

Contratación pública y la experiencia de los Juegos Panamericanos. El modelo de gestión que promueve el gobierno.

Public procurement and the experience of the Pan American Games. The management model promoted by the government.

Juan Carlos Medina Flores

Juan Carlos Medina Flores es abogado por la Universidad San Martín de Porres, con estudios de postgrado en derecho corporativo, arbitraje y contratación pública. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho y de la Asociación Peruana de Derecho de la Construcción. Abogado del Estudio Ehecopar, asociado a Baker & Mckenzie International. Juancarlos.medina@bakermckenzie.com

RESUMEN

Entre julio y septiembre del 2019 se llevaron a cabo en Lima los XVIII Juegos Panamericanos y Sextos Juegos Parapanamericanos, el mayor evento deportivo organizado y ejecutado por el Perú. Para llevar a cabo este gran reto, el Proyecto Especial a cargo de la preparación y desarrollo de los Juegos utilizó diferentes herramientas de contratación y gestión que le permitieron cumplir a tiempo con las obligaciones que el Perú asumió como país organizador.

En la actualidad, el Gobierno viene promoviendo el modelo de gestión que se empleó en los Juegos Panamericanos para la ejecución de inversiones y, a su vez, diferentes Entidades, tales como la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Ministerio de Salud han suscrito o se encuentran próximos a suscribir contratos con otros Estado con características similares al suscrito con el Reino Unido para los Juegos Panamericanos.

En atención a ello, cada vez son más las Entidades que buscan replicar dicho modelo para lograr sus propios objetivos institucionales, muchas veces, sin conocer

ABSTRACT

Between July and September of 2019, the XVIII Pan American Games and Sixth Parapan American Games, the largest sporting event organized and executed by Peru, were held in Lima. To carry out this great challenge, the Special Project in charge of the preparation and execution of said games used different contracting and management mechanisms and tools that allowed it to comply in time with the obligations that Peru assumed as the organizing country.

Currently, the Government is promoting the management model used in the Panamerican Games for the execution of the public investments. Also, different government bodies, such as the Ministry of transport and communications and the Ministry of Health, have executed or are about to execute contracts with other Governments with similar characteristics to the one executed for the Panamerican Games with the United Kingdom.

In this regard, more and more Entities are seeking to replicate this model to achieve their own institutional objectives, often with no knowledge about the scope of the main mechanisms used to achieve the

los alcances de los principales mecanismos empleados para el logro del éxito de los Juegos Panamericanos.

Debido a la trascendencia que viene adquiriendo este tema, en el presente artículo desarrollaré, desde mi experiencia, algunos de los principales aspectos del modelo empleado en los Juegos Panamericanos, con especial énfasis en el Contrato de Gobierno a Gobierno, a efectos de promover el debate sobre su conveniencia.

PALABRAS CLAVE

Contratos de Gobierno a Gobierno | Juegos Panamericanos | Contratación Pública | Proyectos de Infraestructura | Modelo de Inversión

success of the Pan American Games.

Due to the importance of this matter, in this article I will describe, from my experience, some of the main aspects of the model used in the Panamerican Games, with special emphasis in the Government to Government Contract, in order to promote the debate about its convenience.

KEY WORDS

Government to Government Agreement | Panamerican Games | Public Contracts | Infrastructure Projects | Public Investment models

SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 15 de diciembre de 2019 y aprobado para su publicación el 20 de junio de 2020.

SUMARIO

1. Presentación del tema; 2. El Contrato de Gobierno a Gobierno, 2.1. Reconocimiento en la normativa nacional, 2.2. El Contrato de Gobierno a Gobierno celebrado para los Juegos Panamericanos; 3. Los procesos de Contratación llevados a cabo mediante el Acuerdo de Gobierno a Gobierno de los Juegos Panamericanos, 3.1. Características de los procedimientos de selección, 3.2. Etapas de los procedimientos de selección realizado a través del Gobierno a Gobierno; 4. Los Convenios de Administración de Recursos; 5. El empleo de Contratos NEC; 6. La Oficina de Gestión de Proyectos (PMO); 7. Conclusiones y Recomendaciones; 8. Bibliografía

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

En la LI Asamblea General de la Organización Deportiva Panamericana (ODEPA o Panam Sports) se eligió a la ciudad de Lima como sede de los XVIII Juegos Panamericanos del 2019. Por ello, el 11 de octubre de 2013 la ODEPA y el Comité Olímpico Peruano (COI), con participación de la Municipalidad de Lima, suscribieron el Acuerdo de Responsabilidades y Obligaciones para la organización de dichos Juegos, en el que se definieron las condiciones bajo las cuales se organizarían y ejecutarían los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos del 2019 (en adelante, los “Juegos”). Entre las obligaciones asumidas por el Estado peruano se encontraban las de proveer una Villa Panamericana, organizar las ceremonias de apertura y clausura para los Juegos Panamericanos y Juegos Parapanamericanos, asumir gastos de hospedaje y transporte de los atletas y oficiales, elaborar programas culturales, entre otros.

Luego de varios años de preparación de los Juegos, estos se llevaron a cabo entre los

meses de julio y septiembre del 2019, habiendo sido calificados por el propio Presidente de Panam Sports como “los mejores juegos de la historia”¹.

Como resultados positivos de la ejecución de los Juegos, de acuerdo a lo señalado por el Director Ejecutivo del Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos del 2019², podemos destacar que en estos participaron más de 13 mil voluntarios, se generaron más de 500 mil puestos de empleo, resultaron beneficiadas más de 302 MYPE, más de 750 mil personas asistieron a las competencias y, con ello, se generó más de 5.2 mil millones de Soles de actividad económica para el país. Además de las cifras económicas, podemos señalar que en dichos juegos participaron 731 deportistas y para deportistas peruanos, quienes consiguieron 54 medallas en su participación en los distintos deportes.

De igual forma, la Cámara Peruana de Turismo (CANATUR) ha indicado que llegaron al país alrededor de 50 mil turistas extranjeros y se movilizaron 100 mil visitantes de diferentes regiones del país debido a los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos. Asimismo, se ha estimado que el impacto mediático internacional que ha obtenido el evento fue de 1,086 millones de Dólares³.

Ahora bien, para llevar a cabo este mega evento deportivo, mediante Decreto Supremo N.º 002-2015-MINEDU se creó el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los Juegos XVIII Juegos Panamericanos del 2019 (en adelante, el “Proyecto Especial”), como una Unidad Ejecutora bajo el ámbito del Ministerio de Educación⁴.

El Proyecto Especial tuvo que desplegar una gran cantidad de actividades, entre las que se encontraba la contratación masiva de bienes, servicios y obras. Para viabilizar la ejecución de estos grandes paquetes de contratación en el corto tiempo con el que se contaba, mediante los Decretos Legislativos Nos. 1248 y 1335 se aprobaron una serie de medidas y herramientas para el Proyecto Especial, a fin de asegurar que el Estado peruano cumpla con sus compromisos internacionales asumidos.

De esta manera, el Proyecto Especial empleó para la organización de los Juegos diferentes herramientas de contratación, tales como convenios de encargo de procedimientos de selección a organismos internacionales, convenios de administración de recursos con organismos internacionales, la contratación de Gobierno a Gobierno o entre Estados, el mecanismo de obras por impuestos, contrataciones con proveedores extranjeros no sujetas a la normativa de contrataciones del Estado, convenios interinstitucionales, así como procesos de contratación bajo la normativa de contrataciones del Estado.

Es importante dejar claro desde un principio que el Proyecto Especial no fue excluido

1 Declaración de Neven Ilic Álvarez, Presidente de Panam Sports. En: <https://www.panamsports.org/es/news-sport/hemos-tenido-los-mejores-juegos-panamericanos-de-la-historia/>

2 En ponencia realizada en el III Congreso Nacional de Construcción, el 21 de noviembre de 2019.

3 En: <https://gestion.pe/fotogalerias/lima-2019-las-principales-cifras-economicas-que-dejaron-los-panamericanos-noticia/>

4 Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N.º 1335, se dispuso la transferencia del Proyecto Especial al ámbito del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

del ámbito de aplicación de del régimen general de contratación estatal⁵, sino que se le habilitó el uso de diversas herramientas adicionales de contratación.

Conforme se puede advertir, lejos de lo que algunos piensan, los Juegos Panamericanos no se ejecutaron únicamente empleando contratos de Gobierno a Gobierno o los contratos NEC, sino que, por el contrario, gran parte de las contrataciones se realizaron empleando el régimen general de contrataciones del Estado.

Ahora bien, recogiendo esta importante experiencia nacional en la gestión y ejecución de proyectos, el gobierno viene impulsando el uso de muchas de las herramientas empleadas en los Juegos Panamericanos y, en muchos casos, replicando el modelo entero.

Asimismo, diversas Entidades se encuentran llevando a cabo o explorando la posibilidad de ejecutar contrataciones de gobierno a gobierno como las usadas en los Juegos Panamericanos, a efectos de viabilizar sus propios proyectos.

Así, como ejemplos más recientes, tenemos la celebración del contrato con el gobierno del Reino Unido para la asistencia técnica en la ejecución de grandes obras de prevención y reconstrucción en las zonas del país que fueron afectadas por el fenómeno del niño costero⁶.

De igual forma, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones celebró en octubre de 2019 un contrato con el gobierno de Corea del Sur para la asistencia técnica en la ejecución del aeropuerto internacional de Chinchero en Cusco.

En atención a la relevancia que está teniendo la experiencia de los Juegos Panamericanos en el desarrollo de la normativa nacional y los modelos de ejecución de proyectos de las Entidades, a continuación, realizaré un breve análisis de los principales mecanismos de contratación y gestión empleados por el Proyecto Especial para el logro de los Juegos.

2. EL CONTRATO DE GOBIERNO A GOBIERNO

De acuerdo con Cassagne (s.f.)⁷ :

El panorama que ofrece la contratación pública resulta tan complejo como variado, siendo difícil concebir un régimen jurídico unitario que agrupe y contenga todas las formas contractuales a las que acude el Estado para alcanzar sus fines.

Conforme al citado autor, la contratación pública es compleja y no puede concentrarse en un único cuerpo normativo; por ello, muchas veces, dependiendo de las necesidades que se buscan atender o las circunstancias especiales que se presenten, se requiere de mecanismos o herramientas de contratación que no tienen desarrollo en la normativa general, tal como

5 Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento y demás normas reglamentarias.

