de la empresa; (c) las prestaciones que ejecutan los agentes del proyecto son complejas, ya que requieren un nivel de especialización elevado (el artículo 1762 del C.C. exige dolo o culpa inexcusable como criterio de imputación de responsabilidad en caso que la prestación implique la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad);

(d) los proyectos de ingeniería y edificación, por su propia definición, son únicos en su concepción y posterior materialización, en un entorno con unas condiciones que pudiendo ser similares a otras, nunca son iguales; (e) se trata de proyectos normalmente con unas dimensiones espaciotemporales, económicas y sociales que suponen la movilización de grandes recursos y que, por tanto conllevan riesgos considerables; y (f) una obra no se ejecuta en una planta industrial como bienes en masa, sino donde los requerimientos del propietario lo exijan y a la intemperie. [18-20] (García, 2020).

En consecuencia, en el Perú, y no es distinto en otras latitudes, tenemos “una industria en la cual existe un alto grado de conflictividad, frustración y bajos niveles de incremento de productividad”. [179] (Franco, 2020)

Atendiendo a la complejidad que supone lo riesgoso de la industria, su importancia en la economía, y las circunstancias descritas, resulta aleccionador las acciones tomadas en el Reino Unido donde, si bien tienen un considerable desarrollo jurisdiccional en controversias derivados de la construcción, por contar con Official Referees' Court (1873) hoy denominado Technology and Construction Court (1998), han realizado investigaciones para mejorar la industria, aquí algunas de estas, descritas por Mosey (2019):

- La "Encuesta de problemas antes de las industrias de la construcción" de Emmerson de 1962, observó que "en ninguna otra industria importante la responsabilidad del diseño esta tan lejos de la responsabilidad de la producción". [6] (Mosey, 2019).
- El Informe Latham 1994 "Construyendo el equipo" y su informe provisional "Confianza y dinero", observó que "la separación tradicional del diseño y la construcción ha sido durante mucho tiempo una fuente de controversia". [6] (Mosey, 2019) En este informe el autor deja constancia que están surgiendo una gama

de rutas de adquisición y contractuales para satisfacer los deseos del cliente, y refiere a los siguientes: (i) Construcción estandar, que según indicó, se logra mejor mediante un contrato de diseño y construcción, con responsabilidad de un solo punto y la transferencia del riesgo por parte del cliente, El contratista será responsable de entregar el paquete completo. La cantidad de diseño proporcionado por el cliente al contratista variará; (ii) Construcción tradicional, involucran técnicas normales y bien utilizadas de diseño y construcción, con ella surgen muchos problemas debido a la falta de coordinación entre el diseño y la construcción, que pueden minimizarse o evitarse con planificación previa eficaz del proceso de diseño y una administración eficiente del proyecto por el representante del cliente; y (iii) Construcción innovadora, la mejor ruta aquí es la Construction Management, es un sistema de adquisición exigente, que requiere un liderazgo firme y trabajo en equipo en todo momento. [17] (Latham, 1994)

- El informe Egan (1998), deja constancia que: (i) la industria de la construcción tiende a no pensar en el cliente (ya sea cliente o el consumidor) sino más en el próximo empleador en la cadena contractual, (ii) para la industria de la construcción el proceso del proyecto es una serie de operaciones secuenciales y en gran parte separadas realizadas por diseñadores, constructores y proveedores individuales que no tienen ningún interés en el éxito a largo plazo del producto y sin compromiso con él, (iii) la industria se queja con razón de la dificultad de brindar calidad cuando los clientes seleccionan a los diseñadores y constructores basándose en el costo más bajo y no en la relación calidad - precio general, y (iv) no se reconoce la importante contribución que los proveedores pueden hacer a la innovación, y a la comprensión de las dificultades que plantean las condiciones de lugar y la estructura fragmentada de la industria [13 y 14] (Egan, 1998) ante estos hechos advertidos el

autor desea ver: (i) nuevos criterios para la selección de socios, buscando la mejor relación calidad de precio, (ii) los ahorros de los costos deben ser compartidos buscando que los miembros del equipo obtengan ganancias justas y razonables, y (iii) la medición de desempeño como principal medio para disciplinar las relaciones entre clientes, equipos de proyectos y sus proveedores. [29 y 30] (Egan, 1998)

- El UK Government Construction Strategies 2011 y 2016-2020, ambos recomiendan una combinación de participación temprana del contratista, trabajo colaborativo y BIM. [6] (Mosey, 2019). Y estableció una serie de actividades que el gobierno emprendería para reformar las prácticas de la industria, reducir desperdicio y generar un mejor valor de sus adquisiciones de construcción. El objetivo general era reducir los costos de los proyectos de construcción del gobierno entre 15% y un 20% para el final del Parlamento, ahorros que pueden reinvertirse en otros proyectos gubernamentales. [04] (GCS, 2012) Este comportamiento mejorado del cliente y la respuesta positiva de la industria generó un ahorro de eficiencia de £ 3 mil millones durante 2011-15. [03] (GCS, 2016-20)
- El informe de 2012 del Grupo Parlamentario de todos los partidos del Reino Unido para la excelencia en el entorno construido, recomienda más tiempo para el resumen y la planificación del proyecto, la creación de equipos integrados, la evaluación mediante 'cuadros de mando equilibrados', la evaluación de los costos de capital y operativos y la adopción de BIM. [7] (Mosey, 2019)
- El Infrastructure Client Group informa sobre las mejores prácticas de Alliancing en Infrastructure Delivery 2014 y Alliancing Code of Practice 2015, recomendando cómo las alianzas pueden mejorar la entrega de proyectos de infraestructura. [7] (Mosey, 2019)

Entonces, en ese punto ayuda la reflexión que hace el profesor Guio (2001) cuando señala lo siguiente “Hemos tenido la oportunidad de preguntar en diferentes cursos profesionales, gerentes y dueños de la industria de la construcción *qué es lo que vendemos en nuestras empresas*. La respuesta sería clara si es que trabajásemos, digamos en una fábrica de zapatos. Todos contestarían al unísono que lo que vendemos es zapatos. En la construcción, el objeto parece no estar tan claro. La respuesta anterior es muy variada y se confunde con el área de proyectos, con la parte inmobiliaria y con otras relacionadas al negocio de la construcción propiamente dicho. Lo que vendemos es *construcción*. Es decir, vendemos un servicio mediante el cual nos encargamos de construir obras para nosotros mismos o para clientes terceros. Por tanto, si nuestro negocio es vender *construcción*, nuestro esfuerzo fundamental debería centrarse en optimizar nuestro producto.” [104], de allí la importancia de considerar la productividad como hilo conductor de la mejora de la industria.

De este modo, en relación a la baja productividad de la industria, Eric Franco citando al Mckinsey Global Institute, refiere que se están viendo seis áreas clave para aumentar esta productividad: “1) colaboración y contratación; 2) diseño e ingeniería; 3) gestión de la procura y la cadena de suministro; 4) mejora de la ejecución en sitio; 5) uso de tecnología y 6) aumento de las capacidades.” [179] (Franco, 2020).

En ese sentido, atendiendo al perfil del presente trabajo así como a las investigaciones que se han realizado en el Reino Unido, podemos concluir refiriéndonos a la colaboración y contratación según lo señalado por el profesor David Mosey (2019) en el sentido siguiente “Para que la industria de la construcción y sus clientes aprovechen al máximo el trabajo colaborativo y eviten crear nuevas barreras en lugar de las antiguas, deben construir los puentes a través de los cuales: (i) Los objetivos acordados de los miembros del equipo deban estar

relacionados con los contratos que respaldan su enfoque compartido de los compromisos acordados, (ii) Las personas y organizaciones que contribuyen a un proyecto deben estar conectadas a la tecnología emergente, (iii). La visión de los consultores de diseño debe estar relacionada con la experiencia de los contratistas, subcontratistas y fabricantes que dan vida a esos diseños, (iv) El diseño y la construcción de proyectos deben estar relacionados con su operación, reparación y mantenimiento en curso, y (v) La experiencia de los diferentes sectores y jurisdicciones diferentes puede proporcionar ejemplos de buenas prácticas. [3] (Mosey, 2019)

2.2.2. Del proyecto de construcción.

Según la Guía de PMBOK, “Un proyecto es un esfuerzo temporal que se lleva a cabo para crear un producto, servicio o resultado único” [3] (Project Management Institute, 2017).

Seguidamente, resulta didáctico traer a colación la traducción que hace Christian Collantes, (2020), Blake Const. Co. v. CJ Coakley Co., Inc. 431 A.2d 569 (1981), donde plasma lo siguiente: “Con excepción de lo que ocurre en medio de un campo de batalla, en ningún otro lugar debe coordinarse el movimiento de hombres y materiales en el medio de un caos y con un conocimiento limitado acerca de los hechos presentes y ocurrencias futuras como ocurre en un gran proyecto de construcción (...). Aún con la planificación más esmerada, esta resulta siendo con frecuencia una mera conjetura, siendo necesario acomodarse a toda suerte de cambios duros, rápidos y ad hoc, lo que resulta haciendo que el proyecto de construcción sea análogo a las siempre cambiantes ordenes en el campo de batalla” [287], con lo que decimos que estos proyectos son complejo y altamente riesgosos.

Un proyecto, en general, requiere de una serie de variables para su ejecución, entre las cuales se encuentran las regulaciones legales

(ambientales, civiles, laborales, entre otras) y las propias del dueño (bases administrativas generales del contrato, bases administrativas especiales, bases técnicas y bases contractuales y comerciales), las que finalmente, se unen en el Contrato entre las partes. [117]. (Fraser, 2018)

El proceso formativo del contrato de construcción, debido a su complejidad y a las relaciones jurídicas que lo rodean, se caracteriza por ser mucho más extenso en comparación con otros contratos. De este modo, este no comienza con la licitación, sino en un momento previo en que el propietario decide gestionar su proyecto. [98] (García, 2020)

Aquí es donde cabe advertir las estrategias de ejecución, conocidas en la literatura como *Project Delivery Systems* o *Project Delivery Method*, al respecto Jaime Vio (2017) citando a CMAA de 2013 refiere que son “Estrategias seleccionadas para realizar las fases de Ingeniería y Construcción de un proyecto donde se establecen los roles, responsabilidades de los diferentes equipos, detallando su forma de relacionarse y el momento en que los participantes se integran al proyecto” [2], por su parte Leandro García (2020) citando a Moore refiere que el *Project delivery system* “es el método mediante el cual se define la estructura de las relaciones entre las partes intervinientes en la ejecución del proyecto de construcción, sus funciones y la secuencia general de actividades” [71]. Asimismo, menciona que “Dicha definición estará a cargo exclusivamente del propietario en base a sus intereses y requerimientos.” [71]

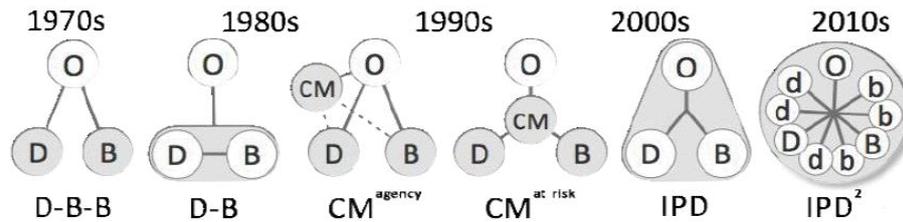


Figura 1. Sistema de Entrega de Proyectos (Project Delivery System).

Fuente: Copyright 2021 por Moreno (2021).

Según Leandro Garcia (2020), las estrategias más usadas en el sector construcción son: el sistema tradicional (*design-bid.build*), el sistema de diseño y construcción (*design-build*), y el sistema de gerencia (*at risk/agency*) [73] (Garcia, 2020), si bien puede conocerse otras variantes como es el caso del Engineering, Procurement and Construction (EPC). o Engineering, Procurement and Construction Management (EPCM), estas últimas no las vamos a desarrollar por cuanto incluyen labores que no son propias de la industria de la construcción, como son: la gestión de las adquisiciones de compras de equipos operacionales y materiales, en el primer caso, y en el segundo –adicionalmente- el contratista no realiza la construcción de la obra.

- Sistema tradicional (*design-bid.build*), la característica principal es la secuencialidad que sigue el propietario en sus fases Diseño-Licitación-Construcción; así, con el diseño íntegro y suficiente, el propietario iniciará la licitación, en donde adjudicará la construcción del proyecto a unos de los postores en base a la oferta más atractiva, considerando aspectos económicos y técnicos (experiencia del constructor), entre otras variables. [74] (Garcia, 2020) una vez seleccionado el contratista este (...) es libre de seleccionar los medios o el método para construir, ya que el propietario solo está interesado en que use su ingenio para ejecutar el proyecto de la forma más rápida y económica posible, pero siempre limitado al cumplimiento de los planos y especificaciones [74] (Garcia, 2020).

Jaime Vio (2017), citando a Molenaar refiere que “Para implementar un proyecto mediante DBB, el equipo del mandante debe tener un alto conocimiento y experiencia en el manejo de esta estrategia de ejecución, ya que tiene una participación activa administrando cada una de las fases del proyecto”. [33]

Ventajas	Desventajas
Estrategia aplicable a todo tipo de proyectos, conocida y comúnmente utilizada por los profesionales.	Posibles controversias entre la empresa de Ingeniería y Construcción debido a errores en los entregables de diseño, lo que se traduce en potenciales atrasos y sobrecostos.
Mayor control del proyecto por parte del cliente en las fases de diseño, en la licitación y construcción.	El proyecto puede tener una duración mayor comparado a otras estrategias ya que el diseño debe estar completo para realizar la licitación y construcción de la obra.
La licitación de la construcción (realizada una vez terminada la Ingeniería de Detalles) es altamente competitiva entre diferentes empresas constructoras.	Imposibilidad de desarrollar las fases de diseño y construcción en paralelo lo que hace que cada etapa del ciclo de vida del proyecto se vuelva crítica.
En general, el desarrollo lineal de las 3 fases (Diseño-Licitación-Construcción) es más fácil de administrar.	En general, existe una baja integración de participantes claves del proyecto en la etapa de desarrollo de Ingeniería ya que en ese entonces aún no se conoce al contratista que realizará la construcción.
	No es una estrategia apropiada para realizar cambios en el alcance del diseño una vez comenzada la construcción.

Figura 2. Comparación cuantitativa entre el Modelo Design – Bid – Build y el Modelo Design – Build. F. Salazar (2010).

Fuente: Copyright 2017 por Jaime Vio [35]

- Sistema de diseño y construcción (*design-build*), el propietario integra en un solo contrato las labores del diseño y de la construcción. En consecuencia, el contratista asume el riesgo por los errores y/o indefiniciones de la ingeniería. [78] (García, 2020). Este sistema, generalmente, “es escogida[o] cuando el mandante no tiene completa claridad sobre la forma en que quiere que se materialice su proyecto, por lo que el dueño de proyecto establece criterios o decisiones de diseño que son acogidas por el equipo de arquitectos e Ingenieros para encontrar la mejor solución a sus demandas entregando diferentes propuestas (durante el desarrollo de la Ingeniería del proyecto) que quedan sujetas a la aprobación del mandante.” [33] Jaime Vio (2017). De esta manera, la supervisión del

propietario es un mero observador de “conformidades” o “no conformidades”, en caso convengan o contradigan los requisitos del propietario. [80] (Garcia, 2020).

Ventajas	Desventajas
Se pueden ejecutar proyectos rápidamente ya que no es necesaria la finalización de la Ingeniería de Detalles para comenzar con la Construcción.	El dueño puede tener participación escasa en fase Inversional del proyecto (Ingeniería de Detalles y Construcción) y muchas veces los resultados pueden no cumplir con sus expectativas.
Solo un contratista se encarga del diseño y construcción de la obra, lo que en general disminuye las controversias entre empresas durante el proyecto.	El contratista DB, al asumir mayores riesgos en la ejecución del proyecto, puede ofertar un costo mayor por la ejecución de la obra en la etapa de licitación, si el alcance no está bien definido.
La posible integración de la opinión de la empresa constructora en la Ingeniería de Detalles permite generar un diseño orientado a la construcción, mucho más eficiente y óptimo.	Ya que en general la forma de pago es suma alzada, el contratista DB podría optar por soluciones de diseño y constructivas que sean más convenientes para sí mismo.
	La temprana adjudicación del contrato puede generar que existan variaciones entre el presupuesto del proyecto y el costo real de la obra.