6 Ver:<http://www.rcc.gob.pe/reino-unido-firmara-convenio-con-el-peru-para-dar-asistencia-tecnica-en-grandes-obras-de-reconstruccion/>

7 Cassagne, J. C. (s.f.). Características Principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Pág. 2. En:http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_caracterizacion_legal_de_las_contrataciones_de_la_Administracion_nacional.pdf

ocurre con los contratos celebrados entre dos Estados.

El empleo de este tipo de contratación, mediante la cual un Estado contrata bienes, servicios u obras que serán prestados por otro Estado conforme a los mecanismos y condiciones pactadas entre estos, permite que se logre una gran variedad de objetivos y beneficios para ambos Estados. Cabe indicar que este tipo de contratación se usa en el ámbito internacional mayoritariamente en el sector defensa; sin embargo, en nuestro país - donde inicialmente se empleaba mayormente también en el sector defensa⁸ - su uso se está extendiendo a otros sectores, tales como el deportivo y de salud.

En el caso del Estado contratante (quien adquiere los bienes, servicios u obras), se obtienen beneficios como el aprovechamiento de la experiencia y conocimientos del Estado contratista, el acceso a proveedores internacionales, el destaque de profesionales experimentados, la transferencia de conocimientos a sus profesionales nacionales, entre otros.

En el caso del Estado contratista (proveedor), además la retribución económica pactada, se destacan como beneficios la apertura de nuevos mercados para sus empresas, su reconocimiento como expertos en determinada materia y la creación de alianzas estratégicas. Ello, sin perjuicio de que estos contratos sirven como el gatillo para relaciones de colaboración a largo plazo entre los Estados.

2.1. Reconocimiento en la normativa nacional

La modalidad de contratación entre Estados ha merecido un escaso desarrollo en la normativa de contrataciones del Estado y la doctrina nacional. Ello, debido a que se trata de un supuesto al cual no le resulta aplicable la Ley de Contrataciones del Estado, por encontrarse fuera de su ámbito de aplicación⁹ y por las pocas experiencias que se tienen sobre el mismo. Sin embargo, puede advertirse una evolución respecto de su reconocimiento en las últimas normas de contratación pública nacional.

Inicialmente, durante la vigencia del derogado Decreto Legislativo N.º 1017 - en la cual no se hacía mención a la contratación entre Estados -, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) emitió la Opinión N.º 078-2012/DTN, mediante la cual estableció que:

A diferencia de lo que ocurre en un contrato celebrado bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, en el cual existe una evidente desigualdad entre las partes - si bien el privado colabora con la Entidad y goza de determinados derechos, la Entidad actúa en el ejercicio de la función administrativa y representa al Estado, adquiriendo especiales prerrogativas que le permiten tutelar el interés público subyacente a la contratación-; en el marco de una contratación de gobierno a gobierno, las partes son órganos u organismos de la administración pública de cada Estado contratante - ambos

8 Por ejemplo, el Satélite Perú SAT-1 fue adquirido para el Ministerio de Defensa a través de un contrato con el gobierno de Francia.

9 Internacionalmente, este tipo de contratos suelen encontrarse fuera del ámbito de las normas generales de contratación pública, así, por ejemplo, el artículo 7 de la Ley de Contratos del Sector Público de España, Ley 9/2017, establece que se excluyen de su ámbito de aplicación "los acuerdos celebre el Estado con otros Estados o con otros sujetos de derecho internacional".

soberanos-, que tutelan la satisfacción del interés público y bienestar de su respectiva nación.

Asimismo, la citada Opinión precisó que las contrataciones entre Estados:

se sujetan a las normas del Derecho Público de cada uno de los Estados contratantes –el cual regula la competencia y formalidades para la expresión de la voluntad y demás aspectos vinculados con la tutela de los recursos públicos involucrados-, las normas del Derecho Internacional y las reglas propias del Comercio Internacional, cuando menos.

Concluyendo que, aun cuando las contrataciones de Gobierno a Gobierno no estuvieran expresamente reguladas como un supuesto de inaplicación de la Ley de contrataciones del Estado, por su propia naturaleza y la calidad de los contratantes, se encontraban fuera del ámbito de aplicación de esta.

Posteriormente, la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, que sustituyó al Decreto Legislativo N.º 1017, reconoció expresamente a la contratación entre Estados como un supuesto excluido de su ámbito de aplicación sujeto a supervisión del OSCE, sin señalar ninguna condición o parámetro adicional. Esta norma, posteriormente, fue modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341, que incluyó la limitación de que el Estado contratado (proveedor) debía ejecutar las obligaciones objeto del contrato directamente, ya sea a través de sus propias entidades o dependencias o a través de sus empresas públicas.

La Ley N.º 30225 fue modificada nuevamente por el Decreto Legislativo N.º 1444, que, recogiendo la regulación desarrollada para los Juegos Panamericanos, amplió el alcance de la contratación entre Estados, señalando que el Estado contratado puede ejecutar las obligaciones objeto del contrato, ya sea directamente, o a través de empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras.

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.º 1444, el motivo de este cambio es que:

Se veía limitado el acceso a proveedores altamente especializados, con tecnología de última generación y con enfoque sostenible, así como se desaprovechaba la oportunidad de contar con especialistas y expertos que pudiesen desarrollar capacidades en nuestros funcionarios públicos; por ejemplo, en la ejecución de obras complejas y proyectos sostenibles de infraestructura.

Adicionalmente, debe destacarse que la citada Exposición de Motivos desarrolla las ventajas de la contratación entre Estados, señalando que constituye un mecanismo efectivo para reducir el riesgo de incumplimiento, puesto que el Estado contratante no querrá ver comprometido su prestigio ni resquebrajar las relaciones comerciales y diplomáticas con el Perú. Asimismo, señala que mediante este mecanismo se elimina el riesgo de contratar con un proveedor internacional desconocido, pues el Estado extranjero debe evaluar previamente a los contratistas que ejecuten las prestaciones en su representación, empleando mecanismos tales como la revisión de su contabilidad, análisis de riesgos presentes y futuros, calculando el valor actual de dicha empresa, lo que le permite excluir a los proveedores con mayor riesgo y garantiza la idoneidad del proveedor.

La mencionada exposición de motivos también señala que otro punto a favor de este mecanismo es que la negociación de estos contratos abre un espacio para que los proveedores realicen mejoras a su propuesta, teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia sobre el objeto de la contratación, lo que evidentemente resulta en mayores beneficios para el país. Además, debido a que la negociación y selección de los proveedores estará a cargo del Estado extranjero, el Estado peruano reduce la cantidad de horas hombre para la selección.

En esta línea, actualmente, el literal e) del numeral 5.1 del artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, aprobado por Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, regula como uno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de dicha ley, sujeto a supervisión por parte del OSCE, a las contrataciones que realice el Estado peruano con otro Estado.

Además, la Vigésima Primera Disposición Complementaria Final de dicha norma precisa que:

En las contrataciones que realice el Estado con otro Estado, la adquisición de bienes, contratación de servicios, ejecución de obras, la gestión, desarrollo u operación, pueden ser ejecutadas por el otro Estado a través de sus propios organismos, dependencias, empresas públicas o privadas nacionales o extranjeras.

A continuación, la citada disposición establece que este tipo de contratos se regulan por los alcances de derecho internacional y por las normas y principios del derecho internacional, sin identificar cuáles serían estos. En la práctica, se advierte que los Estados pactan libremente los contratos conforme a sus intereses, sometiéndolos expresamente en varios casos a la aplicación supletoria del Código Civil.

Asimismo, la citada disposición establece las formalidades que deben seguirse previamente para celebrar un contrato entre Estados. La contratación debe ser autorizada por Decreto Supremo refrendado por el titular del sector correspondiente, declarando de interés nacional el objeto de la contratación. Para estos efectos, se debe cumplir con las siguientes condiciones:

- (i) Indagación de mercado que permita identificar a los Estados que puedan cumplir con el requerimiento del Estado Peruano.
- (ii) Informe técnico-económico que compare las condiciones ofrecidas por los Estados interesados y evidencie las ventajas para el Estado peruano de contratar con otro Estado.
- (iii) Informe de la oficina de presupuesto del sector correspondiente que señale que se cuenta con el financiamiento necesario para dicha contratación, salvo que se requiera concertar una operación de endeudamiento, en cuyo caso, la misma debe estar contemplada en el Programa Anual de Endeudamiento del año respectivo.
- (iv) Declaratoria de viabilidad y/o aprobación en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, cuando corresponda.

De esta manera, aun cuando la norma no lo señale expresamente, el empleo de esta modalidad de contratación se encuentra ideada para Entidades adscritas a algún sector del

Gobierno Central.

De manera ilustrativa, puede citarse el Decreto Supremo N.º 021-2019-MTC, que en su artículo 1 declara de interés nacional la contratación del servicio para la asistencia técnica en la ejecución del proyecto del Aeropuerto Internacional de Chinchero de Cusco (AICC) y la autorización de la contratación de Estado a Estado; y, en su artículo 2, autoriza al Titular del Ministerio de Transportes y Comunicaciones a emitir los actos necesarios para la formalización de la contratación de Estado a Estado. En este caso, finalmente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contrató con el Gobierno de la República de Corea del Sur.

Ahora bien, la Vigésima Primera Disposición Complementaria Final del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado también establece que los contratos que se celebren pueden incluir cláusulas referidas a un plan de transferencia de conocimientos, plan de legado, implementación de una oficina de gestión de proyectos (PMO, por sus siglas en inglés) y la obligación de remitir la documentación sobre la ejecución del contrato por parte del otro Estado al OSCE y el Sistema Nacional de Control, cuando estos lo soliciten.

Como puede advertirse, aun cuando ha existido una evolución respecto del reconocimiento expreso de la contratación entre Estados en la normativa de contrataciones del Estado, esta aun contiene una breve regulación sobre esta figura. Ello, entiendo, a efectos de brindar a estos contratos la flexibilidad necesaria - considerando que se trata de un supuesto excluido del ámbito de aplicación de dicha normativa -, a fin de que cada Entidad pueda decidir el esquema y tipo de contrato que mejor se ajuste a sus necesidades y las características de sus proyectos.

En atención a ello, existen diversas Entidades que han aprobado directivas internas para la realización y ejecución de sus contrataciones de Estado a Estado. Sobre este aspecto, considero importante que las Entidades se cuiden de no establecer en sus normas internas procedimientos y requisitos que resulten excesivos o inflexibles, pues pueden ocasionar que sea inviable la contratación entre Estados. En la práctica, han existido casos en los que las contrataciones de Estado a Estado se han retrasado debido a la dificultad para cumplir con los requisitos establecidos por las propias Entidades.

2.2. El Contrato de Gobierno a Gobierno celebrado para los Juegos Panamericanos

En el ámbito específico de los Juegos, el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1248, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1335, autorizó al Proyecto Especial a emplear la contratación de Gobierno a Gobierno¹⁰ :

para la contratación de la gestión y la provisión de todas las prestaciones necesarias para la realización de los XVIII Juegos Panamericanos del 2019 y Sextos Juegos Parapanamericanos del 2019, incluyendo la contratación de los diferentes componentes de los proyectos de inversión viables; así como la realización de las acciones que resulten necesarias para ello. La contratación de Estado a Estado se regula bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional.

10 Debido a que se encontraba vigente la Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341, que exigía que las obligaciones del contrato de gobierno a gobierno sean ejecutadas directamente por el gobierno contratista (proveedor), para el Proyecto Especial se aprobó el Decreto Legislativo N.º 1335 que suprimía esta limitación.

Asimismo, la citada disposición precisó que:

Quando los convenios de Estado a Estado impliquen la gestión, desarrollo u operación, el Estado que realice las prestaciones de bienes, servicios u obras, podrá efectuarlo a través de sus propios organismos, dependencias, empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

Bajo el ámbito de esta habilitación especial, el Proyecto Especial celebró un contrato con el gobierno del Reino Unido (al que se le denominó “Entendimiento”) que tiene una estructura de tipo “acuerdo marco”, mediante el cual el mencionado gobierno se obliga a apoyar y asistir al Proyecto Especial en la organización exitosa de los XVIII Juegos Panamericanos y Sextos Juegos Parapanamericanos, así como desarrollar su capacidad para realizar eventos deportivos de carácter global, a cambio de la retribución pactada.

El Entendimiento con el Reino Unido prevé la participación del gobierno inglés en diferentes líneas de apoyo¹¹, tales como el desarrollo de las operaciones de los Juegos y el desarrollo de la infraestructura. Por consiguiente, contrario a lo que muchos piensan, este contrato no tuvo por objeto un simple encargo de procedimientos de selección, sino que la asistencia que brindó el Reino Unido al Proyecto Especial fue integral.

Así, el Entendimiento contenía los aspectos generales de las obligaciones de ambas partes, señalando las líneas de apoyo y las modalidades bajo las cuales se podría materializar el apoyo. Sin embargo, el desarrollo específico de cada línea de apoyo, así como el precio del mismo, se establecían por separado en Acuerdos de Implementación que se iban suscribiendo, según el Proyecto Especial fuera requiriendo la asistencia del Reino Unido¹².

Entre las modalidades de apoyo del Reino Unido, se encontraba la selección de proveedores de bienes, servicios y obras, por medio de un Agente de Procura, quien conducía los procedimientos de selección aplicando políticas y estrategias de contratación elaboradas para estos procesos, las cuales debían respetar los principios de competencia, transparencia y trato igualitario.

Debido a que uno de los motivos que lleva a la mayoría de las Entidades a evaluar la posibilidad de celebrar un contrato entre Estados es, justamente, realizar procedimientos de selección que serán llevados a través del Agente de Procura, como se hizo en los Juegos Panamericanos, he decidido referirme específicamente a estos procedimientos de selección en un apartado distinto.

11 De acuerdo con la Sección 2 del Entendimiento, las áreas de apoyo del Gobierno del Reino Unido al Proyecto Especial incluían, sin estar limitadas a ello, las siguientes:

- Equipo de iniciación de Operaciones.
- Socio de Ejecución de Operaciones.
- Socio de Ejecución Comercial.
- Oficina de Gestión de Proyectos de Legado (PMO).
- Apoyo en Legado.
- PMO de todo el Programa.
- Equipo de iniciación de infraestructura.
- Socio de ejecución de Infraestructura.

12 Así, por ejemplo, se celebró el Acuerdo de Implementación N.º 1 para el Equipo de Gestión del Programa, mediante el cual se conformó un equipo contratado por el Gobierno del Reino Unido que trabajaría con el PEJP en el monitoreo de la ejecución de todo el Programa de los Juegos.

Luego de lo expuesto, considero importante resaltar que, dado que no existe una regulación específica respecto del diseño de los contratos entre Estados, cada Entidad puede elegir la estructura que mejor se adapte a sus necesidades.

Así, por ejemplo, distinto al esquema contractual empleado en los Juegos Panamericanos (Entendimiento - como acuerdo marco - y acuerdos de implementación), en el caso del contrato celebrado entre el MTC y el Gobierno de la República de Corea del Sur para la prestación del servicio de asistencia técnica, a través de una Oficina de Gestión de Proyectos (PMO), durante las etapas de diseño, construcción y puesta en operación del Aeropuerto Internacional de Chinchero en Cusco, se ha empleado una estructura contractual más típica, previendo en un solo cuerpo las cláusulas que regulan todas las obligaciones de las partes.

Finalmente, cualquiera sea el esquema que se siga, nos encontramos frente a una figura contractual, por lo que debe cuidarse que, durante las negociaciones y ejecución del contrato, no se apliquen criterios propios de instrumentos no contractuales - que tienen un tratamiento normativo distinto -.

3. LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN LLEVADOS A CABO MEDIANTE EL ACUERDO DE GOBIERNO A GOBIERNO

Los contratos de gobierno a gobierno que se vienen suscribiendo recientemente tienen por objeto que los Estados contratados presten asistencia en la gestión de los proyectos. Así, estos Estados no son, por ejemplo, los ejecutores de obras. En cambio, se viene contemplando dentro de los contratos de gobierno a gobierno que el Estado contratado lleve a cabo procesos de selección para elegir de manera eficiente a los proveedores de bienes, servicios u obras de alta importancia o sofisticados con los que finalmente contratará el Estado peruano.

En relación con ello, en el caso de los Juegos Panamericanos, una de las actividades que realizaba el Reino Unido fue la de cumplir el rol de Agente de Procura. Ello implicaba que, a través de consultores contratados por dicho gobierno, se condujeran procedimientos de selección de proveedores en representación del Proyecto Especial. Estos procedimientos no se encontraban sujetos a la normativa de contrataciones del Estado, sino que se desarrollaron conforme a las políticas y estrategias de procura aprobadas especialmente para ello.

Estos procedimientos de selección se llevaron a cabo tanto para la contratación de importantes proyectos de infraestructura, como de bienes y servicios sofisticados. En todos los casos, el agente de procura determinaba qué proveedor presentó la mejor oferta y emitía una recomendación de contratación al Proyecto Especial. Finalmente, el Proyecto Especial decidía si aceptaba la recomendación y era quien contrataba¹³ y ejecutaba el contrato con el proveedor adjudicado.

Es importante precisar que el fin de estos procedimientos de selección no fue el de contratar de forma sumarisima y sin ningún control; tampoco tuvieron por finalidad evitar la aplicación de los principios que rigen toda contratación pública.

Por el contrario, estos procedimientos tuvieron una duración de varias semanas, dependiendo de su complejidad, y se desarrollaron en diferentes etapas. En su desarrollo, se

13 El Contrato era suscrito por el Agente de Procura en representación del Proyecto Especial, por lo que, finalmente, el contratante era el Proyecto Especial y no el Reino Unido.

brindó a los postores la posibilidad de formular las preguntas o pedidos de modificación de los documentos del procedimiento y se les proporcionó el tiempo suficiente para preparar sus mejores ofertas.

A manera de ejemplo de lo expuesto, se tiene que el procedimiento de selección llevado a cabo para la contratación de la ejecución de la sede “Polideportivo Villa El Salvador”, desde la suscripción y remisión del Compromiso de Integridad y Confidencialidad hasta la adjudicación del contrato, transcurrieron 3 meses.

3.1. Características de los procedimientos de selección

Precisado lo anterior, corresponde reseñar las principales características de los procedimientos de selección llevados a cabo mediante el Contrato de Gobierno a Gobierno celebrado con el Reino Unido:

i. No se rigieron por la normativa de contrataciones del Estado

Estos procedimientos de selección no se rigieron por la normativa de contrataciones del Estado, sino por las políticas y estrategias de procura desarrolladas y aprobadas específicamente para estos, conforme a buenas prácticas internacionales de procura y la experiencia del agente de procura dispuesto por el Reino Unido.

En estas políticas se diseñaban las fases de los procedimientos, los plazos de las mismas, el tipo de contrato a emplearse, las responsabilidades de los servidores del Proyecto Especial y del Agente de Procura, entre otros aspectos.

De igual forma, los contratos celebrados con los proveedores adjudicados no se rigieron por la normativa de contrataciones del Estado. En el caso de las contrataciones de bienes y servicios se elaboraron contratos específicamente para cada objeto contractual, conforme al Código Civil. En el caso de las obras, se empleó el contrato estándar internacional NEC 3, ECC, opción F (correspondiente al contrato de diseño y construcción, bajo la modalidad de contratista administrador), con ciertas adecuaciones para adaptarlo a la realidad peruana.

ii. No se requería que los proveedores contaran con RNP

En la medida que los procedimientos de selección no se llevaron a cabo bajo la normativa de contrataciones del Estado, no se exigió a los proveedores que participaron que contaran con inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) que administra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Ello, debido a que, por la complejidad de los bienes, servicios y obras contratados, se buscaba promover la mayor participación de postores nacionales y extranjeros, dado que en muchos casos no se contaba con un número considerable de postores nacionales.

iii. Procedimientos Electrónicos.

Para el desarrollo y gestión de estos procedimientos de selección se empleó una plataforma informática especial (Portal Award).