Figura 3. Construction Project management: a complete Introduction. A. Dykstra (2011).

Fuente: Copyright 2017 por Jaime Vio [32]

- Sistema de gerencia (*at risk/agency*), “el propietario contrata una empresa que actúa como facilitador del proyecto, con la finalidad de que lo gerencie, ya sea como un asesor técnico/legal (agency manager) o asumiendo la responsabilidad por su ejecución incluso desde la etapa de diseño (at risk manager). La diferencia entre ambas figuras es que al gerente al riesgo se le contrata para entregar un proyecto, en cambio, el agente solo se limita a gestionarlo sin asumir ningún riesgo. En tal sentido, el gerente al riesgo actúa como un verdadero contratista, mientras que el agente como un prestador de servicios.” [83] (Garcia, 2020)

El *gerente agente* administra, mas no toma decisión aprobatoria o denegatoria respecto de aspectos legales, económicos, entre otros, del proyecto, sino que únicamente actúa como intermediario entre el propietario y los demás agentes

intervinientes, como es el caso de los contratistas, proyectistas, suministradores y proveedores [83] (Garcia, 2020), por ende, “no corresponde a una estrategia de ejecución, sino a una labor de extensión del equipo del mandante [propietario] para supervisar y organizar los diferentes procesos y actividades que se llevan a cabo en el diseño y construcción de la obra.” [53] Jaime Vio (2017) cualquier interacción con estos agentes no se produce como resultado de un contrato, sino de las facultades que el propietario le otorga para gestionar la obra, pero siempre haciendo hincapié en que quien asume el riesgo por las decisiones asumidas es el mismo propietario [84] (Garcia, 2020)

Ventajas	Desventajas
El equipo CMA es de confianza del mandante, y trabaja para los beneficios del mismo ya que no hay conflictos de interés de por medio.	Podría ser difícil definir la labor del equipo CMA en las diferentes fases del proyecto, debiendo aumentar esfuerzos para incluir esta en el contrato entre el dueño y los participantes, de forma clara.
Las licitaciones del proyecto son lideradas por el equipo CMA, incorporando en las bases de licitación aspectos económicos y aspectos técnicos que aseguran una mayor calidad de la obra.	El mandante debe administrar más contratos en forma directa, lo que se traduce en aumentar esfuerzos administrativos.
Permite al mandante tener conocimiento y control de los procesos y decisiones en cada una de las etapas del proyecto, independientemente de la estrategia de ejecución escogida.	

Figura 4. An owner`s Guide to Project delivery methods. CMAA (2012).

Fuente: Copyright 2017 por Jaime Vio [47]

Por su parte, *el gerente al riesgo* actúa como un contratista, su labor no es accesoria al proyecto, sino que es esencial, en vista que él asumirá la responsabilidad de entregar la infraestructura requerida por el propietario. El propietario busca tener una participación marginal, pues el gerente al riesgo para asegurarse de que la obra se construya de acuerdo con los requerimientos del propietario tendrá que supervisar las labores que ejecuten sus subcontratistas (contratista y proyectista o un contratista que realice ambas labores). Justamente, el propietario contrata a un gerente al riesgo porque este tiene un *know how* del que él

carece y que le permite organizar los recursos disponibles para obtener el resultado esperado: la obra determinada, [86] (Garcia, 2020) el gerente al riesgo toma decisiones y asume el riesgo del éxito o fracaso del proyecto frente al propietario. [88] (Garcia, 2020)

Ventajas	Desventajas
Se pueden ejecutar proyectos rápidamente ya que no es necesaria la finalización de la Ingeniería de Detalles para comenzar con la Construcción.	La licitación de la construcción no es competitiva. El valor y forma de pago del contrato se negocia entre el mandante y el contratista CMc en la etapa de diseño directamente.
Hay integración de especialidades en la fase de diseño, ya que el equipo CMc (que además realiza la construcción de la obra) participa de las principales decisiones de la Ingeniería de Detalles y se encarga que los entregables estén orientados a la Construcción.	El equipo CMc puede cobrar un valor alto al mandante por sus servicios en caso que el alcance del proyecto no se encuentre bien definido en el momento de la negociación.
El equipo CMc supervisa y controla los entregables de la Empresa de Ingeniería lo que permite tener menos errores y optimizar la fase constructiva.	La supervisión y control de las labores ejecutadas en fases de diseño no están presentes en la fase constructiva, ya que es el mismo equipo CMc el que construye.
Mayor control del proyecto de parte del cliente en cada una de las fases y etapas del ciclo de vida del proyecto.	Requiere una mayor cantidad de contratos que deben ser administrados por el mandante en comparación a otras estrategias de ejecución.
El contratista CMc garantiza que la obra se construye por un costo y plazo fijo el cual es acordado con el mandante.	

Figura 5. What are the Different Construction Delivery Types and Advantages of Each. CMAA (2013).

Fuente: Copyright 2017 por Jaime Vio [43]

- Por último, tenemos el *Integrated Project Delivery* (IPD), que nace a partir del gran descontento por parte de los dueños de proyectos hacia las estrategias de ejecución tradicionalmente usadas debido a altas ineficiencias y pérdidas en el desarrollo de los contratos [57] (Jaime Vio, 2017). La Guía del IPD, utiliza un enfoque basado en resultados para crear un marco teórico para IPD. Y comienza con los resultados de un proyecto de alto rendimiento, uno que es edificable, utilizable, operable y sostenible, que deconstruye lo que es necesario para lograr estos resultados y luego los vuelve a ensamblar en un todo integrado. [464] (Fischer, Aschraft, Reed y Khanzode, 2019).

Este modelo se caracteriza por involucrar tempranamente a todos los equipos de trabajo en un ambiente de cooperación, innovación y coordinación enfocándose en optimizar los recursos, procesos y actividades, para terminar en forma eficaz el proyecto, cambiando el usual enfoque competitivo que típicamente se produce entre diferentes especialidades por uno colaborativo. [2] Jaime Vio (2017), siendo la alta dirección quien debe dejar claro que el máximo beneficio individual se alcanza siempre que el proyecto finalice exitosamente (...), esto en un ambiente de respeto mutuo y confianza, destacando el uso del BIM que entrega un modelamiento virtual de la obra e incorpora el trabajo de cada especialidad en un modelo conjunto. [60] Jaime Vio (2017).

Sin embargo, los *Project delivery system* van más allá del contrato de construcción, pues suelen describir relaciones jurídicas distintas a la del propietario y el contratista, por ejemplo, en el sistema tradicional, con el proyectista, o las relaciones originadas en los subcontratos celebrados entre el contratista y los subcontratistas; o peor aún llega a describir en el sistema de gerencia un contrato de locación de servicio, en el que la obligación no es la entrega de una obra determinada (obligación de hacer que culmina en un dar), sino la obligación de una serie de conductas (obligación de hacer). [72 y 73] (García, 2020).

Pese a ello, lo que debe destacarse en este punto, es la tendencia de la gestión de proyectos a los entornos colaborativos, que según la Guía de PMBOK Séptima Edición, refiere que “La creación de un entorno colaborativo de equipo del proyecto implica múltiples factores contribuyentes, como acuerdos, estructuras y procesos del equipo. Estos factores apoyan una cultura que permite a los individuos trabajar juntos y proporcionar efectos sinérgicos a partir de las interacciones.” [28], lo que según refiere “(...) fomenta el libre

intercambio de información y el conocimiento individual. Esto, a su vez, aumenta el aprendizaje compartido y el desarrollo individual a la vez que proporciona resultados. Un entorno colaborativo de equipo del proyecto [continúa] permite a todos contribuir con sus mejores esfuerzos para entregar los resultados deseados para una organización. La organización, a su vez, se beneficiará de entregables y resultados que respeten y mejoren sus valores, principios y cultura fundamentales” [30] (Project Management Institute, 2021).

Entonces podemos indicar que uno de las instituciones más importantes de gestión de proyectos, como es el Project Management Institute del PMBOK ya ha implementado el trabajo colaborativo en su estándar.

2.2.3. Del contrato de construcción.

En relación al contrato de construcción, podemos señalar que nuestro código civil regula este contrato dentro de la categoría de contrato de obra en el título IX “Prestación de servicios”, junto con la locación de servicios, el mandato, el depósito y el secuestro, precedido por una serie de disposiciones generales aplicables a todos los contratos involucrados.

Así, este cuerpo normativo señala que a través del contrato de obra el contratista se obliga frente al comitente a hacer una obra determinada y este último a pagarle una retribución (artículo 1771). La norma distingue dos tipos de contrato de obra bajo el criterio de quién suministra los materiales, el comitente o el contratista en caso lo disponga la costumbre o se haya pactado de esta forma (artículo 1773). Asimismo, reconoce los sistemas de contratación de ajuste alzado (suma alzada) y unidad de medida (precios unitarios) (artículo 1776, 1781 y 1788).

Como es de apreciar, puede entenderse de un contrato de obra todo trabajo y por este toda acción del cual se busca, espera y exige un resultado definido [151] (Tovar y Ferrero, 2020).

En esta misma línea, el profesor Humberto Podetti refiere que “la palabra obra es imprecisa porque refiere tanto a obras muebles como inmuebles y materiales como inmateriales (la pintura de un cuadro, la construcción de un puente o un vestido de novia)” [44]. (Podetti, 2004), allí este mismo autor refiere que “Entre tales contratos de obra merecen citarse el de edición, el de ejecución de una obra teatral, el de construcción de un buque o un avión, el de confección de un traje a medida, el que tiene como fin la realización de una pintura o una escultura, etcétera” [50]. (Podetti, 2004)

Si bien las profesoras Tovar y Ferrero (2020), comentando estos artículos de nuestro código civil, manifiestan que “El ejemplo típico del contrato de obra es el contrato de construcción de un edificio o de otra estructura cualquiera de construcción civil.” [151], estas autoras reconocen que las normas del Código Civil que regulan el contrato de obra, son bastante simples y muchas veces insuficientes para afrontar las complejidades de la creciente internacionalización y sofisticación de las técnicas de la ingeniería. [148]

Entonces, creemos que la regulación que nos ofrece nuestro código civil no es efectiva para las complejas estructuras de relaciones contractuales que suponen las condiciones de los proyectos de construcción, [148] (Tovar y Ferrero, 2020) en el sector privado y más aún tanto en el sector público, que muchas veces suponen grandes montos de inversión y particulares condiciones de ejecución.

Esta misma realidad parece sufrir Chile de acuerdo a lo siguiente, “Los contratos de ejecución de obra de propiedad privada se regulan por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, donde este

tipo de convención recibe un tratamiento muy sucinto, (...). Consecuencia inmediata de ello es que, (...), el contenido normativo detallado del contrato de construcción no se encuentre dado por la ley, (...), sino que se basa esencialmente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que permite a las partes acordar libremente lo que deseen” [9]. (Wageman y Mereminskaya, 2018)

Quizá es por ello que, las profesoras Tovar y Ferrero, (2020) evidencian que en “los contratos de obra se han desarrollado una gran cantidad de usos y prácticas profesionales, especialmente a nivel internacional (...)” [149], pues según indican estas autoras, “los contratos de obra, en general, tienen una naturaleza más cercana al Derecho Comercial que al Derecho Civil, [160],

A menudo, los contratos de construcción las impone el propietario al contratista como parte de los documentos que tienen como el precio, donde el contratista tiene poco o ningún margen para sugerir y acordar enmiendas. Esto se ve como una forma de evitar el costo, el retraso y las inconsistencias que podrían resultar si un contrato se negocia por separado con cada consultor, contratista, subcontratista y proveedor, buscando una supuesta falsa seguridad, las practicas internaciones enseñan que la imposición unilateral de contratos es más aceptable si comprenden formularios estándar que ya son bien conocidos, y si se reconoce en ellos que estos formularios son justos y son consistentes con los contratos creados para otros miembros del equipo. [165] (Mosey, 2019).

Así, entre otros tenemos los siguientes contratos: FIDIC, ICC 2014, JCT 2016, Consensus Docs 300, NEC, PPC2000, FAC-1, TPC 2005. En el Perú, los que se han usado incluso en el sector público son los contratos FIDIC (esto, cuando el financiamiento viene de la Agencia de Cooperación Internacional del Japón - JICA) y los contratos NEC usados en los juegos panamericanos). Entre estos dos contratos,

podemos decir que FIDIC representa el sistema tradicional de la entrega de proyectos, puesto que en el mejor de los casos enfatiza en las responsabilidades y el riesgo, mientras que NEC requiere y permite un enfoque más proactivo y de colaboración previsoría para administrar el contrato (aquí las disposiciones de alerta y participación temprana. Por ende, NEC tendría muchas ventajas sobre FIDIC particularmente en claridad, flexibilidad, procedimientos explícitos de gestión de proyectos, asociación y trabajo en equipo, gestión de riesgos, mediciones objetivas de riesgos y variaciones climáticas y de las condiciones del suelo [12] (Besaiso, Wright, Fenn and Emsely, 2016).

De allí la importancia de conocer ¿cómo entiende la doctrina el contrato de construcción?

El profesor Humberto Podetti (2004) manifiesta que el contrato de construcción es aquel en que “una de las partes, el constructor, se compromete a construir y entregar a la otra al comitente, a través de la organización de los medios necesarios, una obra inmueble o a suministrar su producto o a producir un resultado en una obra inmueble ya existente, asumiendo o no el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, y la otra parte a pagarle a cambio un precio determinado o determinable, equivalente para ambas partes a la obra prometida. Habrá contrato de ingeniería o diseño cuando la obra prometida sea un proyecto de obra inmueble, que será contenido en archivos materiales de carácter simbólico o representativo, y tendrá como característica la de ser una obra inmaterial.” [52]. Nótese que el autor refiere que el contratista realiza su prestación organizando medios necesarios, es decir, advierte que el contrato de construcción no es un contrato poco complejo, ni estático.

Los profesores chilenos, Fleischmann y León, (2018) encuentran que “los contratos de construcción, tanto públicos como privados,

comparten una serie de características esenciales, como su bilateralidad (art.1.439 del CC.), y su ejecución diferida en el tiempo. Adicionalmente, principios básicos (...)—como el de libertad y obligatoriedad (1.545 del CC.) y el de la buena fe (1.546 del CC.), así como los deberes emanados de este último, como los de colaboración y de entrega de información correcta y fidedigna-, cobran especial relevancia a la hora de comprender el sentido de extensión de las obligaciones que para cada una de las partes emanan en los siempre complejos y dinámicos, contratos de construcción”. [95 y 96].

En esta misma línea, la profesora chilena María Rodríguez (2018), refiere que el contrato de construcción es colaborativo o relacional” [44] (...) y que “podría considerarse, incluso, como una modalidad de colaboración empresarial. (...) [45]. Nótese que en Chile si reconocen la característica especial del contrato de construcción que no se agota en el solo hecho de mandar a construir un obra, sino que reconocer esa colaboración entre ambas partes para alcanzar el resultado.

Sin embargo, en el Perú las profesoras Tovar y Ferrero (2020) definen el contrato de obra contenido en el artículo 1771 del código civil resaltando “sus dos componentes esenciales. Primero, desde la perspectiva del contratista, tenemos una obligación de resultado – hacer una obra determinada- cuyas características estarán definidas en el contrato. Segundo, desde la perspectiva del comitente, encontramos la obligación de pagar el precio convenido –la retribución-.” [152]. Por lo que, estas autoras le asignan los siguientes caracteres jurídicos al contrato de obra, autonomía, onerosidad y prestaciones recíprocas, nótese que no hacen mención a ese carácter de colaboración que requieren las prestaciones que forman parte de este contrato.