En esta plataforma se emitían comunicaciones para todos los participantes, se publicaban los documentos licitatorios, se presentaban las consultas o pedidos de los

proveedores, se presentaban íntegramente las ofertas y otros documentos requeridos a los proveedores, entre otras actuaciones. Solo algunas actuaciones, como la convocatoria de los procedimientos y el registro de las empresas interesadas, no se realizaron a través de esta plataforma.

Para efectos de las acciones de control correspondiente, se dio acceso a la Contraloría de la República a esta plataforma.

iv. Publicidad y transparencia

Las convocatorias a los procedimientos de selección se realizaron a través de la página web del Proyecto Especial, a fin de que todos los proveedores interesados pudieran participar. Adicionalmente, como buena práctica, el Proyecto Especial realizó eventos de difusión en foros como la Cámara de Comercio de Lima, invitando a proveedores y público en general.

Cabe señalar que el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1248 estableció que el contrato de Gobierno a Gobierno que suscribiera el Proyecto Especial debía contener obligatoriamente el compromiso del Estado contratista de brindar la información que requiera el Proyecto Especial y/o la Contraloría General de la República. Por ello, en el Entendimiento se pactó que el Gobierno del Reino Unido reconoce que se le puede requerir que ponga a disposición de la Contraloría la información que esta solicite. Asimismo, en el Entendimiento se previó que cada parte respetaría la necesidad de la otra de cumplir con sus respectivas leyes, políticas, reglas y regulaciones nacionales de transparencia.

v. Participación de Expertos en la materia

En las diferentes etapas de los procedimientos de selección llevados a cabo a través del Contrato de Gobierno a Gobierno existió una participación constante de expertos en los objetos contractuales a convocarse.

Así, antes de la convocatoria de cada procedimiento de selección, un experto en el objeto contractual ayudó a las áreas funcionales a elaborar correctamente sus requerimientos, con las características, condiciones y calidades necesarias para llevar a cabo los Juegos.

Posteriormente, durante el procedimiento de selección, los expertos en la materia participaron en las reuniones con los proveedores en las que se atendían sus consultas y brindaron soporte para responder las consultas de orden técnico.

De igual forma, la evaluación de las ofertas fue llevada a cabo por diferentes expertos, según los diferentes aspectos de la oferta a evaluarse. De esta manera, se aseguraba que la evaluación de las diferentes partes (especialidades) de las ofertas fueran realizadas por profesionales independientes con conocimiento y experiencias relevantes.

3.2. Etapas de los procedimientos de selección realizado a través del Gobierno a Gobierno

Luego de reseñar las principales características de los procedimientos de selección llevados a cabo a través del Entendimiento, considero importante reseñar las etapas de estos procedimientos.

a) Etapa Previa

En la etapa previa los proveedores debían registrarse en el procedimiento de selección, presentando su expresión de interés en la página web del Proyecto Especial. Este registro no generaba la obligación de presentar oferta.

Asimismo, los proveedores debían remitir su compromiso de integridad y confidencialidad debidamente suscrito, que tenía carácter de declaración jurada, adjuntando sus estados financieros en los que acreditaran un monto facturado mínimo, de acuerdo a lo requerido para dicho proceso.

b) Etapa de Precalificación

En los procedimientos de selección de obras se realizó una etapa de precalificación, en la que aquellos proveedores que cumplieron con la facturación anual mínima solicitada y la presentación de su compromiso de integridad y confidencialidad, pasaban a ser calificados conforme al cuestionario de precalificación.

El cuestionario de precalificación tenía por objeto determinar la elegibilidad y la capacidad técnica, económica, financiera y profesional de las empresas que participaran en el procedimiento de selección.

Durante esta etapa se remitía a los proveedores información sobre el proyecto a ejecutarse; de igual manera, se les dio la posibilidad de remitir consultas sobre estos.

En la etapa de precalificación se establecía un número máximo de proveedores que podían pasar a la siguiente fase, siendo estos aquellos que hayan obtenido la mayor puntuación.

c) Licitación o invitación a ofertar

Luego de las etapas anteriores, se llevó a cabo la etapa de licitación o invitación a ofertar. En esta se proporcionó una serie de documentos a los participantes que hubieran pasado la fase anterior del procedimiento, divididos en tres volúmenes con sus respectivos anexos, entre los que se encontraban las instrucciones, los criterios de evaluación, la proforma de contrato y el alcance del requerimiento.

Durante esta etapa también se dio la oportunidad a los participantes para que formulen consultas, las cuales debían ser formuladas por escrito a través del Portal Award.

También se programaron reuniones con cada participante en las que se podían formular preguntas informales, que servían para aclarar o confirmar el entendimiento que tenía el participante sobre los documentos del proceso y otros aspectos vinculados.

Estas reuniones y la atención de consultas resultaban especialmente importantes para el desarrollo de los procedimientos de selección, toda vez que se discutían tanto aspectos técnicos de la contratación, como aspectos legales, de facilidades a ser otorgadas por el Proyecto Especial, entre otros.

Así, los participantes podían conocer todas las condiciones a las que se sometían y la calidad del objeto contractual que el Proyecto Especial esperaba recibir de estos. Debe considerarse que la apertura hacia proveedores extranjeros requería que el Proyecto Especial se preocupara por brindar a estos la mayor cantidad de información con la suficiente claridad posible para que conozcan las condiciones y obligaciones a las que se sujetaban, a efectos de

que formularan una oferta ajustada a sus reales capacidades.

Un aspecto a resaltar respecto de estos procedimientos es que, a diferencia de lo que ocurre en nuestra normativa nacional, se emplearon algunos criterios de evaluación subjetivos. Así, algunas preguntas requerían que el postor describiera experiencias anteriores, presentara planes de trabajo o expusieran su idea creativa respecto de cómo prestaría el servicio (especialmente en los objetos contractuales que requerían de un alto desarrollo creativo).

Luego de que los participantes presentaran sus ofertas, estas eran evaluadas por diferentes especialistas. Cada sección de la oferta era evaluada por varios expertos por separado. Estos expertos realizaban su evaluación de manera independiente e individual. Además, los evaluadores debían escribir el sustento del puntaje otorgado. Luego de que los evaluadores remitieran su puntaje, un moderador consensuaba el puntaje final. Con esta forma de evaluación, además de la especialización, se buscaba garantizar la imparcialidad.

Luego de adjudicada la contratación, se podían realizar reuniones de retroalimentación con los proveedores no adjudicados, a efectos de darles el feedback sobre sus ofertas presentadas, indicándoles qué aspectos de las mismas pudieron mejorarse para alcanzar un mayor puntaje o qué aspectos no generaron convicción en los evaluadores. El objetivo de realizar estas reuniones fue que los postores conozcan específicamente los defectos de sus ofertas y así mitigar cualquier ápice de duda respecto de la seriedad o imparcialidad con la que se llevó a cabo el procedimiento, reduciéndose con ello la posibilidad de reclamos.

Debe tenerse en cuenta que estos procedimientos de selección no prevenían un procedimiento de impugnación de la buena pro. Por ello, resultaba especialmente importante la realización de las reuniones de retroalimentación.

En la actualidad, vemos que este mecanismo de retroalimentación está siendo considerado por el gobierno como una buena práctica en contrataciones. Así, por ejemplo, podemos señalar que el Decreto Supremo N.º 288-2019-EF, “Aprueban Lineamientos para la contratación del servicio de consultoría que proporcione soporte especializado para la gestión de inversiones, programa de inversión o cartera de inversión”, establece un procedimiento de selección especial para la contratación del servicio de consultoría en gestión de inversiones. El numeral 4.5 del artículo 4 del referido Decreto Supremo establece que, en este procedimiento, el comité de selección, una vez otorgada la buena pro y previamente a su consentimiento, programará sesiones de retroalimentación con los postores que no fueron adjudicados. En dichas reuniones se invita a un representante del Sistema Nacional de Control en calidad de veedor.

A su vez, el Decreto Supremo N.º 119-2020-EF, que aprueba el Reglamento de Proyectos Especiales de Inversión Pública en el marco del Decreto de Urgencia N.º 021-2020, establece que, cuando los Proyectos Especiales de Inversión Pública contratan la asistencia técnica especializada en gestión de inversiones, sin utilizar un contrato estandarizado¹⁴, deben

14 De acuerdo con el literal literal e) del artículo 3 del Decreto Supremo N.º 119-2020-EF, para efectos de su aplicación, los contratos estandarizados son “formas contractuales estándar, guías y otra documentación de uso general en el mercado de la construcción que utilizan terminologías y condiciones expresadas de una manera simple y clara, las cuales son creadas y actualizadas por organizaciones internacionales especializadas, con la finalidad de que los modelos contractuales se encuentren acordes a las necesidades de la industria de la construcción. Los Contratos estandarizados más comunes son los New Engineering Contract (NEC), International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) y Engineering Advancement Association of Japan (ENAA), entre otros.”

emplear el procedimiento previsto en el Decreto Supremo N.° 088-2019-EF, mencionado en el párrafo anterior, que contempla las reuniones de retroalimentación.

Por otro lado, debe señalarse que, luego de la adjudicación, el postor adjudicado debía presentar los documentos necesarios para el perfeccionamiento del contrato, tales como garantías, documentos que acrediten la representación legal, garantía de la matriz, contrato de consorcio, entre otros.

Otra particularidad de estos procedimientos que difiere de lo previsto en nuestra normativa de contratación pública, y que se fundamenta en la naturaleza propia de los Juegos Panamericanos, en su calidad de mega evento deportivo, es que en algunos de estos se incluyó la posibilidad de que el postor realice una propuesta de retribución mediante patrocinio (es decir, un pago en especie, consistente en que el proyecto especial otorgue publicidad a la empresa como patrocinador de los Juegos). Ello, debido a que, en los procedimientos en que se advertían oportunidades de patrocinio, era conveniente que el patrocinio fuera ofertado en condiciones de competencia, pues con ello se podía obtener un mayor valor que el que se obtendría si se negociaba el patrocinio con el contratista luego del perfeccionamiento del contrato.

4. LOS CONVENIOS DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS

Otra herramienta de gestión de contrataciones que se otorgó al Proyecto Especial mediante los Decretos Legislativos Nos. 1248 y 1335 fueron los convenios de administración de recursos.

Los convenios de administración de recursos (CAR) son una herramienta que permite a las Entidades del Estado encargar la gestión integral de las contrataciones que deben realizar a un Organismo Internacional, cuando consideren que ello resulta más eficiente que llevar a cabo la contratación directamente.