El profesor Castillo Freyre, (2020) por su lado, identifica tres elementos esenciales y característicos de este contrato: (i) El primero

es la ejecución de una obra material o inmaterial que no necesariamente debe ser realizada personalmente por el contratista –a menos que se haya convenido lo contrario- o por la naturaleza de la obra a ejecutar; (ii) El segundo es el pago de una retribución –precio de obra- como contraprestación efectuada por el comitente, que consiste, fundamentalmente, en dinero o signo que lo represente. La retribución es proporcional a la importancia de la obra, sin interesar el tiempo necesario para su realización; y (iii) el tercero se refiere a la autonomía del contratista o promitente en el cumplimiento de su obligación, por lo que este ejecutará la obra por su cuenta y riesgo. El derecho de inspección de la obra del comitente no implica subordinación jurídica alguna entre los contratantes. [179]

Con esto, este autor refiere que, en el contrato de obra, la obligación del contratista tiene por objeto una prestación de hacer que concluye en un dar; es decir, el hacer va a concluir con la colaboración de algo tangible y material que debe ser entregado al comitente. [180] (Castillo, 2020)

Estando a ello, ¿qué cualidad tiene el contrato de obra regulado en nuestro código civil?

Habiendo traído a colación los primeros articulados del título IX “Prestación de servicios”, luego de advertir algunas obligaciones y derechos de las partes en el contrato, nuestro código civil establece como causa natural la aceptación de la obra por parte del comitente para que el contratista se libere de sus obligaciones, (artículo 1778, 1779, 1780, 1781 y 1784); por último, hace mención que, efectuada la aceptación de la obra, el contratista dentro de los cinco años, responde ante la destrucción total o parcial de esta, o ante un evidente peligro de ruina o grave defecto por vicio de la construcción, (artículo 1784). Sin embargo, deja constancia que no se genera esta responsabilidad si el contratista prueba que la obra se ejecutó de

acuerdo a las reglas del arte y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente (artículo 1785).

Bajo los términos del código civil, respecto a que el Contratista se obliga a entregar una obra determinada, Leandro Garcia, (2020) refiere que cuando en el contrato de construcción, el Contratista ejecuta su prestación en base a una ingeniería suficiente y adecuada lo que se esta regulando es el sistema tradicional de entrega de proyectos de construcción. [106], con lo cual podemos señalar que el código civil peruano deja de lado las estrategias de entrega de proyectos que integran el diseño y la construcción como lo son el Design Build y la gerencia de construcción (*at risk/agency*) y la estrategia colaborativa, es decir, dejamos constancia que el código civil no regula los contratos de construcción no tradicionales.

Asimismo, en relación a los artículos del código civil traídos a colación, el mismo Leandro Garcia (2020), menciona que a través del contrato de construcción las partes buscan regular sus obligaciones y asignar riesgos [98], esto nuevamente se condice con el sistema de entrega tradicional donde el propietario cree encontrarse en una falsa seguridad:



Figura 6. Qué bueno que el agujero no está de nuestro lado.
Fuente: Copyright (2015) por Romero Ysern.

Como si estas fueran las únicas funciones del contrato de construcción. Al respecto, Mosey, (2019) citando RJ Smith identifica tres roles para un contrato de construcción: (i) Establecer derechos, responsabilidades y procedimientos, (ii) Identificar, asignar y transferir riesgos, y (iii) Actuar como una 'herramienta de planificación' para que haya 'menos sorpresas y dilemas durante la construcción, asimismo, refiere que tradicionalmente, los contratos de construcción se han centrado en los dos primeros roles [como ya habíamos mencionado], es decir, se describen las responsabilidades y transfieren los riesgos entre las partes contratantes, así –continúa el autor- la reacción natural a este tipo de contrato es el refuerzo de todas las protecciones disponibles porque una parte contratante percibirá que solo puede ganar a expensas de otra parte. [23]. Por último, el mismo autor sugiere que mientras que un buen contrato debería ser esencialmente un manual desempeño, un contrato de colaboración debería ser un manual para el desempeño, la gestión y de integración de las actividades acordadas. [24].

En consecuencia, resulta deficiente la conceptualización que regula el código civil peruano respecto del contrato de construcción, toda vez que, en primer lugar usa el término “obra” que resulta muy genérico para establecer de este únicamente el contrato de construcción; en segundo lugar, no regula los contratos de construcción que se entregan en forma no tradicional, al regular únicamente la fase ejecución del contrato de construcción [120] Garcia, (2020), con lo que podemos decir que no desarrolla el Sistema Diseño y Construcción, ni el Sistema Gerencia, y tampoco el Sistema IPD; en tercer lugar, en el contrato de obra que encontramos en el código civil solo establece derechos, responsabilidades y procedimientos, así mismo identifica, asigna y transfiere riesgos, pero no hace ver a este contrato como una herramienta de planificación.

Por último, podemos traer colación que los contratistas son conscientes que “el marco contractual no garantiza el éxito de un proyecto”; y por otro lado “los problemas para clientes inexpertos no mejoran con las formas contractuales más recientes”. [45]. (Rodríguez, 2018). La clave parece radicar en el cumplimiento de cargas de colaboración durante todas las fases del proyecto [45]. Estas cargas de colaboración tienen su fuente en la convención o la ley. Cada obligación (imperativo absoluto del deudor) tiene un derecho correlativo cuya eficacia depende de la colaboración de la otra parte en el contrato (imperativo condicional del acreedor).” [44]. (Rodríguez, 2018), es decir, solucionando el problema de tu contraparte se soluciona tu problema como parte contractual.

2.3. El convenio de financiamiento en el Perú en la normatividad peruana

A fin de conocer el convenio de financiamiento, en principio, debe conocerse el convenio en el ámbito de la administración pública, para lo cual resulta necesario revisar la situación actual en la que se encuentra la administración en la relación Estado y Sociedad como el ámbito en que se utiliza todo convenio y, de otro lado, el régimen que lo regula y su respaldo doctrinal; para luego describir ese carácter financiero.

2.3.1. Situación actual de la administración pública, para ubicar el Convenio.

En primer lugar, debemos dar cuenta que, a partir del artículo 1 de nuestra Constitución Política de 1993, según el cual “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”, podemos ubicar la relación existente entre Estado y Sociedad, de allí que “la Administración pública tiene un rol de primer orden no solo en la concreción de políticas públicas; sino también –y aún más importante- en el respeto de la Constitución y en la plena vigencia de los derechos fundamentales del administrado” [52]. En esa línea, “el Estado se constituye como un sistema cerrado de normas jurídicas al servicio de los derechos y libertades de la persona humana en el marco del interés general” [55], de este modo, “el Estado, en tanto garante del interés general del ciudadano, tiene la obligación prioritaria de administrar directa o indirectamente los servicios públicos esenciales establecidos por Ley, que son necesarios para que los ciudadanos gocen de un estándar básico de vida en común, en iguales condiciones de calidad y eficiencia” [62] (Landa, 2008). Se precisa que el poder del estado Estado se encuentra dividido entre el legislativo, el judicial y el ejecutivo (y dentro de este último ubicamos a la Administración Pública); en ese sentido, la administración pública respeta la constitución política y la vigencia de los derechos fundamentales, lo que se traduce principalmente en la dotación de servicios públicos y aunque el autor no lo refiere incluye la dotación de infraestructura pública.

Asimismo, podemos señalar que “El modelo del Estado liberal se construye y desarrolla sobre la estricta separación entre el Estado y la sociedad, mientras que el modelo siguiente, del Estado social, se basa en la interconexión de integración de estas dos realidades. De esas relaciones surge gran parte de las instituciones y fórmulas jurídicas de las que disponemos en la actualidad. Las del modelo liberal con la pretensión de contener el poder público y preservar a la

sociedad y las del modelo social, claramente activas por parte del Estado, con la finalidad de corregir los desequilibrios de la sociedad” [41] (Fernández, 2015)

En ese sentido, de acuerdo a lo señalado por el profesor Abruña (2010), “la Administración Pública se puede analizar desde la organización que dicta el acto o desde el acto mismo” [70]. [luego, este mismo autor citando a Lopez – Muñiz, dice] “Lo que primeramente se percibe en la realidad es la necesidad del ejercicio de determinadas funciones pero, una vez comprobada esa necesidad, la naturaleza material de ellas y sus propiedades, reclaman su adscripción a un poder público que se convierte así en el sustrato necesario para ejercerlas” [70], es decir, esas funciones que constituyen el poder público es en principio una organización “Este poder, por otro lado, se manifiesta en una multiplicidad de aptitudes funcionales denominadas potestades públicas (...). Ciertamente esa organización no recibe todo el poder del Estado (...), sino una parte, justamente (...), la necesaria para identificarse como organización Administración Pública y alcanzar, mediante el ejercicio de sus funciones, la finalidad que le está asignada” [74], de allí que “la vocación del derecho administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales” [48] (Nieto, 2001).

Sin embargo, reconociendo como nuestra la descripción que hace la profesora española María de los Ángeles Fernández (2015), ella, refiriéndose a la constitución española, podemos decir que actualmente en el Perú “(...) los recursos públicos no pueden utilizarse incondicionadamente por la Administración en las finalidades que ella decida discrecionalmente, sino que deben asignarse equitativamente para cubrir el gasto público que se quiera realizar, estableciéndose como norma de principio la necesaria justicia material que debe presidir la asignación del gasto”. [39] luego

de esto, “como criterios económico-financieros de nivel inferior, que deben regir la realización del gasto público una vez decidido su destino, la programación y la ejecución del gasto deben acomodarse a las reglas de eficiencia y economía” [39], claro, porque todo recurso es escaso y más aún si estamos hablando de recursos públicos; si vemos esto último, y a su vez advertimos las circunstancias actuales podemos decir, siguiendo a Carlos Monasterio (2015) que “la eficiencia del gasto es un requisito necesario en todo momento, pero se vuelve especialmente valioso en momentos de crisis, donde las restricciones al déficit hacen más necesario aprovechar al máximo los recursos públicos” [5].

Entonces, podemos decir que hoy en día se exige mucho más de la Administración de lo que se le exigía hace 30 o 40 años, quizá porque en aquellos años se tenía una definición errónea del principio de autoridad que lo que hacía “era remachar la posición de sujeción del administrado y de las mismas estructuras administrativas a la voluntad del príncipe o, en segundo término, a la del Estado” [6] (Rivero, 1976); o en contraste, porque hoy en día “(...) los particulares pueden estar más preparados para hacer ver a la Administración cuáles son las necesidades que demanda la sociedad” [43], lo que deja ver que la administración pública cada vez no puede cumplir sus funciones por sí sola. De allí que “El movimiento sobre la sociedad debe comportar, además, una redefinición de las fronteras de lo público y lo privado, al trasladarse a sujetos privados el ejercicio de funciones públicas” [42] (Fernández, 2015) y que, “el Estado social ha difuminado la dicotomía público-privada, de modo que no corresponde al Estado en exclusiva el logro de los fines de interés general, sino que existe una acción mutua entre aquel y la sociedad” [165] (Alli, 2004).

No obstante, debemos sortear en nuestra realidad donde “*La herencia recibida en los países de tradición francesa como el nuestro, que aún*

siente la participación de los particulares en la ejecución de tareas públicas como una intromisión, y el uso del Derecho privado como un supuesto excepcional que atenta contra el bloque de lo público, dificulta sin duda, la aceptación de una nueva clasificación que no atiende ya, de manera predominante, a la forma jurídica de prestación del servicio y, en consecuencia, el acomodo de este cambio de orientación en los medios de ejecución y financiación de obras públicas” [414 y 415] (Bobes, 2007)

En consecuencia, siguiendo a David Osborne y Ted Gaebler, citados por la profesora argentina Alessandra Minnicelli, (2013) “No resolveremos nuestros problemas gastando más o menos, creando nuevas burocracias públicas o privatizando las existentes. Según el momento y el lugar, necesitamos gastar más o gastar menos, crear nuevos programas o privatizar funciones públicas. Pero para que nuestro gobierno vuelva a ser eficaz tenemos que reventarlo”. [38], es decir hacer las cosas de otro modo y el convenio puede constituirse como una alternativa para esto.

2.3.2. Del régimen que regula el convenio administrativo.

En relación al convenio, el artículo 88.4 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (Texto según el artículo 77 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272), establece que las entidades pueden celebrar convenios con las instituciones del sector privado, siempre que con ello se logre el cumplimiento de su finalidad y no se vulnere normas de orden público.

El profesor Juan Carlos Morón Urbina, (2017), comentando este extremo del artículo de la LPAG, refiere que el mismo “habilita la celebración de convenios administrativos con los particulares, entendidas como las técnicas convencionales empleadas por la

Administración para alcanzar objetivos de interés público, pero sin que exista ánimo de lucro en la contraparte ni contenido patrimonial como eje fundamental de la relación. Si existiera ánimo de lucro, estaríamos ante contratos administrativos sujetos a la regulación de las compras públicas.” [550]. Quizá de allí que (en Colombia) el convenio se haya “entendido tradicionalmente como una manifestación de la actividad contractual de la administración y se le haya subordinado al contrato, extendiendo al primero el régimen jurídico predicable para el último.” [3] (Chávez, 2015).

Por su parte, la exposición de motivos de esta modificación del artículo 77 de la LPAG, incluida con el Decreto Legislativo N° 1272, refiere que “la colaboración interinstitucional no se circunscribe a entidades públicas, sino que también a instituciones de carácter privado. Para que ello ocurra basta con la firma de convenios entre entidades estatales y privadas, siempre y cuando estos acuerdos no contengan disposiciones que vulneren normas de orden público y además respeten la finalidad pública de la entidad involucrada” [33] (Congreso de la República, 2016)

Entonces, ante estos dos puntos de vista, tenemos que la doctrina encuentra al convenio administrativo muy cerca del contrato administrativo y los diferencia por el ánimo de lucro y el contenido patrimonial como eje fundamental de la relación; y por su parte, nuestro legislador encuentra el fundamento del convenio administrativo a partir de la colaboración interinstitucional.

A. Del convenio administrativo y su relación con el contrato.

En nuestro medio, la figura contractual pública más importante es la regulada por las compras públicas, y sobre ella, el profesor Danos, (2006) haciendo referencia a la Ley de contrataciones del estado señala que esta norma “no distingue entre contratos administrativos ni entre contratos privados de la administración,

porque adopta el concepto de un único tipo de contrato que podemos denominar contrato de estado o contrato estatal.” [13]. De este modo, y dentro de las teorías que niegan la existencia del contrato administrativo, resulta ilustrativo mencionar lo resaltado por el profesor colombiano Augusto Chávez (2015) quien haciendo referencia a Gaspar Ariño que -a su vez comenta a Fleiner- señala que el contrato solo es posible entre iguales, lo que no ocurre entre el soberano y el súbdito, así [continúa] conforme a esta doctrina germánica tradicional –que sigue siendo actual- se admite solamente la existencia de contratos públicos (Öffentlichrechtlichen Verträge) entre personas o entidades, situadas en pie de igualdad que acuden a esta figura para regular de sus relaciones y ordenar tareas comunes. [27]

Dentro de las teorías que reconocen la existencia del contrato administrativo, en España el profesor Garcia-Trevijano, (1996) señala que “El interés público que se persigue con la ejecución del contrato administrativo justifica que se produzca un cierto desequilibrio entre las partes contratantes (...) [esto, respecto] de la compensación económica en favor del contratista. (...)” asimismo, indica el autor que, “Nada impide, (...) que en un contrato administrativo específico y dentro del marco de dicho contrato (a parte de las prerrogativas ex lege), puedan reconocerse determinadas situaciones de ventaja a favor de la Administración con mayor flexibilidad aún que en los contratos civiles, puesto que la admisibilidad en la contratación administrativa del referido desequilibrio entre las partes, encuentra su justificación, como se dice, en el interés público” [23], en esa misma línea, el profesor español José Luis Meilan (2011), refiere que la actuación de la administración por su naturaleza conjuntamente con la voluntad del contratista constituyen el núcleo del contrato que los vincula a ambos como cualquier contrato, y se logra, por lo menos respecto de la

administración a través de un procedimiento, lo que el autor encuentra característico dentro de los contratos de las administraciones públicas que es una diferencia importante con relación a la contratación de particulares [381].