Las Entidades suscriben convenios de administración de recursos debido a que no cuentan con la experiencia o conocimiento necesarios para gestionar la contratación, ya sea porque no se trata de una contratación habitual, porque se trata de un objeto contractual altamente complejo o sofisticado, u otros motivos justificados.

En virtud del CAR, el Organismo Internacional se encarga de las actuaciones preparatorias; la selección del proveedor con el que se va a contratar; y la suscripción y administración del contrato, incluyendo el pago al contratista con los fondos transferidos.

Este encargo a un tercero de la gestión integral de la contratación, incluida la transferencia de recursos públicos a dicho tercero, es lo que diferencia al convenio de administración de recursos de un simple convenio de encargo de procedimiento de selección.

La Ley N.° 30356, “Ley que fortalece la transparencia y el control en los convenios de administración de recursos con organizaciones internacionales”, establece, entre otros aspectos, los requisitos para la autorización y suscripción de los CAR y el contenido de estos. El artículo 4 de esta Ley establece que la autorización para celebrar CAR y sus modificatorias debe estar expresamente establecida por norma con rango de ley.

En virtud de ello, mediante Decreto Legislativo N.° 1335, norma con rango de Ley, se autorizó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones la suscripción de Convenios de

Administración de Recursos con organismos internacionales, para la adquisición de bienes y servicios que resulten necesarios para atender la preparación y desarrollo de los Juegos.

Bajo esta habilitación, El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) celebró un Convenio de Administración de Recursos que tenía por objeto que el organismo internacional brinde apoyo al MTC, con la realización de determinadas contrataciones de bienes y servicios necesarios para los Juegos que, por su complejidad, el MTC no podía contratar con su propio personal.

La administración de los recursos transferidos por el MTC al organismo internacional implicó la ejecución de varias acciones, tales como la planificación, adquisición, contratación, monitoreo y seguimiento de los contratos. Entre las contrataciones que el organismo internacional debía llevar a cabo se encontraba la adquisición de equipamiento deportivo, la contratación de laboratorios antidoping, la contratación del plan operacional de transportes, contratación de los servicios de página web y aplicaciones móviles, contratación del servicio de gestión del voluntariado, entre otros.

Este convenio implicaba que el organismo internacional llevaría a cabo la licitación pública internacional, la contratación de consultores especializados, el acompañamiento y administración de los contratos celebrados y el desarrollo de capacidades del personal del MTC. Respecto de este último extremo, el organismo internacional debía procurar la transmisión de conocimiento y de los procedimientos empleados, a efectos de promover el aprendizaje y capacitación al personal del MTC y el Proyecto Especial.

El Proyecto Especial participaba en calidad de observador durante la ejecución de los procesos de selección de proveedores, así como durante la ejecución contractual, a fin de que pueda llevar a cabo sus labores de gestión de riesgos, costos y otros propios de los Juegos.

El convenio establecía la obligación del organismo internacional de revisar los términos de referencia o especificaciones técnicas, así como los costos y el presupuesto previsto para cada bien y servicio, emitiendo las recomendaciones que considerara correspondientes. Sobre la base de los términos de referencia o especificaciones técnicas, debía realizar una investigación de mercado aplicando diversos instrumentos a su disposición, analizando las posibilidades que ofrece el mercado para la contratación tanto desde el punto de vista técnico como del precio.

Luego de ello, el organismo internacional debía elaborar los documentos de los procedimientos de selección, previa decisión de la metodología de evaluación a seguir. Los documentos de licitación se debían basar en los modelos estándares aprobados por el organismo internacional.

Una vez seleccionado el contratista con el que se va a contratar, el organismo internacional tenía a su cargo la suscripción, administración, gestión y liquidación de los contratos respectivos, para lo cual empleará sus propias políticas, normas y procedimientos.

5. EL EMPLEO DE CONTRATOS NEC

Es ampliamente conocido que el Proyecto Especial utilizó el modelo de contrato NEC (NEC, por sus siglas en inglés, significa: Nuevos Contratos de Ingeniería), que son una familia de contratos estándar de uso internacional, tal como los contratos FIDIC, JCT, entre otros.

Es importante precisar que no todas las obras contratadas por el Proyecto Especial fueron ejecutadas empleando contratos NEC, sino únicamente sus cinco obras principales cuya contratación fue viabilizada a través del contrato de Gobierno a Gobierno, siendo estas la Villa Deportiva Nacional - Videna, la Villa Panamericana, el Complejo Deportivo Andrés Avelino Cáceres - Villa María del Triunfo, el Polideportivo de Gimnasia, la Villa Deportiva Regional del Callao y el Estadio de San Marcos.

Así, otras obras ejecutadas por el Proyecto Especial fueron contratadas y ejecutadas empleando la normativa de contrataciones del Estado, obras por impuesto y otros mecanismos que resultan más habituales a nuestro entorno local.

A efectos de comprender qué son los Contratos NEC, de manera sucinta, a continuación, se explica el fenómeno de los contratos estándar de construcción.

Respecto de este fenómeno, Hernández Rodríguez, señala que

La evolución y transformación experimentada en el ámbito de la construcción no ha contado [...] con el respaldo doctrinal ni legal que el fenómeno merece. De nuevo, como ya viniese sucediendo en otros sectores del tráfico mercantil internacional, también en éste, han sido los propios particulares, especialmente a través de las asociaciones de profesionales y otras organizaciones internacionales, los que haciendo uso de su poder autonormativo han ofrecido, mediante la elaboración de contratos-tipo y condiciones generales, una regulación más acorde con sus propias necesidades y con las nuevas y peculiares características de los proyectos internacionales de construcción¹⁵.

El referido autor destaca que han sido las propias asociaciones profesionales y otras organizaciones internacionales que, atendiendo a su experiencia y conocimientos, desarrollaron contratos modelo de uso internacional que permitan el desarrollo de diferentes proyectos de construcción.

A su vez, Rodríguez Fernández (2006)¹⁶ ha señalado que:

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

15 Hernández Rodríguez, A. (2014). Los contratos internacionales de construcción "llave en mano". En: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1915/908>

16 Rodríguez Fernández, M. (2006). "El Contrato Internacional de Construcción: Aspectos Generales". *Revista Mercatoria*. Vol. 5, n. 1.

de un referido término contractual utilizado por las partes.

Respecto del beneficio del uso de estos contratos estándar, Adriaanse (2005) señala que ha existido una proliferación de formatos estándar de contratos en la industria de la construcción en los años recientes. Existen varias ventajas de emplear un formato de contrato estándar, tales como el hecho de que el formato estándar es usualmente negociado entre los diferentes organismos que componen la industria, por lo que los riesgos son divididos equitativamente; el uso de formatos estándar evita el costo y tiempo de la negociación individualizada de contratos; la comparación en las licitaciones es más sencilla, toda vez que la asignación de riesgos es la misma para todos los postores¹⁷.

Conforme a lo expuesto, en el ámbito de la construcción se han desarrollado diferentes modelos de contratos internacionales que simplifican la coordinación de las relaciones entre las partes involucradas, disminuyendo significativamente los costos de transacción referidos a la negociación de las cláusulas contractuales. Entre estos modelos de contratos de construcción, se encuentra la familia de contratos NEC.

Sobre estos contratos, De Almagro (2020) ha señalado que

Los NEC son una familia de contratos modelo muy utilizados en el ámbito de habla inglesa, pero se utilizan también en Latinoamérica, por ejemplo para la construcción de las infraestructuras de los Juegos Panamericanos; los más recientes, celebrados con gran éxito en Perú en 2019 y los próximos planificados para 2023 en Chile¹⁸.

Respecto de los Contratos NEC, debe tenerse presente que estos son una familia de contratos aplicables al sector construcción, pero que no solo sirven para la ejecución de obras, sino que ofrecen diferentes modelos contractuales para diferentes objetos y necesidades, dependiendo del proyecto. Existen contratos NEC para servicios profesionales, para aprovisionamiento, para alianzas, para subcontratos, entre otros. A su vez, estos contratos tienen diferentes opciones; así, por ejemplo, el Contrato de ingeniería y construcción tiene las opciones de contratista administrador (opción F), de costo reembolsable (opción E), entre otras.

Por ello, en caso se considere el empleo de un contrato NEC, debe primero analizarse el tipo de proyecto que se va a ejecutar, el costo y tiempo con que se cuenta, el conocimiento de los proveedores del mercado y del propio personal de la Entidad, entre otros aspectos. Recién con dicho análisis, puede determinarse si los contratos NEC son los mejores formatos aplicables al proyecto que se va a desarrollar. En caso sea así, luego debe determinarse qué tipo de contrato NEC se va a usar y qué opción se va a elegir.

Ahora bien, debe indicarse que los contratos NEC se componen de cláusulas principales (core clauses) y uno de los sets de cláusulas opcionales principales. Las cláusulas opcionales principales ofrecen diferentes estructuras de determinación del precio. Además, estos contratos tienen cláusulas opcionales secundarias que pueden ser elegidas. Estas se encuentran referidas

17 Adriaanse, J. (2005). *Construction Contract Law*. Ed. Palgrave Macmillan. Reino Unido.

18 De Almagro, I. (2020). Perú impulsa el uso de los contratos estándar de construcción internacional. FIDIC, NEC y ENAA. Portal Ius 360. Disponible en: <https://ius360.com/derecho-de-la-construccion/peru-impulsa-el-uso-de-los-contratos-estandar-de-construccion-internacional-fidic-nec-y-enaar/>

a diferentes provisiones que no resultan esenciales para el funcionamiento del modelo de contrato elegido.

a) Características principales de los Contratos NEC celebrados por el Proyecto Especial

Respecto del alcance de los Contratos NEC celebrados por el Proyecto Especial, puede remitirse a un anterior trabajo, en el que se desarrollan brevemente las principales cláusulas de estos¹⁹, por lo que en este trabajo he preferido realizar un análisis más general respecto del empleo de estos modelos contractuales.

Sin perjuicio de ello, es importante indicar que, de la familia de los Contratos NEC versión 3 (actualmente estos contratos van por su versión 4), el Proyecto Especial decidió utilizar el contrato de Ingeniería y Construcción (ECC), opción F - Contratista Administrador (Management Contractor), con ciertas variaciones para adaptarlo a la cultura y normativa nacional.