Por su parte, en la misma posición del profesor Danos, podemos traer a colación lo señalado por el profesor argentino Pedro J. Coviello, (2011) quien refiere que “la denominación que aparece más útil en la actualidad que puede servir para unir a los distintos ordenamientos en los que se ha estudiado y regulado los contratos estatales, es la de “contratos públicos”. En ella se designa, en primer término, a una de las partes intervinientes, que es el Estado.” [70].

Hemos considerado necesario señalar lo referido en los párrafos anteriores sobre la teoría general del contrato administrativo, por cuanto el convenio es visto muy cerca del contrato. No obstante, debemos dejar esa discusión en la medida que no es objeto de la presente investigación. Así, seguidamente, procederemos a observar puntos de relación y diferencias entre el convenio y el contrato.

En principio, debemos mencionar que según la Real Academia de la Lengua Española, las dos expresiones, contrato y convenio, tienen el mismo significado de “Pacto”, así “se dice que un convenio es un pacto, un acuerdo de voluntades. [y por su parte] Contratar también es acordar y el contrato es un compromiso, un acuerdo de voluntades” [59], por ende, tanto el contrato como el convenio comparten el carácter bilateral o contractual, es decir, “desde un punto de vista puramente formal constituyen actividad contractual de la administración” [80] (Chávez, 2015). Con ello podemos decir que la categoría

contractual de la administración pública se encuentra conformada por estas dos figuras el contrato y el convenio.

Sin embargo, podemos advertir un primer punto de diferenciación en lo resuelto por el Tribunal Supremo Español en la STS de 4 de julio de 2003, donde señala que “La diferencia entre convenios y contratos radica en que los primeros resuelven por la vía de acuerdo el ejercicio coordinado de actividades de responsabilidad pública, con independencia de la personificación jurídica que adopten las partes que suscriben el convenio. Los contratos son instrumentos jurídicos que utilizan las Administraciones públicas para poder llevar a cabo sus responsabilidades, para lo cual acuden al mercado.” [106] (Fernández, 2014)

En esta línea, como segundo punto de diferencia tenemos “la materialidad de las manifestaciones de voluntad correspondientes” [79] (Chávez, 2015) este mismo autor citando a Renato Scognamiglio refiere que “el contrato es un instrumento de composición de los conflictos de intereses particulares y que la idea de contrato “suele proponerse para las hipótesis en las cuales las partes, moviéndose cada una con la sola visión de sus propios intereses y por lo tanto en posición contrastante, se encuentran en un punto intermedio” [49], así, en los contratos administrativos indica el autor citando a Marienhoff se evidencia lo siguiente “mientras el contratante persigue la satisfacción de su propio interés, la administración pública persigue la satisfacción del interés público o general” [50]. En cambio, “el convenio es un negocio jurídico que participando también del carácter formal de la condición contractual, es decir, siendo un acuerdo de voluntades generador de efectos jurídicos, vincula a las personas con el ánimo de obtener la realización de fines comunes a ambas partes” [51] (Chávez, 2015)

Como tercer punto de diferenciación, respecto de las relaciones entre las partes, podemos mencionar que, “Mientras (...) el contrato stricto sensu refleja un marco sinalgmático o de equivalencia de las condiciones respectivas que asumen las partes del mismo, en el convenio, al no existir precio, sino compensaciones o concursos de aportaciones, quiebra esa equivalencia. La finalidad de los convenios trasciende, en efecto, del mero intercambio patrimonial, de la equivalencia y contenido económico – patrimonial de las prestaciones” [106], es decir, son acuerdos por medio de los cuales se concreta el alcance de obligaciones preexistentes (...)” [109] (Fernández, 2014). En consecuencia, en palabras del profesor Juan Carlos Morón, (2016) “(...) los convenios están presididos por objetivos recíprocos e intereses convergentes sumados a la obtención de una finalidad común, mientras que en los contratos existen intereses opuestos y contraprestaciones.” [93]

Del mismo modo, podemos señalar que la bilateralidad no necesariamente supone contradicción de intereses, por ello, el contrato está signado por voluntades contrapuestas, mientras que el convenio por voluntades concurrentes desde la misma causa y hacia idénticos fines [37] (Chávez, 2015)

En consecuencia, podemos indicar que el convenio como el contrato comparten el carácter bilateral o contractual. Y se diferencian en los siguientes puntos:

- El convenio busca una coordinación y el contrato genera prestaciones;
- Con el contrato, las partes persiguen la satisfacción de su propio interés; con el convenio ellas se vinculan con el ánimo de obtener la realización de fines comunes a ambas;

- Por último, en el convenio no hay equivalencia de prestaciones, lo que si ocurre en el contrato.

B. Del convenio administrativo

En principio, debemos reconocer en palabra del profesor español Germán Fernández Farreres, (2014) que “(...) no se puede concluir que el convenio sea una figura perfectamente definida. En realidad, con el término convenio se vienen a referir diversos supuestos muy heterogéneos, con contenidos y finalidades dispares. Tanto es así, que la única nota común a todos ellos se resume en la intervención concurrente de las voluntades de dos o más partes” [107] (Fernández, 2014), a lo cual podemos adicionar la aplicación del principio general de libertad de pactos (no equiparable a la autonomía de voluntad privada) [115] (Rivero, 2012)

A modo de iniciar este desarrollo, podemos señalar que, “Las relaciones interadministrativas de colaboración revisten, (...), dos manifestaciones fundamentales: relaciones en las que la colaboración se realiza entre dos o más entes públicos sin que para llevar a término esa colaboración sea necesaria la creación de un nuevo ente dotado de personalidad jurídica y relaciones en las que, para llevar a cabo la colaboración, es necesario crear un nuevo ente dotado de personalidad” [10] (Rivero, 1976), así, estaremos ante un convenio sin necesidad de crear un nuevo ente dotado de personalidad jurídica.

En España, el profesor Ricardo Rivero Ortega (2012) refiere que el convenio administrativo como herramienta de colaboración y cooperación interadministrativa está en la tradición de las relaciones entre entes públicos. Si bien en ese sistema jurídico es escaso su utilización por cuanto se encuentran excluidos expresamente de la norma reguladora de los contratos

administrativos (encargos públicos o adquisiciones), salvo que su objeto coincida con tales negocios jurídicos; cuando partimos de la formulación del principio general de libertad de pactos (no equiparable a la autonomía de la voluntad privada), las posibles utilidades del convenio interadministrativo son múltiples, siempre y cuando no vulnerasen precepto legal alguno ni fueran contrarios al interés público o a la buena administración, que son precisamente los principios que se quieren satisfacer con este tipo de soluciones. Una de las principales ventajas del convenio es su bajo o casi nulo coste, esto, por la lógica de la economía de escala y el trabajo en equipo, abaratar costes con los mismos o mejores resultados. El Derecho debe ponerse a disposición de este objetivo no impedir su realización. [114 -116].

En Chile, el profesor Juan Carlos Flores Rivas (2018) deja constancia que la coordinación administrativa se concreta mediante la suscripción de convenios complementarios entre órganos del Estado, que se entienden como un convenio de colaboración, pues presupone el desarrollo de actividades conjuntas para el cumplimiento de objetivos comunes, comprometiéndose a realizar labores específicas complementarias. (...) De este modo, el convenio de colaboración o convenios administrativos se configura como una técnica de cooperación interadministrativa de carácter asociativo entre distintos órganos del Estado para la gestión mancomunada de intereses comunes. [264].

En Colombia, nuevamente, el profesor Augusto Ramón Chávez Marín (2015) sanciona que el convenio es el “vinculo jurídico en el cual la administración se une a otra persona mediante un acuerdo de voluntades para lograr la realización de fines de interés mutuo en el marco de la ejecución de funciones administrativas” [88 y 89]. Así, esta conceptualización le ha

permitido señalar al autor que el convenio administrativo constituye un género de instrumento negocial diferente del contrato administrativo [3], esto, a partir, de teorías de naturaleza causal o finalista (...) es decir, se acude a la revisión de la naturaleza del fin buscado [51]

En nuestro medio, el profesor Juan Carlos Morón Urbina (2016) citando a Santos refiere que el convenio administrativo es un “negocio jurídico bilateral de la administración en virtud del cual esta se vincula con otra persona jurídica pública o con una persona jurídica o natural privada para alcanzar fines de interés mutuo en el marco de la ejecución de sus funciones administrativas, fines que, como es obvio, siempre deberán coincidir con el interés general” [93], en esa medida, “la actividad convencional es una modalidad de la actividad negocial de la Administración, las relaciones jurídicas surgidas del convenio de la Administración son exigibles para las partes involucradas, pues sus obligaciones poseen plenos efectos jurídicos y existen instrumentos de coacción para ello, su objeto es un acuerdo de voluntades alrededor de unos fines e intereses comunes a las partes que intervienen en el vínculo, el cual debe coincidir necesariamente con el interés general” [93]

En consecuencia, el convenio administrativo es una herramienta de colaboración y cooperación interadministrativa con el cual puede conseguirse la realización de fines de interés mutuo en el marco de la ejecución de funciones administrativas y abaratar costes con los mismos o mejores resultados a razón de la economía de escala y el trabajo en equipo, es decir, conseguirse eficiencia que siendo un concepto ponderativo (de análisis de costes y beneficio) puede incluir la eficacia dentro de su examen, de allí que también se habrá ganado en eficiencia, si con un poco menos de ahorro se consigue una decisión mucho más eficaz

[124] (Rodríguez, 2016), entonces, podemos decir que el convenio tiene como potencialidad generar colaboración y por ende eficiencias en su ejecución.

2.3.3. Del Convenio administrativo “de financiamiento”.

El *financiamiento*, según la Real Academia de la Lengua Española, es “la acción y efecto de financiar”, y *financiar* es “pagar o satisfacer los gastos de una actividad, de una obra”, para Fernando Torres (2011), “los mecanismos de financiamiento son dos, que son los siguientes: contratos de financiamiento y otros mecanismos de financiamiento (...) [y reconoce que] el financiamiento es un aspecto importante (...) para el crecimiento económico”, entre los contratos de financiamiento podemos encontrar muchas alternativas que como indicamos en el apartado anterior por ser contratos siempre las voluntades de las partes buscaran intereses distintos, de allí que “(...) en la concertación de un empréstito público el Estado no obra como soberano, sino en condiciones de igualdad con los particulares, por lo que la relación que se establece entre unos y otros es de derecho privado” [790] (Zilli, 2007).

De este modo, estando al carácter público del convenio administrativo, debemos resaltar que “las finanzas públicas (...) tienen como fin el bienestar social o general (...) logran su ingreso mediante la recaudación de tributos en base a las leyes y a las empresas responsables de la recaudación tributaria (...) los gastos en las finanzas públicas se planifican en el presupuesto general anual, según las prioridades nacionales” [71] (Camacho, 2019), en consecuencia considerando las características particulares del convenio podemos ubicarlo dentro de otros mecanismos de financiamiento.

Entonces, podemos señalar que resulta deficiente la conceptualización que hace el régimen administrativo peruano

respecto del convenio de la administración y el régimen de Obras por Impuestos respecto del convenio de financiamiento de la administración, toda vez que, el convenio de la administración no tiene desarrollo normativo más allá del régimen de la Ley 27444 por lo que no se ha dado un tratamiento prolijo en la doctrina y, a su vez, el convenio de financiamiento de la administración regulado en el régimen de Obras por Impuestos tiene imprecisiones al considerarlo de naturaleza contractual en sentido estricto de la palabra. Asimismo, si bien se tiene presente al convenio de la administración como una alternativa a la figura contractual en la doctrina nacional aún no se entiende cómo su no ánimo de lucro puede ayudar a que en la relación Estado y Sociedad, la administración pública pueda cumplir los deberes que cada vez son más exigibles por la sociedad y muchas veces no cumplibles por parte de ella en la forma tradicional que es la figura contractual.

2.4. La regulación del mecanismo de obras por impuestos en el Perú

A fin de conocer la regulación del régimen del mecanismo de obras por impuestos en el Perú, iniciaremos refiriendo las conclusiones a las que han arribado las investigaciones que se han desarrollado a la fecha sobre el particular. Seguidamente, desarrollaremos la regulación del mecanismo de cara al contrato de obra pública y, por último, estableceremos similitudes y diferencias.

2.4.1. Del mecanismo de obras por impuestos.

En 2014, tenemos un trabajo que reconoció que el mecanismo permitía *“a los municipios y regiones ejecutar proyectos de inversión pública con participación de la empresa privada en el financiamiento. Es decir, la empresa privada pone la plata HOY, con cargo a sus impuestos, los cuales son reconocidos por el MEF mediante certificados (CPRIL); y los municipios lo pagan en cómodas cuotas anuales, con cargo a sus ingresos futuros estimados por canon. El sector privado actúa como financista, pero el que paga la cuenta sigue*

siendo el Estado” [1], asimismo, estableció tres ventajas: (i) “los municipios tendrán mayor capacidad financiera (...) Y eso ¿para qué sirve? Pues para financiar muchos más proyectos y obras” [1]; (ii) “mejoran sensiblemente las condiciones para un buen proyecto: i) el adecuado diseño, y ii) la velocidad y calidad de la ejecución. ¿Por qué? Porque ninguna corporación arriesgará su marca y prestigio con un puente caído, un colegio malhecho o una planta de agua que no funciona; o peor, de estadios vacíos u otros elefantes blancos. ¿Y por qué la empresa privada sería más ágil? Porque buscará recuperar y cobrar los certificados de su plata invertida lo más rápido posible” [1]; y (iii) que las “Obras por impuestos acerca al Estado al sector privado y viceversa. Eso quiere decir, que cada uno aprende de las virtudes del otro. En el caso del Estado, a dejar de pensar las obras minimizando costos y más bien a maximizar calidad, que es la lógica privada. En el caso de la empresa, a entender el interés público y el costo beneficio social cuando se gastan los impuestos”. [1] (Prialé, 2014) Nótese que el autor enfatiza (i) en la capacidad financiera que otorga el mecanismo a los gobiernos locales, (ii) en los dos aspectos con los que mejora todo proyecto (por un lado, el adecuado diseño; y por otro la velocidad y calidad de la ejecución), por último, (ii) evidencia las sinergias que se produce entre la Entidad Pública y Empresa Privada como complemento para cada una de ellas.

En 2015, un primer trabajo identificó al mecanismo como aquel a través del cual *“una empresa privada peruana o extranjera, en forma individual o por consorcio, podrá optar voluntariamente por pagar parte de su impuesto a la renta mediante el financiamiento de proyectos de inversión pública que sean prioritarios para las regiones, municipalidades, universidades públicas y los ministerios de Salud, Educación, Comercio Exterior y Turismo, Agricultura y Riego, e Interior.” [36]; asimismo, reconoció que, “a través del proceso que se lleva a cabo en Obras por Impuestos se establecen alianzas entre los sectores público y privado que fijan mecanismos de entendimiento y*

colaboración conjunta con la finalidad de lograr el mismo objetivo en común: el bienestar de la comunidad' [42] (Ruiz, 2015). El autor advierte el objetivo común de los sectores público y privado, dejemos constancia que para la Empresa Privada puede llegar a ser más fácil girar el cheque en el pago de sus impuestos.

Seguidamente, un segundo trabajo reveló que el régimen de obras por impuestos contribuye al principio de ética, puesto que reduce las posibilidades de actos de corrupción en las distintas etapas del proceso, ya que no se generan desembolsos de efectivo por parte de las entidades del Estado. [113] (Melgarejo y Sare, 2015). El financista no gana nada en la obra, el financista pone en riesgo su reputación por este motivo se adueña del proyecto.