En esta modalidad de Contratista Administrador no se espera que el contratista sea el principal ejecutor del diseño y de las obras, sino que sea un gestor del proyecto, seleccionando, contratando y administrando a diferentes subcontratistas. No obstante, de demostrarse el mayor valor por dinero y eficiencia, el contratista podría optar por ejecutar trabajos directamente.

De manera general, puede indicarse que esta modalidad de Contratista Administrador es comúnmente empleada cuando:

- Es necesario coordinar con gran cantidad de subcontratistas por la complejidad del proyecto.
- El empleador contratante no cuenta con el personal suficiente debidamente capacitado y experimentado para administrar el contrato.
- El calendario del proyecto es retador, contándose con poca holgura, por lo que se requiere agilidad en el inicio de las obras y la administración del contrato.

Como puede observarse, estas distintas condiciones se verificaban en los Juegos Panamericanos, sobre todo por el hecho de que en Perú nunca se han realizado eventos deportivos de esta magnitud, por lo que no se contaba con la experiencia ni el personal necesario para gestionar este tipo de proyectos.

El sistema de entrega del proyecto fue el de gerencia de construcción al riesgo, (Construction Management at Risk), es importante señalar que este es distinto del tradicional sistema de gerencia de construcción, pues el sistema de gerencia al riesgo establece que el gerente es un contratista independiente responsable ante el propietario por completar el proyecto dentro del plazo y el presupuesto pactado.

Al respecto, Henze (2013) señala que

19 Medina Flores, J. C (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? *Ius Et Veritas* n.º 58, 110 - 127.

De manera similar al contratista general, el gerente - al riesgo - será responsable de contratar a todos los subcontratistas (pero precalificados para garantizar la calidad de su desempeño al propietario) y de coordinar las actividades involucradas en la culminación del proyecto. Una diferencia distintiva del contratista general es que el Gerente al riesgo entra al contrato antes de que se culmine el diseño.

Así, la experiencia en construcción del Gerente al Riesgo puede ser empleada eficientemente en las etapas tempranas del proyecto²⁰.

Las principales características de los contratos celebrados por el Proyecto Especial son las siguientes:

i. Simplicidad de Lenguaje

Los Contratos NEC pretenden tener un lenguaje sencillo, directo, sin referencias cruzadas, que sea entendido por cualquier persona propia del ámbito de la construcción, sin necesidad a recurrir a la asesoría de abogados especializados. Esto, por cuanto este tipo de contratos están pensados para ser instrumentos de gestión de la obra que deben coadyuvar a que las partes, en todo momento, conozcan cuál es el alcance de sus obligaciones y su responsabilidad.

Sin embargo, esta simplicidad de lenguaje, ajena a la redacción habitual de los contratos de nuestro país, puede ser en algunos casos una barrera para la correcta administración del contrato si previamente no se conoce el trasfondo de los términos usados y no se ha comprendido la filosofía de estos contratos. Por el contrario, el desconocimiento de estos aspectos puede llevar a graves complicaciones y sobrecostos durante la ejecución del proyecto, así como la proliferación de controversias.

Así, antes de adoptar un contrato NEC - o cualquier otro tipo de formato de contrato - es importante que las partes se aseguren de comprender su lenguaje, su contexto, su filosofía y el esquema de gestión que se persigue con dicho contrato. De otra manera, aunque el contrato esté escrito en un lenguaje coloquial, seguirá siendo complicado de entender.

ii. Espíritu Colaborativo

Los Contratos NEC buscan promover el trabajo colaborativo en la ejecución del proyecto de infraestructura. Por ello, las principales cláusulas de estos contratos tienen por finalidad promover que las partes cumplan con los términos del contrato en un espíritu de confianza y cooperación mutua.

En los contratos NEC se espera que las partes compartan información bajo una política de libros abiertos, que lleven registros sobre costos, contrataciones, riesgos, entre otros, para que en conjunto adopten las mejores decisiones en beneficio del proyecto.

Esta filosofía constituye un importante apartamiento al enfoque tradicional por el cual se presta vital importancia a encontrar al “culpable” de los riesgos o contingencias dentro del contrato, lo que, evidentemente, genera incentivos perversos para que las partes oculten los riesgos que advierten, de manera tal que el costo de mitigación de los mismos se incrementa

20 Henze, J. (2013). *Construcción Contracts*. McGraw Hill Education. India, 26.

por la fase tardía en que estos son revelados.

Este trabajo colaborativo se basa en el entendido de que ambas partes resultarán beneficiadas de una correcta y eficiente ejecución del proyecto. Sin embargo, este clima de colaboración y apertura que busca generar el contrato celebrado por los Juegos Panamericanos no debe confundirse con contratos estrictamente colaborativos, como serían el *alliance* o el *partnership*, donde la colaboración de las partes tiene mecanismos de *enforcement* más distinguibles.

Al respecto, debe indicarse que la cláusula 10.1 de los contratos suscritos por el Proyecto Especial establecen expresamente la obligación de colaborar, conforme a lo siguiente: “El Contratante, el Contratista, el Gerente del Proyecto y el Supervisor de Calidad deberán cumplir las obligaciones previstas en este contrato y desarrollar sus funciones en un espíritu de confianza y cooperación mutuas”.

Sobre esta obligación expresa de cooperación, McInnis señala que los detractores de una obligación expresa de cooperar van a argumentar que este concepto es muy vago, subjetivo o demasiado abierto para ser aplicados en un contrato. Un requerimiento contractual expreso de cooperación promueve una más transparente reconciliación de los intereses de las partes (292)²¹.

En este orden de ideas, si bien puede parecer que la obligación de cooperar puede ser lúrica y no exigible, lo cierto es que es un concepto interpretativo de todo el contrato, constituyendo un parámetro bajo el cual debe analizarse la conducta y el cumplimiento de las obligaciones de las partes. Así, en un eventual mecanismo de solución de controversias, el incumplimiento de esta obligación de cooperar puede derivar en responsabilidad.

iii. Gestión de riesgos

En las normas de contratación pública nacionales recientemente se ha progresado en la gestión de riesgos en las obras públicas, lo cual ya se venía aplicando en el modelo de Asociaciones Público Privadas. Sobre el particular, puede afirmarse que la correcta gestión, distribución y mitigación de riesgos es un elemento clave para el éxito de una contratación, pero hasta hace poco no se solía prestar atención a ese factor en las obras públicas.

Los contratos NEC, en cambio, prestan vital importancia a la gestión de los riesgos del proyecto, estableciendo mecanismos para que las partes identifiquen, actualicen, evalúen, asignen y mitiguen los riesgos en forma conjunta durante toda la vida del contrato. Así, la correcta asignación y gestión de riesgos permite reducir los costos del contrato y evitar ineficiencias y controversias futuras.

iv. Solución de controversias mediante Dispute Boards

En estos contratos se estableció como mecanismo de solución de controversias a la Junta de Resolución de Disputas. De acuerdo al mecanismo elegido, las Juntas fueron de carácter permanente y se constituyeron desde las etapas tempranas del contrato, siendo las

21 McInnis, A. (s.f.). *The New Engineering Contract: Relational Contracting, Good Faith and Co-operation - Part 2*. Disponible en: <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/05/McInnis-A.-2003c-%E2%80%98The-New-Engineering-Contract-Relational-Contracting-Good-Faith-and-Co-Operation-%E2%80%93-Part-2%E2%80%99.pdf>

decisiones de las Juntas vinculantes para las partes, sin perjuicio de que podían ser sometidas a arbitraje.

Los adjudicadores debían efectuar visitas periódicas a las obras, solicitar la información de la obra, tener reuniones periódicas con las partes, brindar asistencia informal a las partes para la solución de sus desacuerdos, atender consultas sobre la ejecución de la obra que les fueran sometidas, entre otros.

Debe destacarse que, a diferencia de lo que ocurre en un arbitraje, la función más importante de estas Juntas era la de prevenir las controversias. Esto, por cuanto la presencia de expertos que conocen todo lo que ocurre en la obra a tiempo real, permite que se adopten decisiones ágiles que propendan a la continuación de la obra, antes que a litigar por largo tiempo con la consecuente pérdida de recursos.

Asimismo, debe destacarse que la Junta de Disputas fomenta que las partes observen una conducta procesal más proba, pues los adjudicadores cuentan con información suficiente para poder determinar cuándo una parte está ocultando hechos o faltando a la verdad, lo cual será apreciado negativamente. Como señala Paredes (2013)²², La Junta de Disputas

ayuda a que las partes actúen de forma más profesional y razonable en la toma de decisiones, presentación de reclamaciones y en cualquier discusión en general, ya que la mera presencia de un dispute board suele actuar como freno de posturas infundadas o comportamiento estratégico de las partes.

b) El impacto de la experiencia con los contratos NEC en el desarrollo de la normativa nacional

Recogiendo la experiencia de los Juegos Panamericanos, el artículo 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, ha establecido que, en el caso de obras que involucren diseño y construcción, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) puede prever en sus Directivas la posibilidad de que se utilicen modelos contractuales de uso internacional. A la fecha, el OSCE no ha emitido la Directiva que establezca la posibilidad de uso de estos contratos estándar.

Conforme a la Exposición de Motivos de la citada disposición, uno de los problemas detectados de la casuística recogida es que en la modalidad de contratación de diseño y construcción

no existen modelos contractuales nacionales para esta modalidad, que en la práctica internacional se usan en proyectos de cierta complejidad. No están claramente identificadas las obligaciones de los supervisores y los procesos de decisión de las Entidades, que no pueden ser los mismos que para los contratos convencionales.

De esta manera, reconociendo la falta de modelos contractuales nacionales para la aplicación de la modalidad de diseño y construcción, la norma nacional habilita al OSCE a que regule el empleo de contratos estándar de construcción, tales como los contratos NEC, JCT, FIDIC, entre otros.

22 PAREDES, Gustavo. Dispute Boards y Arbitraje en Construcción: ¿Compiten o se Complementan? En: Revista Arbitraje PUCP N.º 3. Lima, 2013. Pág. 86.

A la fecha, esta disposición no ha sido desarrollada mediante directiva, por lo que queda pendiente conocer si, finalmente, se buscará la aplicación de estos modelos de contrato a la normativa nacional y, de ser el caso, qué fórmula se empleará para ello.

Por su parte, el Plan Nacional de Infraestructura y Productividad (PNIC), aprobado por Decreto Supremo N.º 238-2019-EF, señala que, dentro de la experiencia del Proyecto Especial, “se reconoce la eficiencia (menor tiempo, ahorro en costos y logro de resultados) de los contratos tipo New Engineering Contract (NEC). Estos son contratos diseñados con fines de tener claridad y flexibilidad en la ejecución de proyectos”. Asimismo, el PNIC establece que se requiere realizar una revisión del marco normativo que rige las obras públicas (que no es otro que el régimen general de contrataciones del Estado).

Como puede advertirse, el PNIC plantea que se revise la normativa de contratación pública, a efectos de que esta recoja, entre otros aspectos, las prácticas de los Juegos Panamericanos, entre las que se encuentra el empleo de contratos estándar de construcción.

En esta misma línea, el artículo 7 del Decreto de Urgencia N.º 021-2020 establece que los Proyectos Especiales de Inversión Pública se encuentran autorizados para “la aplicación de modelos contractuales de ingeniería de uso estándar internacional, exceptuándose en dichos casos de la aplicación de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado”.

Así, se advierte una tendencia en la regulación nacional hacia el empleo de los contratos estándar internacionales, tales como los contratos NEC.

Para analizar la posibilidad de aplicación de estos modelos de contratos internacionales, debe tenerse presente que, tal como reconoce Klee (2015)²³,

cuando se considera la ley contractual en un sentido extenso, existe un número de diferencias claves entre el common law y el sistema civil europeo. El sistema angloamericano se basa en precedentes y se construye en las costumbres, tiene un enfoque pragmático y enfatiza el principio de libertad contractual. El sistema europeo, en cambio, está comprendido por los códigos civiles y está basado en el derecho romano y la teoría legal. La piedra angular del sistema europeo de derecho civil es la importancia de la ley escrita y las provisiones obligatorias. Esto es de gran importancia, pues estas pueden influenciar los acuerdos originales entre las partes. En el presente, ambos sistemas parecen estarse acercando. Las principales diferencias siguen siendo evidentes, pero, sin duda alguna, las similitudes de ambos sistemas prevalecen sobre estas diferencias. Sin embargo, los diferentes enfoques entre estos dos sistemas son especialmente visibles en la administración de proyectos de construcción y la solución de controversias. (25)

Así, es preciso notar que los modelos de contratos de construcción pueden basarse en el sistema del common law - tal como los contratos NEC -, que difiere del sistema jurídico peruano. Si bien, estos contratos estándar se revisan constantemente para ampliar su aplicabilidad a otros sistemas legales, es necesario que se realice en cada caso la evaluación de los posibles conflictos entre estos modelos de contrato con las normas locales y la realidad del sistema peruano.

23 KLEE, Lukas. 2015. *International Construction Contract Law*. Reino Unido: John Wiley & Sons. Pág. 25.

Así, Klee²⁴ ha identificado las áreas en las que se suelen encontrar las diferencias entre el common law y nuestro sistema durante la ejecución de los contratos modelos de construcción, entre las que se destacan los daños preliquidados y las penalidades contractuales; las limitaciones de responsabilidad; los periodos de tiempo para reclamar; entre otros.

Como muestra de estas diferencias, puede señalarse que, durante los procesos de contratación que se llevaron a cabo a través del Contrato de Gobierno a Gobierno celebrado por el Proyecto Especial, fue frecuente que los proveedores internacionales solicitaran que la responsabilidad que tenían no fuera ilimitada, sino que, por ejemplo, tuviera un tope máximo y que se excluyera el daño por culpa.

En nuestro ordenamiento, sin embargo, el artículo 1328 del Código Civil establece que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. Asimismo, es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

De igual manera, al elaborar los contratos, se discutió la posibilidad de establecer plazos rescriptorios o de caducidad para iniciar una controversia. Sin embargo, se advirtió que el artículo 2000 del Código Civil establece que solo por ley se pueden fijar los plazos de prescripción; de igual forma, el artículo 2003 del citado código establece que los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir prueba en contrario.

Otro punto de desencuentro entre nuestra norma nacional y los contratos modelos se puede generar si estos contemplan plazos o procedimientos específicos para resolver el contrato que no sean acordes con lo previsto en el código civil.

Ahora bien, en el caso de las limitaciones de la normativa de contrataciones del Estado peruana para implementar contratos como los usados en los Juegos Panamericanos, debe indicarse, en principio, que dicha normativa contempla sistemas de contratación bastante limitados, lo que impide que se empleen algunos modelos de contratos.

Asimismo, nuestra norma nacional no prevé distintos sistemas de entrega del proyecto (Project Delivery System), por ejemplo, no se tiene la figura de gerencia de proyectos al riesgo empleada en los Juegos.

Otro punto importante es que nuestra norma tiene una sola fórmula de penalidad por mora que incluso no resulta eficiente en contratos complejos de bienes y servicios ejecutados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

En este sentido, no podrían emplearse las penalidades reversibles que se usaron en los Juegos Panamericanos, en virtud de las cuales, si pese a la demora en plazos intermedios, el contratista finalmente podía revertir el incumplimiento y alcanzar la finalidad de la obra dentro del plazo pactado, se le retornaría el monto de las penalidades cobradas.

Además, en nuestro sistema el calendario de ejecución de la obra es demasiado rígido. Nuestra normativa parte del supuesto de que, en toda obra, sin importar su complejidad, el calendario puede permanecer invariable y debe ser este el que rija la obra, cuando, en realidad, este debería ser un instrumento dinámico que se vaya ajustando constantemente

24 KLEE, Op. cit.

según las necesidades del proyecto²⁵.

Por el contrario, en los contratos NEC que se usaron en los Juegos, las partes debían revisar periódicamente el calendario de la obra y realizar los ajustes necesarios conforme a la realidad del proyecto, para poder gestionar la obra eficientemente.

Otra limitación rescatable es que en el artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el contratista solo puede subcontratar previa autorización de la Entidad y solo determinadas prestaciones, hasta un máximo del 40% del contrato. Además, el contratista no puede subcontratar las obligaciones esenciales del contrato.

En cambio, el Proyecto Especial empleó la modalidad de contratista administrador, que implica que el contratista no sea un ejecutor de obras, sino un administrador del proyecto y, por tanto, de subcontratos. Así, en este contrato, el contratista administrador elegirá subcontratistas conforme al proceso licitatorio aprobado por el Proyecto Especial, siendo el administrador de todos estos subcontratos como si los trabajos efectuados por los subcontratistas hubieran sido efectuados por él mismo. En este tipo de contratos se busca que el contratista administrador ejecute la menor cantidad de obra posible, a efectos de que se concentre en la administración del proyecto, dada su gran complejidad y las diferentes especialidades involucradas. Por tanto, este tipo de contrato no podría ser aplicado correctamente en nuestras obras públicas.

Adicionalmente, podemos señalar que en los Juegos Panamericanos se emplearon bonificaciones o incentivos a los contratistas administradores, en la medida que si estos superaban algunos índices de desempeño (como la generación de ahorro al proyecto respecto del precio pactado), recibirían una retribución económica por parte de la Entidad. Sin embargo, esta posibilidad de otorgar incentivos o bonificaciones no se encuentra prevista en la normativa de contrataciones del Estado, pues esta se centra más en penalizar o sancionar al contratista.

Finalmente, de manera general, debemos señalar que los modelos de contratos internacionales se centran en una gestión eficiente del proyecto, priorizando el avance del mismo bajo los estándares de calidad, plazo y precio esperados. En cambio, la normativa de contrataciones del Estado dedica demasiados recursos al cumplimiento de procedimientos extensos, formalismos y determinación de culpables; promoviendo con ello la proliferación de controversias.

Por ello, un principal cambio que debe realizarse para implementar contratos estándar de construcción, es un cambio de filosofía y mentalidad, lo cual no solo ocurre con un cambio normativo, sino que también se requiere de un importante desarrollo de capacidades a todos los actores del proceso de contratación pública.

6. OFICINA DE GESTIÓN DE PROYECTOS (PMO)

Una herramienta de gestión importante que fue utilizada por el Proyecto Especial y que viene siendo recogida por la normativa nacional es la Oficina de Gestión de Proyectos (PMO, por sus siglas en inglés). Al respecto, debemos señalar que el PMO es una estructura

25 Ciertamente, se han dado avances en la flexibilización del calendario, pero aun no al nivel que requieren algunos contratos estándar internacionales de construcción.

de gestión que estandariza los procesos de gobierno, relacionados con el proyecto y hace más fácil compartir recursos, metodologías, herramientas y técnicas (...)

Las responsabilidades de una PMO pueden abarcar desde el suministro de funciones de soporte para la dirección de proyectos hasta la responsabilidad de la propia dirección de uno o más proyectos²⁶.

Así, debemos señalar que el Proyecto Especial contó con una Oficina de Gestión de Proyectos, que tiene por función asesorar y coordinar las actividades relacionadas al cumplimiento del Plan Maestro. Dichas actividades se centran en proponer las modificaciones al Plan Maestro, gestionar el proceso de control de cambios de las inversiones y actividades del Proyecto Especial; así como, diseñar, proponer e implementar el procedimiento de seguimiento de los riesgos en la ejecución de las mismas e implementar los lineamientos para el legado en coordinación con las unidades funcionales de línea.

A su vez, el Reino Unido, a través del contrato de Gobierno a Gobierno, brindó asistencia a la Oficina de Gestión de Proyectos mediante consultores que se encargaron de gestionar la planificación, el reporte, la supervisión y el control de todo el programa de Lima 2019, incluyendo, pero no limitado a la gestión de riesgo, gestión de stakeholders, el cronograma y procesos estandarizados y la mejora de eficiencias.

Asimismo, es preciso indicar que esta herramienta de gestión viene siendo impulsada en el ámbito estatal, toda vez que constituye una herramienta que, como ha señalado el ex Primer Ministro, permitirá que las entidades del sector público puedan contratar asistencia técnica especializada, con la finalidad de que puedan centrar sus esfuerzos en garantizar que los proyectos de inversión priorizados sean ejecutados de manera eficiente y en el tiempo previsto, empleando mecanismos eficaces²⁷.