En 2016, tenemos dos investigaciones. En la primera se evidenció que el mecanismo se encuentra dentro del “régimen de promoción de la inversión privada; es decir, un régimen de derecho público que estimula a los particulares a participar en la ejecución de proyectos de inversión pública. El mecanismo de Obras por Impuestos [se dijo que] ha significado la introducción de un nuevo marco de desarrollo de la actividad privada y la expresión del fomento administrativo que busca impulsar la economía nacional.” [293] (Sánchez, 2016).

En esta línea, se manifestó que “al igual que los regímenes de Asociaciones Público Privadas e Iniciativas Privadas (Decreto Legislativo N° 1224), inversión en activos de empresas del Estado (Decreto Legislativo N° 674), contrataciones del Estado (Ley N° 30225) y regímenes sectoriales de inversión, la normativa de Obras por Impuestos supone un nuevo universo de oportunidades de inversión por el cual pueden apostar los particulares.” [293] (Sánchez, 2016), claro, esto con sus grandes diferencias, puesto que los privados que participan generalmente son grandes tienen nombre, marca, capitalistas internacionales, que están cuidando el

cumplimiento, la legalidad, la anticorrupción, tener desde el estado a ese socio es bueno, como dijimos anteriormente a este no le cuesta nada girar un cheque y pagar su impuesto al momento que le toca, aquí está sacando dinero de su negocio para pagar su impuesto por adelantado a 2% de interés, lo hace porque quiere paz social, por responsabilidad.

En ese desarrollo, se evidenció que el mecanismo “ha supuesto un gran primer peldaño en lo que podría significar la institucionalización de un régimen por el cual la participación privada identifica las necesidades de la población, diseña un proyecto de solución y propone su ejecución a la Entidad Pública correspondiente. Son el Estado y la sociedad trabajando juntos en la atención social de los administrados.” [294] (Sánchez, 2016). Nótese que el autor reconoce el trabajo conjunto entre el Estado y la sociedad.

Por último, describiendo el mecanismo, reconoció que “los particulares pueden identificar necesidades en la población, diseñar proyectos para atender éstas, y proponer a la Entidad Pública la inclusión y priorización de dichos proyectos del mismo modo como si hubiesen sido propuestos por su Unidad Formuladora. Para ello, se le exige al particular, del mismo modo como a las Unidades Formuladoras de las Entidad Públicas, ceñirse estrictamente a los parámetros técnicos y de diseño aprobados en la normativa SNIP.” [295] Y advirtió “Por tanto [que], el particular “actúa como Estado” en la identificación y formulación de proyectos para el beneficio de la sociedad. Si antes se criticaba al Estado por el letargo mostrado en la formulación de proyectos o por sus falencias al diseñar los mismos, ahora se abre una oportunidad en la cual, tal vez con su experiencia, el sector privado coadyuva en el cumplimiento del mismo propósito. Se advierte, por tanto, una nueva relación de colaboración público-privada: no estamos más ante una división estricta entre lo público y lo privado –con los celos que ello siempre denotaba–, estamos ante

un trabajo conjunto y de colaboración público-privada que procura la satisfacción de prestaciones antes dejadas ampliamente en manos del Estado.” [295] (Sánchez, 2016). Nótese que se está identificado al privado como parte del Estado, no como contraparte, además de reconocerse que debe darse un trabajo conjunto y de colaboración.

La otra investigación es un estudio elaborado por la Universidad ESAN, en que se dijo que *“si bien el Estado deja en un primer momento de percibir parte del impuesto a la renta, esta modalidad permite que los ciudadanos obtengan mejores servicios públicos”* [21]; asimismo, evidencia que ante la decisión de la Empresa Privada de participar en el mecanismo los factores de *“mayor incidencia son la falta de capacidad técnica y especializada en los gobiernos regionales, los gobiernos locales y las universidades públicas, la presencia de barreras administrativas, y la existencia de sobrecostos y riesgos no identificables”* [112]. Sin embargo, dicho estudio reveló que estos factores *“si bien generan trabas durante el procedimiento, no menoscaban la voluntad de estas por volver a invertir mediante la modalidad Obras por Impuestos, pues consideran que los beneficios que obtienen superan los inconvenientes generados durante el proceso”* [112], lo que según el estudio evidenció que *“las motivaciones de las empresas privadas para invertir son: (i) Mejorar su proyección con la población y la localidad de la zona de influencia a través de acciones de RSE, (ii) Obtener beneficios al mejorar las relaciones tanto con la población como con los gobiernos regionales y locales, y (iii) Posicionar su marca e imagen institucional.”* [112] (Albujar et al, 2016). En ese sentido, la Empresa Privada solo tiene que contratar a un gerente de proyectos, pues el mecanismo de obras por impuestos es un problema de gerencia de proyectos y en una buena gerencia de proyectos lo que tiene que hacerse es gestionar alcance, tiempo, costo, calidad, comunicaciones, recursos, riesgo, logística, claro, sin llegar a los sistemas de entrega de proyectos colaborativos puesto que la Administración no reconoce su existencia.

En 2017, existen dos trabajos, el primero refiere que “[E]l contrato de Obras por Impuestos es la concreción de otra de las aristas del Principio Constitucional del Rol Subsidiario del Estado en el Régimen Económico regulado por los artículos 58 y 59 de la Constitución Política del Perú, así el Estado a través de la implementación de esta modalidad contractual únicamente es responsable de aprobar si la propuesta presentada por el privado de ejecutar un proyecto de construcción y/o administración de infraestructura debe aprobarse o no. [De este modo], el Estado promueve que los particulares puedan participar en la gestión estatal de la reducción de brechas sociales y de propiedad pública que satisfaga los intereses de las partes, tomando un rol cada vez más subsidiario inclusive en la atención de necesidades de salud, seguridad y de educación. Así, el Estado no involucra directamente recursos económicos públicos, utilizando el pago del Impuesto a la Renta que es gestionado por el propio obligado tributario” [61] (Rodríguez, 2017). Sobre lo mencionado, debemos indicar que, si bien es cierto el mecanismo puede constituirse en una manifestación del principio de subsidiariedad desde un punto de vista muy general, toda vez que el privado participa en la gestión estatal; en relación a lo informado respecto del convenio administrativo, no creemos que exista un contrato de obra por impuestos, lo que se distingue con mayor precisión cuando se quiere dar esta categoría a la generalidad de los casos en que puede haber obras por impuestos.

En un segundo trabajo que ubicamos, se estableció que “el mecanismo Oxi es innovador y únicamente implementado en el Perú, que busca la agilidad en el proceso de ejecución de los PIP con colaboración de la empresa privada a través de un marco regulatorio exclusivo, pero la falta de conocimiento y aplicación supletoria de otras normas (como la LCE) por parte de los funcionarios, podría ocasionar demoras en la culminación de los proyectos.” [47] (Graham y Huanca, 2017). Como se observa, en 2017 no se había

implementado el mecanismo en otras latitudes, hasta 2018 donde el gobierno colombiano decide implementarlo en su país, además en este mismo trabajo se advirtió que la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado ocasionaba demoras, recordemos que esta supletoriedad aplicó hasta la incorporación del artículo 15 en la Ley 29230, a través del Decreto Legislativo 1250 del 30 de noviembre de 2016.

De otro lado, en esa investigación se evidenció que luego de la comparación realizada (con uso del comparador público privado adaptado para comparar el proyecto Obras por Impuestos - Oxl con la Obra Pública Tradicional - OPT, sin incluir el riesgo financiero) se concluye que el mecanismo Oxl es más eficiente a pesar que ambas modalidades [Oxl/OPT] tienen demoras e ineficiencias. [47] (Graham y Huanca, 2017), esto, desde el punto de vista de las demoras.

Este segundo trabajo ubicado reconoce como ventaja del mecanismo Oxl, que se orienta “a mejorar las condiciones en las que se ejecuta un PIP, pues a través de la participación de la empresa privada se logra el financiamiento inmediato, se transfieren los riesgos y se promueve calidad y transparencia. Existe una relación de beneficio mutuo, entre Estado y empresa privada, que puede fortalecer la relación con la comunidad (en la zona de influencia) y sobre todo contribuir a la atención oportuna de la demanda usuaria de los servicios de salud.” [47] (Graham y Huanca, 2017). Nótese que los autores advierten las siguientes características en el mecanismo: financiamiento inmediato, transferencia de riesgos, promoción de calidad y transparencia, y beneficios mutuos; en base a lo indicado en el capítulo anterior sobre convenio administrativo podemos mencionar que uno de los caracteres reconocidos en el mecanismo es de contrato y otro convenio.

Del mismo modo, advierte que “la mayoría de causas relacionadas a la demora en la ejecución de los proyectos bajo la modalidad Oxl se refieren a una débil gestión institucional de los recursos humanos (falta de capacidad, supervisión, rotación de personal, desinterés, especialización, burocracia y articulación entre sistemas). Siendo más evidente en la etapa de formulación.” [47] (Graham y Huanca, 2017)

En 2018, ubicamos cuatro trabajos, en uno inicial se destaca que en el Perú “nos hemos distraído en tratar de perfeccionar la norma en lugar de intensificar su promoción, apoyar todo su proceso de ejecución, comprometer la voluntad del sector público y ejecutar obras de infraestructura mediante este mecanismo, de modo de incrementar y difundir los casos de éxito del trabajo concertado entre el Estado, la empresa privada y la población local.” [17]. Asimismo, el autor reconoce que “el mecanismo constituye una de las principales innovaciones de política pública implementada en los últimos años en el Perú, y es una oportunidad para que el sector público y el sector privado trabajen de la mano para reducir la brecha de infraestructura. Las empresas privadas adelantan el pago de su impuesto a la renta, para financiar y ejecutar directamente de forma rápida y eficiente, proyectos de inversión pública que los gobiernos subnacionales y las entidades del gobierno nacional priorizan. Una vez finalizada la ejecución o avance del proyecto, el Tesoro Público devuelve el monto invertido a la Empresa Privada mediante Certificados (CIPRL O CIPGN) que podrán ser utilizados para el pago del impuesto a la renta. Posteriormente, las entidades públicas devuelven al Tesoro Público, el monto financiado para la ejecución de sus proyectos.” [20] (Bravo, 2018). Nótese que el autor destaca la oportunidad para que el sector público y el sector privado trabajen de la mano con la finalidad de reducir la brecha de infraestructura.

El mismo autor, refiere que con el mecanismo se invierte en “el presente sobre ingresos futuros. Esto hace posible que muchas

regiones que actualmente no cuentan con recursos para invertir simultáneamente en varias obras, puedan reducir sus brechas en infraestructura básica.” [20] (Bravo, 2018)

Una segunda investigación califica al mecanismo como “una medida orientada a promover la inversión y el crecimiento económico.” [18] (Vila, Fernández y Moreno, 2018).

En tercer lugar, tenemos una investigación que estableció como un beneficio “para el sector privado de hacer uso del mecanismo de obras por impuestos el fortalecimiento de la imagen empresarial a través de la asociación de obras de impacto social con la gestión de la empresa. Además de generar eficiencia en los programas de responsabilidad empresarial.” [21] Por lo que, según el autor citando a propuesta ciudadana 2011, señala que “la aplicación consiste en pagar de forma adelantada y mediante la ejecución de obras de infraestructura pública el impuesto a la renta futuro hasta por el 50% de lo pagado en el año fiscal anterior.” [20] (Torres, 2018),

Por último, tenemos el estudio elaborado por PLAINDES a solicitud de Proinversión, sobre la eficiencia y eficacia del mecanismo, que concluyó en que el mecanismo de obra por impuestos es más eficiente que la ejecución tradicional, a razón que el mecanismo presenta: (i) menor variación del monto de inversión, aquí hay dos indicadores i.1 variación del monto de Expediente Técnico versus Monto Final, la ejecución tradicional varía 5.6% y el mecanismo se reduce en 0.48%, y respecto del indicador i.2 variación del monto de viabilidad versus monto final, en la ejecución tradicional el monto aumenta en 13.98% y en el mecanismo 11.57%; (ii) menor variación de plazo de ejecución de obra, se tiene que la ejecución tradicional tiene una variación de plazo de 84.5% y el mecanismo 47%; y (iii) menor número de modificaciones registradas durante la ejecución de la obra, en promedio se tiene que en la ejecución tradicional hay 3

modificaciones y en el mecanismo sólo 2. [128 - 130] (PLAINDES, 2018).

En 2019, ubicamos tres trabajos sobre el mecanismo en Colombia, recordemos que en ese país tienen el mecanismo desde 2018, el primero de ellos, observando lo sucedido en Perú advierte que “después de casi diez años de implementado el modelo, 2007-2018, el indicador referenciado previamente - WEF en el Informe Global de competitividad, ubica a Perú por encima de la media, con una calificación de 3.8 siendo la mínima 1 y la máxima 7, lo que podría permitir concluir que el modelo propuesto por la nación peruana de obras por impuestos ha influenciado positivamente en la infraestructura peruana.” [11] (Garizabalo, 2019).

El segundo trabajo de investigación colombiano, describe el mecanismo como “un modo de extinguir las obligaciones tributarias del impuesto sobre la renta y complementario, a través de la inversión directa por parte del contribuyente en la ejecución de proyectos de trascendencia social en las ZOMAC.” [36] (Tobón y Vieco, 2019)

El tercer trabajo, deja constancia el balance del primer año de la implementación del mecanismo en Colombia y señaló que “*es positivo: no solo se establecieron la regulación y los procedimientos para poner en marcha el mecanismo, sino que la respuesta empresarial permitió ejecutar una porción mayoritaria del cupo CONFIS y las obras se están llevando a cabo. A modo comparativo —tomando la experiencia de Perú, el caso que inspiró el mecanismo en Colombia—, allí, durante el primer año, solo se financiaron dos proyectos por un valor aproximado de 1,8 millones de dólares, mientras que en Colombia se aprobaron 23 proyectos por un valor aproximado de 70 millones de dólares*” [6] (CCB & Fundación ideas para la paz, 2019)

2.4.2. De la regulación del mecanismo y el contrato de obra pública.

Hasta el momento, hemos descrito el mecanismo a través de los trabajos e investigaciones que se han realizado. Sin embargo, si la idea es cotejarlo con el contrato de obra pública, corresponde conceptualizar estas dos figuras desde su regulación y lo acotado por la doctrina. Con ese encargo, iniciaremos con el contrato de obra pública y luego atenderemos el convenio de obra por impuestos

A. Del contrato de obra pública.

En principio, debemos indicar que en el Perú el contrato de obra pública por excelencia se encuentra regulado por la Ley de Contrataciones del Estado, en la actualidad aprobada por la Ley N° 30225, sin embargo, en ella *“no se cuenta con una definición estricta de obra pública. En efecto, el concepto tímido que figura en el anexo de definiciones del Reglamento de la LCE, se encuentra referido escuetamente a “Obra”.*” [178] (Linares, 2009).

Seguidamente, debemos traer a colación lo señalado por los profesores argentinos Ricardo Tomas y Ana Guglielminetti, (2008) que sobre obra pública refieren que *“es una creación artificial o resultado físico producto de la actividad humana, consistente en la construcción, fabricación, instalación, reparación, mantenimiento, modificación, conservación, demolición, etc., de bienes inmuebles o muebles (...). También se incluye dentro del concepto a la realización de bienes inmateriales (...).”* [1 y 2] De allí que se destaca que el concepto de obra pública no comprende únicamente su construcción, sino también las restantes operaciones. [360] (Bobes, 2007).

En el mismo sentido, respecto a la Ley de Contrataciones del Estado – LCE, el profesor Christian Collantes, (2020), refiriéndose a la serie de actividades que recoge el Anexo 1

“Definiciones”, del Reglamento de la LCE, cuando define el término “Obra”, considera impreciso utilizar dicho término, por cuanto según indica *“la denominación “contrato de obra” se refiere, de manera general, tanto a las obras muebles como las inmuebles, así como a las obras materiales y a las inmateriales, mientras que lo esencial en el contrato de construcción es que el resultado –que tiene un contenido predeterminado- está constituido por una obra material e inmueble con sus propias vicisitudes y particularidades”* [287]

A razón de ello, podemos indicar que el contrato de construcción es la especie y el contrato de obra es el género. Luego, debe advertirse que tenemos el contrato de construcción en general y el de construcción pública (obra pública) en particular. [284] (Collantes, 2020)

“Respecto de que el *opus* esté afectado o no necesariamente afectado, directa o indirectamente al interés público o a la satisfacción de una necesidad colectiva, existen posiciones antagónicas en la doctrina (...)” [2] (Tomas y Guglielminetti, 2008), a razón de que puede haber obra pública sin su afectación al uso público, sin su afectación a la utilidad o comodidad común [2] (según Marienhoff referenciado por Tomas y Guglielminetti, (2008). Sin embargo, debemos mencionar que en toda obra pública estará presente el concepto de “interés público”, “por cuanto a la función administrativa no se la concibe fuera de un marco de actuación en el que se encuentre comprometido aquel interés de manera inmediata o mediata” [3], mientras que el concepto de *“utilidad común o uso común general”* “puede estar presente o no, según el caso en los distintos emprendimientos que realiza la Administración.” [3] (Tomas y Guglielminetti, 2008); en este punto resulta interesante mencionar que el interés público como teoría también tiene un

sustento económico y “se basa en el supuesto de que en sus tratos con la industria, los departamentos gubernamentales tratan de maximizar el bienestar económico. La justificación de este enfoque es que tales organismos son en sí mismos agentes del público más amplio de modo que deben actuar en su interés” [44] (Vickers y Yarrow, 1991)

Por lo tanto, a pesar de la nomenclatura utilizada por el legislador en la LCE y su reglamento, Opiniones y Directivas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, así como la práctica generalizada en el sector, consideramos de la mano del autor, “que lo más apropiado al referirnos a los contratos que tengan por objeto la entrega de una obra material inmueble, es utilizar el término contrato de construcción pública.” [287] (Collantes, 2020)

Entonces, corresponde recordar que en general el contrato de construcción es complejo y riesgoso, y si a esta relación contractual incluimos como parte a la Administración, lo que conseguimos es una estructura contractual mucho más compleja y riesgosa.

En esa medida, trayendo a colación nuevamente a Mosey, (2019) este autor considera que un buen contrato debería ser esencialmente un manual desempeño [es decir, (i) Establecer derechos, responsabilidades y procedimientos, (ii) Identificar, asignar y transferir riesgos, y (iii) Actuar como una 'herramienta de planificación' para que haya 'menos sorpresas y dilemas durante la construcción], un contrato de colaboración debería ser un manual para el desempeño, la gestión y la integración de las actividades acordadas [24]. Entonces, en base a lo establecido en el TUO de la Ley 30225, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019, si en el contrato de obra pública debe

identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación (artículo 32.2), y se establece que el contratista es responsable de realizar correctamente la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato. Para ello, debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos (artículo 32.6). Por tanto, la LCE se ha centrado solo en Establecer derechos, responsabilidades y procedimientos; e Identificar, asignar y transferir riesgos, con lo cual no alcanza a ser un manual de desempeño, peor aún, la reacción natural a este tipo de contrato es el refuerzo de todas las protecciones disponibles porque una parte contratante percibirá que solo puede ganar a expensas de otra parte. [23] (Mosey, 2019)

Con ello debemos tener posibilidad de utilizar más estrategias de ejecución o “*project delivery system*” para cumplir con este interés público tal y como lo ha previsto el Reglamento de Proyectos Especiales de Inversión Pública en el marco del Decreto de Urgencia N° 021-2020, aprobado por el Decreto Supremo N° 119-2020-EF, donde se ha establecido como definición de “Estrategia de Contratación” al conjunto de procesos, factores y criterios que determinan las acciones a seguir en la contratación y selección de bienes, servicios y/o ejecución de obras necesarias para alcanzar los diversos objetivos del proyecto de inversión o Cartera de Inversiones del PEIP. Establece los sistemas de entrega a seguir previa evaluación comparativa, los Contratos estandarizados a emplear, la identificación de aquellos factores que determinan la ejecución del proyecto - drivers; así como determina las alternativas de empaquetamiento y procesos de control para desarrollar y administrar los acuerdos para la ejecución efectiva

de los contratos, entre otros aspectos, con el fin de buscar la mejor combinación costo-beneficio para lograr los objetivos del proyecto de inversión o Cartera de Inversiones.

No obstante, este avance desde los Proyectos Especiales de Inversión Pública, en marco del contrato de construcción de obra pública regulado por la LCE, que ciertamente es el más importante por la cantidad de inversiones que se desarrollan por este medio, a menudo se dice que *“no es posiblemente técnicamente iniciar la ejecución de una obra (...) sin expediente técnico que contiene los planos, especificaciones técnicas y presupuestos de obra metrados a ejecutarse, etc.,(...). [puesto que según se dice] La experiencia [muestra] las inconvenientes controversias que se han generado debido al inicio de ejecución de obras, por ejemplo, por perturbaciones derivadas de la falta de saneamiento del terreno o supuestos errores incurridos en la elaboración del expediente técnico”* [45], De otro lado el autor también indica *“(...) el consultor de obra (proyectista que elaboró el expediente técnico) no puede absolver cualquier consulta sino aquellas que en opinión del inspector o supervisor de contrato de ejecución de la obra requieren su participación en la aclaración (...)[con ello, el autor considera que] se evitará dilaciones en absolver las consultas y el traslado de las mismas al consultor que no tiene relación contractual en la ejecución de la obra”* [163] (Álvarez, 2018). Respecto de ello podemos decir que el régimen de obra pública imposibilita el trabajo en conjunto de quien hizo el diseño con quien construye, idea esta que más bien se propone en los sistemas de entrega colaborativos.

En ese sentido, el contrato de construcción de obra pública que está regulado en la LCE siguiendo lo mencionado por el código civil, básicamente, recoge un sistema tradicional, toda vez que

en palabras de Leandro Garcia, (2020) “el contrato de construcción bajo el sistema tradicional es conocido también como contrato de construcción de obra, en donde el contratista se obliga a ejecutar la obra de acuerdo con la ingeniería suficiente y adecuada (de detalle) entregada por el propietario antes de la firma del contrato”. [106],

Entonces, ¿cómo es no hacerlo en forma tradicional?, además de las estrategias de ejecución detallados en el capítulo segundo, la clave parece radicar en el cumplimiento de cargas de colaboración durante todas las fases del proyecto” [45]. (Rodríguez, 2018) Respecto de ello, resulta aleccionador referirnos al concepto de alcance en el contrato de construcción.

Según la Guía PMBOK, el alcance es el “trabajo realizado para entregar un (...) resultado con las funciones y características específicas” [131] (Project Management Institute, 2017). Cuando se hace referencia a trabajo, no solo se alude a la obligación tipificante del contratista (entregar la obra determinada), sino a una serie de actividades conexas y complementarias destinadas a obtener el resultado convenido. Asimismo, incluye las cargas y deberes que el propietario tiene que cumplir para que el contratista ejecute su prestación. En tal sentido, el término “alcance” es mucho más amplio, pues considera no solo las actividades que tiene que realizar el contratista, sino también el propietario para ejecutar el proyecto. [37] (Garcia, 2020).

B. De la regulación del mecanismo de obra por impuestos.

La Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas emite opinión vinculante, exclusiva y excluyente sobre la interpretación y la aplicación del TUO de la Ley N° 29230 y del TUO del

Reglamento de la Ley N° 29230 (artículo 5.1.1 del TUO del Reglamento).

Así, a través del Oficio N° 044-2017-EF/68.01, reconoció que “en el mecanismo de obras por impuestos prima [el] interés público para el desarrollo de proyectos de inversión. [asimismo, precisó que] Dicho mecanismo se materializa a través de un Convenio que involucra prestaciones recíprocas” [1] refirió, además, mediante el Informe N° 058-2020-EF/68.02 puesto en conocimiento con el Oficio N° 058-2020-EF/68.02 que “Es precisamente esta naturaleza convencional, la que dota de estabilidad a la relación jurídica existente entre Administración pública y los particulares” [8]. Esto último, le permitió declarar a través del Informe N° 067-2018-EF/68.03 puesto en conocimiento con el Oficio N° 066-2018-EF/68.03 que “el mecanismo de Obras por Impuestos desde su creación con la Ley N° 29230, tiene por objeto impulsar la ejecución de proyectos de inversión de impacto nacional, regional y local, con la participación del sector privado mediante la suscripción de un convenio (...), incidiendo, entre otros aspectos, en procedimientos ágiles y oportunos, con el fin de mejorar la calidad de los proyectos contribuyendo, de esta manera, al cierre de brechas de infraestructura” [2]

Sin embargo, en modo contradictorio, a través del Oficio N° 154-2018-EF/68.03 observó que hay una relación contractual en ella [1], incluso con el Oficio N° 300-2017-EF/68.01 dijo ver una potestad exorbitante de la Entidad Pública en la autorización de ejecución de mayores trabajos de obra [1]. En esa visión no solo contractual sino tradicional, a través del Informe N° 072-2019-EF/68.03 puesto en conocimiento con el Oficio N° 158-2019-EF/68.03 dijo que “la empresa privada es responsable de ejecutar correctamente la totalidad de las obligaciones

derivadas de la ejecución del Convenio. Para ello debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo del Convenio para conseguir los objetivos públicos previstos” [4]

Dicho esto, siempre es importante describir –ahora a grandes rasgos- las 4 grandes fases a las que se sujeta el mecanismo de Obras por Impuesto.

Fase 1 Priorización.- Toda Obra por Impuesto la financia, en un principio, la Empresa Privada pero alguien en el Estado le tiene que devolver la inversión, así la Empresa Privada busca un aliado en el sector público que tenga recursos, los Gobiernos Regionales y Locales, y las Universidades tienen lo que se llama el límite CIPRL que lo publica el MEF una vez al año; los Ministerios por su parte lo que hacen es solicitar una capacidad presupuestal respecto de sus propios recursos. En esta fase, la Entidad Pública determina cuánta capacidad presupuestal tiene para hacer obras por impuestos y escoge el proyecto que va ejecutar mediante el mecanismo, por su lado la Empresa Privada busca generar una buena relación con la población donde va impactar positivamente la obra, entonces no es suficiente con verificar que el proyecto se encuentre en el Banco de Proyectos, recordemos que la viabilidad de un proyecto es el producto de informaciones de segunda mano.

Fase 2 Actos Previos.- Con la resolución que se prioriza el proyecto, también designan un Comité Especial que, entre sus funciones, reconoce el gasto de la pre inversión, solicita la certificación presupuestaria, elabora bases y consolida la información para solicitar el informe previo de la CGR. Una vez que ésta expresa no tener recomendaciones o tenerlas, y la Entidad Pública responde atendiendo las mismas o que precisa

que las atenderá en una etapa posterior, se aprueban las bases y pasa a la convocatoria.

Fase 3 Proceso de Selección.- Es bastante similar al procedimiento de selección de la LCE, sin embargo no le es aplicable porque no es un concurso de contratista sino de financista, sus pasos son (i) convocatoria, (ii) presentación de expresión de interés, (iii) formulación de consultas y observaciones, (iv) absolución de consultas y observaciones, (v) integración de bases, (vi) presentación de propuestas, (vii) calificación y evaluación de propuestas, y (viii) otorgamiento de buena pro. El proceso de selección se encuentra a cargo de un Comité Especial que está bastante empoderado de acuerdo a la norma y puede prorrogar, postergar o suspender cualquiera de sus pasos, el factor de competencia es básicamente económico gana la menor propuesta y luego se verifica si cumple con los requisitos técnicos mínimos, de acuerdo a determinadas circunstancias el proceso de selección puede cancelarse, quedar desierto, o que declararse nulo, esto último hasta antes de suscribir el convenio.

Fase 4 Ejecución.- Luego de consentida la buena pro o administrativamente firme, inicia la fase de ejecución y tiene los siguiente pasos: (i) firma del convenio, (ii) la ejecución del proyecto en sí, dependiendo del proyecto puede incluir mantenimiento y/u operación, (iii) la recepción del proyecto, (iv) luego la liquidación del proyecto, y por último (v) la devolución a la empresa privada de la inversión realizada a través de un certificado por el valor de la inversión realizada, en esta fase, los principios rectores puntualmente aplicables, son el enfoque de gestión por resultados, en virtud al cual, las entidades públicas priorizan la finalidad pública que pretenden alcanzar, sobre formalismos que resulten innecesarios en la toma de decisiones

[14] (Preguntas Frecuentes - MEF, 2020); y la confianza legítima, en virtud del cual “la Entidad Pública tiene el deber de cumplir con las disposiciones normativas vigentes, no pudiendo actuar de manera arbitraria ni variar irrazonablemente, inmotivada o intempestivamente la aplicación de la normativa vigente respecto del correcto cumplimiento de las disposiciones y procedimientos relacionados al mecanismo de Obras por Impuestos.” [2] (Informe N° 053-2020-EF/68.02, puesto en conocimiento a través del Oficio N° 057-2020-EF/68.02)

2.4.3. Similitudes y diferencias.

Estableceremos similitudes y diferencias entre el contrato de obra pública y el convenio de obra por impuestos a partir de las principales causas de paralización advertidas en el Reporte de Obras Paralizadas 2019 de la Gerencia de Control de Servicios Públicos Básicos de la Contraloría General de la República, donde se advirtió que el mayor monto contratado cuyas intervenciones están paralizadas la tienen las obras en arbitraje con S/ 794,711,125, y la mayor cantidad de obras paralizadas (43) es a causa “Deficiencias técnicas/incumplimiento contractual”. [8] (CGR Reporte obras paralizadas, 2019). Así, el Anexo 1 de dicho reporte establece como las principales controversias arbitrales a las siguientes: ampliaciones de plazo con 26.79%, resolución de contrato con 21.77% y penalidades con 5.15%. De este modo, los puntos que compararemos entre el contrato de obra pública y el convenio de obra por impuesto serán los siguientes: (i) deficiencias técnicas/incumplimiento, (ii) ampliaciones de plazo, (iii) resolución de contrato, y (iv) penalidades.

A. Deficiencias técnicas/incumplimiento.

En este punto mostraremos un cuadro comparativo entre lo regulado por la Ley de Contrataciones con el Estado y la Ley de Obras por Impuestos.

Tabla 3*Tratamiento de las deficiencias técnicas en el régimen de la Obra pública regular y el mecanismo Oxl.*

Contrato de Obra pública	Convenio de Obra por impuestos
El área usuaria es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación. (Artículo 29.8 del RLCE)	Las empresas privadas pueden proponer a las entidades públicas la actualización de (...) los expedientes técnicos de los proyectos de inversión declarados viables (Artículo 3 del TUO de la Ley) La elaboración del expediente técnico, (...), es responsabilidad de la empresa privada que financia la ejecución del proyecto en los casos en que la entidad pública no cuente con dichos documentos (Artículo 65.1 del TUO del Reglamento)
El inicio del plazo de ejecución de obra rige desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones: (...) d) Que la Entidad haya hecho entrega del Expediente Técnico de Obra completo, en caso este haya sido modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones (Artículo 176.1 literal g) del RLCE)	Una vez elaborado el expediente técnico por la empresa privada o modificado mediante un documento de trabajo, y aprobado por la entidad pública, se encuentra prohibida la aprobación de adicionales por errores o deficiencias en el expediente técnico (Artículo 72.1 del TUO del Reglamento)

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar, el contrato de obra pública regula claramente el sistema de entrega de proyecto tradicional, es decir Diseño – Licitación – Construcción cuyos pasos son totalmente independientes entre sí y ordenados secuencialmente. Además, se busca tener el menor número de cambios posible, claro, si estos pasos son secuenciales un cambio supone volver al paso anterior lo que genera retrabajos e ineficiencias.