La apuesta por el PMO permitirá la profesionalización de la gestión de los proyectos, disminuyendo riesgos y costos, evitando paralizaciones y otras trabas. Con esta nueva tendencia en los proyectos públicos podría evitarse que tengamos tantas obras importantes paralizadas, en perjuicio de la población destinataria de las mismas.

Siguiendo esta tendencia, el Plan Nacional de Infraestructura y Competitividad ha señalado que “para abordar el problema de debilidad institucional para la gestión de proyectos, se plantea que los proyectos identificados en el PNIC podrán contar con un servicio de asistencia técnica especializada, tipo PMO, durante todo el desarrollo del proyecto.”

De igual forma, señala que

Al no haber un claro lineamiento y una responsabilidad debidamente definida dentro de los ministerios, la tramitología interna genera demoras en la toma de decisiones. Por otro lado, por la envergadura o complejidad técnica de algunos proyectos, existe temor en los funcionarios por la falta de capacidades, lo que afecta el cumplimiento de los cronogramas y de los

26 Project Management Institute. Guía de los Fundamentos para la Dirección de Proyectos (guía PMBOK). 2013. Quinta Edición. P29-39.

27 Nota en: <https://www.mef.gob.pe/es/notas-de-prensa-y-comunicados/6148-entidades-del-sector-publico-comenzaran-proceso-de-implementacion-de-herramienta-de-gestion-de-proyectos-pmo>

planes de inversión. La implementación de PMO surge como una necesidad.

En la misma línea, el numeral 5.3 del artículo 5 del decreto Supremo N.º 119-2020-EF, que aprueba el Reglamento de los Proyectos Especiales de Inversión Pública (PEIP), establece como un órgano de estos proyectos a la Oficina de Gestión de Proyectos, señalando que esta es responsable de planificar, organizar, y facilitar la implementación del modelo de ejecución de inversiones públicas en el proyecto de inversión o Cartera de Inversiones, de acuerdo al Plan de Ejecución del PEIP.

Para efectos de la implementación del PMO en el ámbito de las obras públicas nacionales, resulta relevante analizar la experiencia llevada a cabo por los Juegos Panamericanos. Sobre la misma, el propio Plan Nacional de Infraestructura ha señalado que el Proyecto Especial ha sido un éxito en términos de Ejecución. Este éxito se debe, en gran medida, al enfoque de gerencia de proyectos de la unidad ejecutora y al hecho de que se contó con el apoyo de un Project Management Office (PMO) cuyo rol fue fundamental en dos aspectos: 1. Sistemas de información. 2. Apoyo técnico para la toma de decisiones.

En el Estado peruano, el enfoque de gerencia de proyectos no ha sido debidamente absorbido por el sistema. Cuando un proyecto se ejecuta, por ejemplo, se requiere de la interacción de varios órganos de apoyo de línea. Al no haber un claro alineamiento y una responsabilidad debidamente definida dentro de los ministerios, la tramitología interna genera demora en la toma de decisiones. Por otro lado, por la envergadura y complejidad técnica de algunos proyectos, existe temor de los funcionarios por la falta de capacidades, lo que afecta el cumplimiento de los cronogramas y de los planes de inversión.

De esta realidad, la implementación de PMO - con la lógica utilizada en el Proyecto Especial Juegos Panamericanos - surge como una necesidad, para lo cual se requiere de: (i) un contrato de servicios de consultoría por proyecto o cartera de proyectos y (ii) un equipo u órgano que tenga las funciones de gerente de proyectos.

Por ello, resulta importante que se difunda de manera amplia el Know-How obtenido por el Proyecto Especial en el empleo del PMO, a efectos de que las Entidades que administran proyectos cuenten con las capacidades para organizar sus propias oficinas de gestión de proyectos.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Ahora que los Juegos han culminado, resulta importante la labor de difusión de las experiencias y los mecanismos y herramientas de contratación que se emplearon para su consecución. Ello permitirá conocer su funcionamiento en proyectos de esta envergadura y advertir oportunidades de mejora de la normativa o las prácticas nacionales.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que el Proyecto Especial no solo empleó mecanismos totalmente novedosos e inéditos para la Ejecución del Proyecto Especial. Por el contrario, en su mayoría utilizó las diferentes herramientas que la normativa nacional ya comprendía o que ya venían siendo utilizadas por algunas Entidades. Así, los Juegos no se llevaron a cabo únicamente mediante el empleo de los Contratos NEC ni del Contrato de Gobierno a Gobierno, como muchas personas creen.

Es común escuchar a personas que consideran que los Juegos Panamericanos se lograron únicamente por el apoyo del gobierno inglés, pero ello no es cierto. En estos juegos

se desplegaron una serie de herramientas y prácticas que permitieron su consecución. Debe tenerse presente que la celebración de un contrato de Gobierno a Gobierno no releva en modo alguno a los funcionarios de sus responsabilidades.

En relación con ello, debe entenderse que un Contrato de Gobierno a Gobierno implica que los funcionarios de la Entidad se encuentren totalmente involucrados y comprometidos con la administración y control del mismo, pues, de lo contrario, este podría ser empleado en forma ineficiente, generándose sobrecostos para la Entidad.

Los contratos entre Estados deben usarse previo análisis de la real necesidad del proyecto y la Entidad; de la brecha de conocimiento y habilidades en la gestión y ejecución del tipo proyecto específico en el país; de la envergadura del proyecto y los beneficios reales que pueden ofrecer otros Estados; más allá que el solo deseo de conducir procedimientos de contratación al margen de la normativa de contrataciones del Estado o el empleo de contratos estándares internacionales.

Sobre la posibilidad de emplear contratos estándar de construcción para obras públicas, resulta necesario entender la filosofía y el lenguaje del contrato a utilizarse, la compatibilidad entre lo previsto en dicho contrato y las normas nacionales, la aplicabilidad del contrato elegido al tipo de proyecto, entre otros factores.

De igual forma, debe tenerse presente que de nada sirve un sofisticado modelo de contrato con probado éxito internacional, si las partes que lo deben ejecutar no lo comprenden o no comparten su filosofía, generando con ello constantes controversias. Asimismo, debe hacerse un análisis de la compatibilidad del modelo de contrato elegido, a efectos de evitar que este contenga cláusulas nulas, conforme al ordenamiento jurídico peruano.

Finalmente, resulta importante que no se descuide el desarrollo de la normativa de contrataciones del Estado. Es necesario que se siga mejorando e implementando esta normativa, dotándola de la flexibilidad suficiente para que sea aplicable a distintos tipos de proyectos. Este desarrollo, claro está, debe obedecer a un análisis consensuado con el sector privado, recogiendo opiniones y recomendaciones, a efectos de evitar constantes cambios normativos que nada bien hacen a la gestión de las contrataciones públicas.

8. BIBLIOGRAFÍA

Adriaanse, J. (2005). *Construction Contract Law*. Ed. Palgrave Macmillan. Reino Unido.

Cassagne, J. C. (s.f.). Características Principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, 2. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_caracterizacion_legal_de_las_contrataciones_de_la_Administracion_nacional.pdf

De Almagro, I. (2020). Perú impulsa el uso de los contratos estándar de construcción internacional. FIDIC, NEC y ENAA . Portal Ius 360. <https://ius360.com/derecho-de-la-construccion/peru-impulsa-el-uso-de-los-contratos-estandar-de-construccion-internacional-fidic-nec-y-ena/>

Gestión. (2019). Lima 2019: las principales cifras económicas que dejaron los Panamericanos. <https://gestion.pe/fotogalerias/lima-2019-las-principales-cifras-economicas-que-dejaron-los-panamericanos-noticia/>

Henze, J. (2013). *Construcción Contracts*. McGraw Hill Education. India.

Hernández Rodríguez, A. (2014). Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1915/908>

Ilic Álvarez, N. (2019). Hemos tenido los mejores juegos panamericanos de la historia. Panam Sports. <https://www.panamsports.org/es/news-sport/hemos-tenido-los-mejores-juegos-panamericanos-de-la-historia/>

Klee, L. (2015). *International Construction Contract Law*. Reino Unido: John Wiley & Sons, 25.

McInnis, A. (s.f.). *The New Engineering Contract: Relational Contracting, Good Faith and Co-operation - Part 2*. <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/05/McInnis-A.-2003c-%E2%80%98The-New-Engineering-Contract-Relational-Contracting-Good-Faith-and-Co-Operation-%E2%80%93-Part-2%E2%80%99.pdf>

Medina Flores, J. C (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? *Ius Et Veritas* n.º 58, 110 - 127.

NORMAS

Diario Oficial El Peruano (2015, 22 de febrero) Decreto Supremo N.º 002-2015-MINEDU Crean proyecto especial para la preparación y desarrollo de los XVIII juegos panamericanos del 2019, en el ámbito del ministerio de educación.

Diario Oficial El Peruano (2016, 22 de noviembre) Decreto Legislativo N.º 1248 que dicta medidas para agilizar el proceso de inversión y otras actividades en el marco de la preparación y desarrollo de los xviii juegos panamericanos del 2019 y sextos juegos parapanamericanos del 2019

Diario Oficial El Peruano (2017, 6 de enero) Decreto Legislativo N.º 1335 que modifica la entidad a cargo del desarrollo de la infraestructura, equipamiento y las operaciones para los “XVIII Juegos Panamericanos y Sextos parapanamericanos - Lima 2019”

Diario Oficial El Peruano (2019, 28 de marzo) Decreto Supremo N.º 088-2019-EF Autorizan Transferencia de Partidas en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019 a favor de diversos pliegos del Gobierno Nacional, Gobierno Regional del departamento de Madre de Dios y diversos Gobiernos Locales y dictan disposición complementaria.

Diario Oficial El Peruano (2020, 24 de mayo) Decreto Supremo N.º 119-2020-EF que aprueba el Reglamento de Proyectos Especiales de Inversión Pública en el marco del Decreto de Urgencia N.º 021-2020 Decreto de Urgencia que establece el modelo de ejecución de inversiones públicas a través de proyectos especiales de inversión pública y dicta otras disposiciones.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. España. (2017, 8 de noviembre). Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento

jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.