Por su parte, la obra por impuestos hace posible usar un sistema de entrega de proyectos algo diferente al tradicional pues como se ha declarado en el Oficio N° 194-2016-EF/68.01 el hecho que “la Empresa Privada financia[e] con sus propios recursos y ejecuta[e] el proyecto incluyendo la elaboración del expediente técnico en muchos casos permite a la Empresa Privada

identificar la necesidad de realizar modificaciones.” [2], así, puede proponer la actualización del expediente técnico, con los Documentos de Trabajo – DT, que son una oportunidad para mejorar el proyecto de inversión y si la Entidad Pública no lo aprueba, la Empresa Privada puede decidir seguir con el convenio como no y, en este caso, resolver el convenio. Con este instrumento, se hace posible gestionar los cambios que son habituales en la industria de la construcción permitiendo la participación del contratista ejecutor en el DT, claro, esto a pesar que luego del DT los mayores trabajos de obra se encuentren prohibidos por errores o deficiencias en el estudio definitivo.

B. Ampliaciones de plazo.

Aquí, un cuadro comparativo entre lo regulado por ambos cuerpos normativos:

Tabla 4

Tratamiento de las ampliaciones de plazo en el régimen de la Obra pública regular y el mecanismo Oxl.

Contrato de Obra pública	Convenio de Obra por impuesto
<p>El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a su voluntad, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de <u>obra</u> vigente al momento de la solicitud de ampliación:</p> <p>a) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.</p> <p>b) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.</p> <p>c) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados, en contratos a</p>	<p>La ampliación de plazo convenido procede por cualquiera de las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución del <u>proyecto</u> vigente al momento de la solicitud de ampliación:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles a la empresa privada. 2. Cuando sea necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores trabajos de obra. En este caso, la empresa amplía el plazo de la garantía que hubiere otorgado. 3. Otras causales previstas en el Convenio (Artículo 71.1 del TUO del Reglamento)

Contrato de Obra pública	Convenio de Obra por impuesto
<p>precios unitarios (Artículo 197 del RLCE)</p> <p>El procedimiento es el siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. el contratista, por intermedio de su residente anota en el cuaderno de obra, el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo y de ser el caso, el detalle del riesgo no previsto; 2. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, <u>el contratista</u> o su representante legal solicita, cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o <u>supervisor</u>, 3. El inspector o supervisor emite un informe que sustenta técnicamente su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la Entidad y <u>al contratista</u>, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles; 4. La <u>Entidad</u> resuelve sobre dicha ampliación y notifica su decisión al contratista en un plazo máximo de quince (15) días hábiles; 5. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se tiene por aprobado <u>lo indicado</u> por el inspector o supervisor en su informe; 6. En caso el inspector o supervisor no emita el informe, la Entidad resuelve sobre la ampliación solicitada y notifica su decisión al contratista en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados desde el vencimiento del plazo previsto para el inspector o supervisor, bajo responsabilidad; y 7. Cualquier controversia relacionada con las solicitudes de ampliación de plazo puede ser sometida al respectivo medio de solución de 	<p>El procedimiento es el siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.El ejecutor del proyecto debe anotar en el cuaderno de obra o registro respectivo, el inicio y final de la circunstancia que determina la ampliación de plazo; 2.Dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, la <u>empresa privada</u> solicita y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante <u>la entidad privada supervisora</u>, 3.La entidad privada supervisora emite informe dando su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la entidad pública y <u>a la empresa privada</u> en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de recibida la solicitud; 4.La <u>entidad pública</u> resuelve sobre la ampliación y notifica su decisión a la empresa privada en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles; 5.De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo indicado, se tiene por aprobado <u>lo informado</u> por la entidad privada supervisora; (Artículo 71.2 del TUO del Reglamento) 6.Cualquier controversia relacionada con las solicitudes de ampliación de plazo es sometida al respectivo medio de solución de controversias dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la fecha en que la entidad pública debió notificar su decisión o de la notificación de la denegatoria, total o parcial, de la solicitud formulada.(Artículo 71.3 del TUO del Reglamento)

Contrato de Obra pública	Convenio de Obra por impuesto
controversias dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha en que la Entidad debió notificar su decisión o de la notificación de la denegatoria, total o parcial, de la solicitud formulada. (Artículo 198 del RLCE)	

Fuente: Elaboración propia.

Como es de apreciar, la regulación de la ampliación de plazo es bastante similar en ambos cuerpos normativos, lo que sugiere que en obras por impuestos podemos tener una similar incidencia en controversias a razón de las ampliaciones de plazo que en obra pública representan el 26.79% del total de controversias según el Reporte de Obras Paralizadas 2019 de la Gerencia de Control de Servicios Públicos Básicos de la Contraloría General de la República.

A continuación, traemos a colación dos pronunciamientos de la DGPPIP del MEF sobre ampliaciones de plazo, específicamente sobre la *ruta crítica del programa de ejecución del proyecto* y se evidencia la aplicación del régimen de obras por impuesto, el Informe N° 158-2018-EF/68.03 *“la Entidad Pública debe considerar si la causal que origina la solicitud de ampliación de plazo modifica la ruta crítica de la obra al momento de ser solicitada”* [4] (puesto en conocimiento a través del Oficio N° 172-2018-EF/68.03) posteriormente señaló también en el Informe N° 052-2020-EF/68.02 que la ruta crítica del proyecto es *“aquella secuencia que no puede presentar atrasos pues originaría un desfase en el plazo de ejecución de un proyecto”*, [3] (puesto en conocimiento a través del Oficio N° 056-2020-EF/68.02)

C. Resolución de contrato.

En este punto, mostraremos un cuadro comparativo entre lo regulado por la Ley de Contrataciones con el Estado y la Ley de Obras por Impuestos

Tabla 5

Tratamiento de la resolución de contrato en el régimen de la Obra pública regular y el mecanismo Oxl.

Contrato de Obra pública	Convenio de Obra por impuestos
<p>La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación (Artículo 164.1 de RLCE)</p> <p>Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11. (Artículo 36.2 de LCE)</p> <p><u>El contratista</u> puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el</p>	<p>La entidad pública puede aprobar la resolución del Convenio cuando la empresa privada: 1. Incumpla de manera injustificada sus obligaciones establecidas en el Convenio, el TUO de la Ley N° 29230 y el presente Texto Único Ordenado; 2. Haya llegado al monto máximo de la penalidad; 3. Paralice injustificadamente la ejecución del proyecto, pese a haber sido requerido; 4. Haber realizado o admitido la realización de prácticas corruptas en relación al proyecto conforme lo previsto en el numeral 63.4 del artículo 63. (Artículo 84.1 del TUO del Reglamento)</p> <p><u>La empresa privada</u> puede resolver el Convenio cuando: 1. La entidad pública no cumpla con las condiciones previstas para iniciar el plazo de ejecución del proyecto; o, 2. La entidad pública no contrate los servicios de la entidad privada supervisora mediante la modalidad de contratación directa establecida en el artículo 114 dentro del plazo de sesenta (60) días calendarios a los que hace referencia el numeral 115.1 del artículo 115; o, 3. La entidad pública incumpla injustificadamente con solicitar la emisión del CIPRL o CIPGN u otras obligaciones a su cargo esenciales para su emisión, pese a haber sido requerida según el procedimiento establecido en el numeral 84.4 del presente artículo. 4. Se superen los montos máximos establecidos en artículo 72 (Artículo 84.2 del TUO del Reglamento)</p> <p>Cualquiera de las partes puede resolver el Convenio por caso fortuito o</p>

Contrato de Obra pública	Convenio de Obra por impuestos
artículo 165 (Artículo 164.2 de RLCE)	fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la ejecución del proyecto.(Artículo 84.3 del TUO del Reglamento)
Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato (Artículo 164.3 de RLCE)	

Fuente: Elaboración propia.

En ambos cuerpos normativos se establecen, básicamente, las mismas causales de resolución. Solo en el régimen del mecanismo se incluye la realización de prácticas corruptas como causal de resolución del convenio. Consideramos que esta se justifica como tal en la medida que la Empresa Privada se constituye en un socio de la Entidad Pública, por lo que la tolerancia a la corrupción llega a ser nula. Sin embargo, la resolución del convenio no es un imperativo sino por el contrario es potestativo. De igual modo, en el régimen de obra pública también puede (de forma potestativa) declararse nulo o tomarse como un incumplimiento injustificado a una obligación legal y dar lugar a una causal de resolución conforme el artículo 164.1., claro, esto es si el hecho se ha producido antes de celebrado el contrato. Por el contrario, si el hecho se ha producido después del suscrito el contrato se tiene lo establecido en la Opinión N° 036-2012/DTN, donde los "*(...) impedimentos se aplican en la etapa de selección de proveedores y/o para la suscripción de nuevos contratos, precisamente, porque constituyen impedimentos para adquirir la calidad de participante, postor o contratista, no siendo aplicables a contratos vigentes o en ejecución.*" [4]

D. Penalidades.

En este punto, mostraremos un cuadro comparativo entre lo regulado por la Ley de Contrataciones con el Estado y la Ley de Obras por Impuestos.

Tabla 6

Tratamiento de las penalidades en el régimen de la Obra pública regular y el mecanismo Oxl.

Contrato de Obra pública	Convenio Obra por impuesto
<p>El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales (Artículo 161.1 del RLCE)</p> <p>La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades (Artículo 161.2 del RLCE)</p> <p>En caso de retraso injustificado del <u>contratista</u> en la ejecución de las <u>prestaciones</u> objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente. (Artículo 162.1 del RLCE)</p>	<p>En caso de retraso injustificado de la <u>empresa privada</u> en la ejecución de sus <u>obligaciones</u> derivadas del Convenio, la entidad pública le aplica automáticamente la penalidad. (Artículo 83.1 del TUO del Reglamento)</p>

Fuente: Elaboración propia.

En igual sentido, tenemos que respecto de la regulación de las penalidades ambos cuerpos normativos son bastante similares, lo que nos sugiere que en obras por impuestos podemos tener similar incidencia en paralizaciones sobre penalidades que en obra pública representa un 5.15% del total de controversias según el Reporte de Obras Paralizadas 2019 de la Gerencia de Control de Servicios Públicos Básicos de la Contraloría General de la República.

Capítulo III

Hipótesis y Variables

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis general.

La relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada en el régimen de Obras por Impuestos en el Perú tiene naturaleza jurídica de convenio de financiamiento

3.1.2. Hipótesis específicas.

En la normatividad peruana, el contrato de construcción y el convenio de financiamiento esta conceptualizado de manera deficiente.

No se encuentra regulado adecuadamente el régimen del mecanismo de obras por impuestos en el Perú

3.2. Operacionalización de variables

3.2.1. Variable independiente.

Naturaleza jurídica de la relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada

3.2.2. Variable dependiente.

El régimen de Obras por Impuestos en el Perú

Capítulo IV

Metodología del Estudio

4.1. Método, Tipo o alcance de investigación

4.1.1. Método.

Cualitativo, porque la presente no desea medir el fenómeno social objeto de nuestra investigación, por el contrario lo que buscamos es describir el fenómeno desde un punto de vista teórico y revisión documental.

4.1.2. Tipo o alcance.

Nuestro trabajo se enmarca en una investigación básica (teórica), porque tenemos un fin teórico e intelectual relacionados a la sociedad; por cuanto el conocimiento que generaremos no busca resolver en forma directa un problema de la sociedad sino más bien en forma indirecta desde la distinción de la categoría de contrato de construcción y convenio de la administración, esto, en la medida que nuestro trabajo abordará la imprecisión en el régimen del mecanismo de Obras por Impuestos, respecto a la naturaleza jurídica del convenio de inversión pública, de si es contrato de construcción o convenio administrativo.

4.2. Diseño de la investigación

Descriptivo – Explicativo, porque nuestro trabajo alcanza a conocer la regulación de la relación bilateral entre la empresa privada y la entidad pública en el régimen de obras por impuestos en el Perú a partir de otras investigaciones y el tratamiento de las categorías de contrato de construcción y convenio administrativo; con ello, explicamos la naturaleza jurídica de esta relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada en el régimen de Obras por Impuestos en el Perú.

4.3. Población o muestra

4.3.1. Población.

Muestra: Ley peruana sobre contrato de construcción y así como el régimen de la Ley N° 29230 (entendemos como régimen a toda la normatividad legal y reglamentaria que desarrolle la Ley, así como las opiniones de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas).

4.3.2. Tipo o alcance.

No Probabilístico – intencionado o criterial pues responde a la decisión o intención del investigador

4.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Las técnicas que utilizaremos es el análisis documental. El instrumento que utilizamos es la ficha de análisis de contenido, elaborada a partir de los conceptos desarrollados en el marco teórico sobre la base de las dimensiones, indicadores e índices

4.5. Técnicas de análisis de datos

Se recopiló información de Derecho de la Construcción, de Convenio de la Administración y del mecanismo de obra por impuestos a fin de describir estas figuras, con la finalidad de poder analizarlas y llegar a definir las.

Capítulo V

Resultados y Discusión

5.1. Resultados y análisis

1. A partir del análisis documental y utilizando las fichas de análisis de contenido, se pudo conocer de qué manera se conceptualiza el contrato de construcción y el convenio de financiamiento en el Perú en la normatividad peruana. En tal sentido, tenemos lo siguiente:
 - (i) La normatividad peruana conceptualiza de manera deficiente al contrato de construcción, debido a que (i.a) el término “obra” que resulta muy genérico para establecer de él únicamente al contrato de construcción, (i.b), el código civil no regula los contratos de construcción no tradicionales, por cuanto, “solo se enfoca en la construcción” [120] Garcia, (2020), con lo que podemos decir que no desarrolla los sistema Diseño y Construcción, de Gerencia, o el IPD, (i.c), el código civil en el contrato de obra establece derechos, responsabilidades y procedimientos, así mismo identifica, asigna y transfiere riesgos, pero no hace ver al contrato como una herramienta de planificación, (i.d) la industria de la construcción y la gestión de proyectos tienen claro que debe aprovecharse el trabajo colaborativo, por el contrario la regulación del contrato de obra en el código civil no busca la colaboración sino lo adversarial;
 - (ii) La normatividad peruana conceptualiza de manera deficiente el convenio de financiamiento de la administración, en principio porque el convenio de la administración no tiene un desarrollo normativo, lo que a su vez genera que la doctrina no haya estudiado esta figura y, peor aún, no se ha tratado ni estudiado el convenio de la administración que conlleve un financiamiento

como objeto, como lo es el convenio de inversión pública del mecanismo de obra por impuestos.

2. Se logró analizar la regulación del régimen del mecanismo de obras por impuestos en el Perú. En tal sentido, se pudo llegar al resultado que no se encuentra regulado adecuadamente en la medida que la norma si bien lo reconoce como “convenio” tiene un artículo que considera que un sector de estos tiene naturaleza jurídica de contrato de construcción. Asimismo, revisada la regulación de las actuaciones administrativas que pueden darse en la ejecución del convenio existe similitudes con la regulación que se ha propuesto para el régimen de contratación pública, es decir, se impone una regulación de naturaleza contractual a un elemento de naturaleza convenial.

5.2. Discusión de resultados

Estando a este punto debo señalar que mediante la ficha de análisis de contenido se logró explicar que la relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada en el régimen de Obras por Impuestos en el Perú tiene naturaleza jurídica de convenio, porque a diferencia de la figura contractual, el convenio no tiene ánimos de lucro lo que concuerda con el interés que tienen las partes intervinientes en el convenio de obra por impuestos.

Estos resultados no concuerdan con lo que sostienen por un lado Méndez (2016) quien encuentra coherente que el mecanismo constituya un régimen especial de contratación pública a la luz de la Opinión N° 069-2013/DTN del Organismo de Supervisor de las Contrataciones del Estado, no discutiendo la posibilidad que sea un convenio. Y por otro lado, Rodríguez (2017) quien encuentra erróneo el uso del término “convenio” -según indica- porque en el Sistema Jurídico Peruano la convención o convenio abarca cualquier tipo de relación jurídica (nótese que el autor equipara ambos términos), además, porque -según señala y sin sustento alguno- encuentra como propias y excluyentes del contrato algunas obligaciones y condiciones como son: la emisión del CIPRL o el CIPGN, la obligación de transferir al Estado el proyecto

ejecutado, la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones, los mecanismos de solución de controversias, las concesiones recíprocas, la existencia del cuaderno de obra, y la forma de recepción del proyecto.

Del mismo modo, respecto de nuestras hipótesis específicas mediante la ficha de análisis de contenido y considerando los hallazgos descritos en el acápite anterior 5.1 se logró conocer que en la normatividad peruana el contrato de construcción y el convenio de financiamiento está conceptualizado de manera deficiente, del mismo modo, no se encuentra regulado adecuadamente el régimen del mecanismo de obras por impuestos en el Perú.

La diferencia entre el contrato y el convenio que hemos evidenciado en este trabajo ayuda a reconocer las principales virtudes del convenio como categoría jurídica; lo que permite, a su vez, que al generalizar esta perspectiva a otro tipo de convenios, se mejore la relación Estado y Sociedad y la administración pública pueda cumplir sus fines que cada vez son más exigibles por la sociedad y muchas veces no cumplibles por parte de ella en la forma tradicional que es la figura contractual.

Conclusiones

1. En esta tesis se explicó la naturaleza jurídica de la relación bilateral entre la Entidad Pública y la Empresa Privada en el régimen de Obras por Impuestos en el Perú. Lo más importante de explicar la naturaleza jurídica de esta relación bilateral fue que permitió advertir las diferencias que existe entre la figura contractual y el convenio de la administración. Lo que más ayudó en esta explicación fue conocer las diferentes formas que tiene la administración para manifestar sus actuaciones y lo más difícil fue el poco desarrollo doctrinal en el ámbito nacional de la figura contractual de la administración así como del convenio de la administración.
2. En esta tesis se conoció la conceptualización del contrato de construcción y el convenio de financiamiento en la normatividad peruana. Lo más importante de esta conceptualización fue que permitió advertir las nuevas tendencias de la industria de la construcción y de la gestión de proyectos, asimismo, respecto del convenio de la administración, su potencial para generar un trabajo colaborativo. Lo más difícil fue el poco desarrollo doctrinal en el ámbito nacional del contrato de construcción de la administración.
3. En esta tesis se analizó la regulación del régimen del mecanismo de obras por impuestos en el Perú. Lo más importante de este análisis fue advertir que este régimen, si bien reconoce a la relación jurídica objeto de esta investigación como un convenio, considera que un sector de estos convenios tiene naturaleza jurídica de contrato de construcción, con lo que se impone una regulación de naturaleza contractual a un elemento de naturaleza convenial. Lo que más ayudo en este análisis fue comparar las regulaciones del contrato de obra pública con el del convenio de inversión pública de obras por impuestos.

Recomendaciones

1. Se recomienda a la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas y a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada que, para ir acorde con los intereses que mueven a las partes que participan en el mecanismo y para hacerlo aún más eficiente, debe modificarse el régimen de Obras por Impuestos respecto de aquellos extremos que hacen adversarial a esta relación jurídica, lo que permitirá generar trabajo colaborativo, carácter que no es advertido como potencialidad del mecanismo de obras por impuestos y que la industria de la construcción está implementando.

2. Se recomienda la elaboración y aprobación de una regulación especial sobre el convenio de la administración como figura independiente del contrato administrativo, por cuanto ambas figuras son distintas por la finalidad de los intereses que tienen por objeto, y permitirá el uso más recurrente del convenio por parte de la administración.

Referencias Bibliográficas

Abruña Puyol, Antonio (2010). Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano. Lima: Palestra Editores.

Albújar, Alex; Santa Cruz, Enrique; Albújar, Julia; Gómez, Elizabeth; Quezada, Karina; Terrones, Silvia (2016). Obras por Impuestos: factores que promueven la participación de la empresa privada. Lima

Alli Aranguren, Juan – Cruz (2004). Derecho administrativo y globalización. Madrid: Editorial Civitas.

Bravo Dueñas, Eliana Mara, Durand Gomez, Claudia Lucila, Mejia Azañero, Jessica Lucila, Ramirez Veliz, Enrique Mauricio & Tuesta Arévalo, Alan Martín (2018). Disminuir la brecha de infraestructura mediante el mecanismo de obras por impuestos Caso de estudio: Obras por impuestos ejecutadas por Compañía Minera Antamina en la región Ancash (Tesis de Maestría). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima. Recuperado de https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/624016/Bravo_D_E.pdf?sequence=15&isAllowed=y

Camacho Zegarra, María Augusta (2019). Derecho Económico, Financiero y Bancario. Lima.

Cámara de Comercio de Bogotá Fundación Ideas para la Paz (2019) Obras por Impuestos: Medida para transformar las zonas más afectadas por el conflicto armado en Colombia. Recuperado <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/22902/ObrasxImpuestos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Campos Medina, Alexander y Bedoya Aranda, Nickoll (2020). Hacia la administración contractual colaborativa en la obra pública en el Perú: propuestas de aplicación. Derecho & Sociedad Asociación Civil N55. Lima, 163-174. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23240/22229>

Cassagne, Juan Carlos (2007). El contrato administrativo en la actualidad. Cuestiones de Contratos Administrativos. Buenos Aires, 631-647

Castillo Freyre, Mario (2020). Contratos típicos. Colección “Lo esencial del Derecho” N° 47. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Congreso de la República (2016) Comisión de Constitución y Reglamento. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272. Recuperado.

https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivos_dl_1272.pdf

Contraloría General de la República (2019), Reporte de Obras Paralizadas de la Gerencia de Control de Servicios Públicos Básicos. Recuperado

https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2019/Reporte_Obras_Paralizadas.pdf

Danós Ordoñez, Jorge (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. Revista de Derecho Administrativo N° 2, 9-44. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>

Fernández Farreres, Germán (2014). Sistema de Derecho Administrativo II. Navarra: civitas.

Fernández Scagliusi, María de los Ángeles (2015). La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis: ¿Nuevas tendencias coyunturales o definitivas?. Madrid: tecnos.

Fleischmann Chadwick, Hernán y León Lira, Juan Ignacio (2018). El programa de trabajo como fuente de obligaciones en el contrato. Derecho de Construcción: Análisis dogmático y práctico. Santiago, 93-116.

Flores Rivas, Juan Carlos (2018). Aspectos generales de los convenios mandatos en obras públicas. Derecho de Construcción: Análisis dogmático y práctico. Santiago, 261-276.

Flores Vila, Betty Antonia, Fernández Jibaja, Johan Bristol & Moreno Guzman, José Antonio (2018). Efectividad de la iniciativa privada en la priorización de proyectos de inversión pública a nivel local en el marco del régimen de obras por impuestos (Tesis de Maestría). Universidad del Pacífico. Lima. Recuperado de https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/2137/Betty_Tesis_maestria_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Fischer Martin, Aschraft Howard, Reed Dean y Khanzode Atul (2019). Integrating Project Delivery: Wiley Blackwell

Franco Regjo, Eric (2020). La incorporación de procesos colaborativos en el contrato para lograr proyectos de construcción de alto desempeño. Derecho & Sociedad Asociación Civil N55. Lima, 175-195. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/23241/2230>

Fraser Fritis, Alan (2018). Desarrollo de un proyecto. Derecho de Construcción: Análisis dogmático y práctico. Santiago, 116-134.

Garizábalo Alfaro, Liliana & Vargas Rodríguez, Myriam Edith (2019). Análisis económico del mecanismo obras por impuestos (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/42975/MONOGR>

[AFIA%20ANALISIS%20ECONOMICO%20DEL%20MECANISMO%20OBRA S%20POR%20IMPUESTOS.pdf?sequence=4&isAllowed=y](#)

García-Trevijano Garnica, Ernesto (1996). La resolución del contrato administrativo de obra. Madrid: Editorial Montecorvo.

García Valdez, Leandro (2020). El contrato de construcción privado, Consecuencias jurídicas de la elección del *Project delivery system*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.

González – Varaz Ibañez, Santiago (2012). Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV. Navarra: Editorial Civitas.

Graham Milla, Lizett Karen & Huanca Palomino, Lisel (2017). Inversión en salud: obras por impuestos en el nivel nacional a partir de la experiencia regional (Tesis de Maestría). Universidad del Pacífico. Lima. Recuperado de https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1700/Lizett_Tesis_Maestría_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Guio Castillo, Virgilio (2001). Productividad en obras de construcción: Diagnóstico, Crítica y Propuesta. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Haytham Besaiso, David Wright, Peter Fenn and Margaret Emsely (2016). A Comparison of the Suitability of FIDIC and NEC Conditions Of Contract In Palestine. The Construction, Building and Real Estate Research Conference of the Royal Institution of Chartered Surveyors. Canada. Recuperado: <file:///C:/Users/Jose%20RK/Downloads/AComparisonoftheSuitabilityofFIDICandNECConditionsofContractinPalestine.pdf>

J. Coviello, Pedro J. (2011). ¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales. Derecho Administrativo Iberoamericano. Buenos Aires, 49-70

Landa, Cesar (2008). Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993. Constitución Económica del Perú. Lima, 51-70

Linares Jara, Mario (2009). Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa. Revista de Derecho Administrativo N° 7 Lima, 175-190

Meilán Gil, José Luis (2011). Una concepción iusadministrativa de los contratos públicos. Derecho Administrativo Iberoamericano. Buenos Aires, 359-382

Melgarejo Tarazona, Raúl Kenyi & Sare Campos, Santos Jesús (2015). Contribución del Régimen de Obras por Impuestos de la Ley 29230 en la Eficiencia y Ejecución de Proyectos de Inversión Pública (Tesis de Grado). Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo. Recuperado de:
<https://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/1041/T-15-2139.raul%20melgarejo%20-%20santos%20sare.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Méndez – Vásquez, Diego (2016). Naturaleza y régimen jurídico de las obras por impuestos (Tesis de Pregrado). Universidad de Piura. Piura. Recuperado de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2476/DER_055.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ministerio de Economía y Finanzas (2020), PREGUNTAS FRECUENTES Reactivación de Obras por Impuestos. Recuperado https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_publica/docs/capacitaciones/at/Preguntas_y_respuestas_frecuentes_reactivacion_obras_por_impuestos.pdf

Minnicelli, Alessandra (2013). Eficacia, ideas y tensiones para la articulación actual de políticas públicas y derecho administrativo. Buenos Aires: Editorial Arlántida.

Monasterio Escudero, Carlos (2015). Enseñanzas de la Crisis Financiera para la Estabilidad Presupuestaria y el Control del Sector Público. Revista Española de Derecho Constitucional ISSN-L: 0211-5743, núm. 105, septiembre-diciembre (2015), 51-76. Recuperado de:
<file:///C:/Users/Jose%20RK/Downloads/Dialnet-EnseñanzasDeLaCrisisFinancieraParaLaEstabilidadPre-5284353.pdf>

Molina Zaldívar, Carlos y Ríos Salas, Víctor (2016). Derecho de la Construcción. Santiago.

Moreno, Anthony H. (2021). Presentaciones del Curso: «Herramientas para la Inversión Pública: PMO, Contratos Colaborativos y BIM»

Morón Urbina, Juan Carlos (2017). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Mosey, David (2019). Collaborative Construction Procurement and Improved Value. UK: Wiley Blackwell.

Nieto, Alejandro (2001). Estudios de derecho y ciencia de la administración. Madrid.

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

Prialé Ugás, Miguel (2014). Obras por Impuestos: ventajas, desventajas y desafíos. Recuperado
https://deeconsultores.pe/resources/pdf/articulo_201402.pdf

Project Management Institute, (2017) Guía de los Fundamentos para la Dirección de Proyectos (Guía del PMBOK). 6ta Ed. Pensilvania.

Project Management Institute, (2021) El Estandar para la Dirección de Proyectos y Guía de los Fundamentos para la Dirección de Proyectos (Guía del PMBOK). 7ma Ed. Pensilvania.

Rivero Ortega, Ricardo (2012). La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Madrid: INAP

Rivero Ysern, Enrique (1976). Las relaciones interadministrativas. Revista de Administración Pública N° 80, 39-81. Recuperado de:
<file:///C:/Users/jrojas/Downloads/Dialnet-LasRelacionesInteradministrativas-1102210.pdf>

Rodriguez de Santiago, José María (2016). Metodología del derecho administrativo, Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Rodriguez Pacheco, Jorge Alberto (2017). Contrato de obras por impuestos. el régimen legal de las solicitudes de mayores obras o impactos económicos (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Recuperado de
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/10238/RODRIGUEZ_PACHECO_CONTRATO_OBRAS_POR_IMPUESTOS_EL_REGIMEN_LEGAL_DE_LA_SOLICITUDES_DE_MAYORES_OBRAS_O_IMPACTOS_ECONOMICOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rodríguez Pinto, María Sara (2018). Cargas de colaboración y distribución de riesgos en el contrato. Derecho de Construcción: Análisis dogmático y práctico. Santiago, 25-46.

Romero Ysern, Antonio (2015) Qué bueno que el agujero no estás a nuestro lado. Recuperado de:
<http://filosofiasanblas.blogspot.com/2015/07/que-bueno-que-el-agujero-no-estas.html>

Ruiz Vásquez, Úrsula (2015). Obras por impuesto: alternativa de responsabilidad social corporativa. *Tiempo de Opinión*, 34-43. Recuperado.

https://www.esan.edu.pe/publicaciones/2015/12/03/ruiz_obras_impuestos_alternativa_responsable.pdf

Sánchez Povis, Lucio Andrés (2016). La Nueva Relación Público-Privada en el Ordenamiento Jurídico-Administrativo Peruano a la luz del actual Régimen de Obras por Impuestos. *Revista de Derecho Administrativo* N° 16, 279-298. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16305/16716>

Tobón Giraldo, Ana María & Vieco Panesso, Luis Camilo (2019). Obras por Impuestos: Metodología para su implementación en el Municipio de Medellín (Trabajo de Grado). Universidad EAFIT. Medellín. Recuperado de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/13811/AnaMaria-Tobon_LuisCamilo_Vieco_2019.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Tomas, Ricardo y Guclielminetti, Ana (2008). *Ley 13.064 de Obras Públicas, Comentada y anotada*. Argentina: Abeledo Perrot.

Torres Manrique, Fernando Jesús (2011). *Contratos de financiamiento: crédito, titulación, factoring, leasing*. Recuperado de:

<https://www.gestiopolis.com/contratos-de-financiamiento-credito-titulizacion-factoring-leasing/>

Torres Osoreo, Carla Cecilia (2018). *La inversión pública ejecutada por el sector privado en el marco del mecanismo de obras por impuestos cuenta con características que permiten su reporte como parte de las políticas de responsabilidad social empresarial del sector minero* (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Recuperado de

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/10255/TO>

[RRES OSORES CARLA INVERSION PUBLICA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)

Tovar Gil, María del Carmen y Ferrero Diaz, Verónica (2020). Comentarios al artículo 1771 del Código Civil Peruano. Libro VII Fuentes de las Obligaciones. 148-159. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Vickers, John y Yarrow George (1991). Un análisis económico de la privatización. Mexico: Fondo de Cultura Económica.

Vio Carrasco, Jaime Andrés (2017). La estrategia de ejecución de proyectos ipd (integrated project delivery) situación actual y tendencias (Tesis de Pregrado). Universidad de Chile. Saniago. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/145241/La-estrategia-de-ejecucion-de-proyectos-IPD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Wageman Farfan, Alex y Mereminskaya, Elina (2018). La formación del consentimiento en el contrato de construcción de obra privada: El rol de las aclaraciones y respuestas a consultas. Derecho de Construcción: Análisis dogmático y práctico. Santiago, 07-24.

Zilli de Miranda, Martha (2007). El empréstito público ¿contrato administrativo?. Cuestiones de Contratos Administrativos. Buenos Aires, 785-800