



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? (*)

Government to Government Agreements and New Engineering Contracts: Are They Solutions to Normative Deficiencies in State Contracting that could be Replicated by all Entities?

Juan Carlos Medina Flores(**)
Estudio Ehecopar

Resumen: Entre los principales mecanismos de contratación empleados por el Proyecto Especial a cargo de la preparación y desarrollo de los Juegos Panamericanos del 2019 para abastecerse de bienes, servicios y obras complejos de manera oportuna y eficiente, considerando la falta de experiencia nacional en las contrataciones necesarias para mega eventos deportivos, se encuentran el Acuerdo de Gobierno a Gobierno y el empleo de los contratos NEC 3 - Opción F. En vista de los resultados que viene obteniendo el Proyecto Especial con el empleo de estas figuras, no son pocas las entidades que se encuentran explorando la posibilidad de utilizarlas para llevar a cabo sus propios proyectos; aunque muchas veces sin terminar de comprender el alcance y naturaleza de estos mecanismos. Por ello, en el presente artículo se desarrollan las principales características de estas dos herramientas de contratación, así como la experiencia de su empleo en los Juegos Panamericanos, a fin de concluir en algunas consideraciones que deben tomar en cuenta las entidades antes de replicar dicho esquema.

Palabras clave: Nuevos Contratos de Ingeniería - Acuerdo de Gobierno a Gobierno - G2G - Contratación pública - Proyectos de infraestructura - Contratos de diseño y construcción

Abstract: Within the main contracting mechanisms used by the Special Project in charge of the organization and development of the XVIII Pan American Games and VI Parapan American Games of 2019 for the acquisition of complex and sophisticated goods, services and infrastructure, considering the lack of national experience in mega sport events, we can find Government-to-Government Agreements and New Engineering Contracts. Considering the results of these contracting mechanisms, there are many public entities evaluating the possibility to use them to carry out their own projects. However, it is not unusual for these entities to not fully understand the scope and nature of said mechanisms. Therefore, this paper explains the main characteristics of these two contractual figures, as well as the experience of their use in the Pan American Games, in order to appoint some considerations that public entities must take into account before deciding to use them.

Keywords: New Engineering Contracts - Government-to-Government Agreement - G2G - Government Procurement - Infrastructure Projects - Design and Building Contracts

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 10 de febrero de 2019 y su publicación fue aprobada el 7 de marzo de 2019.

(**) Abogado por la Universidad San Martín de Porres, con estudios de postgrado en derecho corporativo y contratación pública. Abogado asociado del Estudio Ehecopar, asociado a Baker & McKenzie International. Correo electrónico: juancarlos.medina@bakermckenzie.com.



1. Presentación del tema

Es común que la Ley de Contrataciones del Estado, por su rigidez y los limitados escenarios sobre los cuales ha sido ideada, no responda a todo el universo de necesidades que pueden tener las aproximadamente tres mil entidades públicas contratantes peruanas. Esta limitación se hace más evidente cuando se trata de entidades creadas para fines especializados o para llevar a cabo proyectos de gran envergadura que requieren contrataciones de alta sofisticación y complejidad, para las cuales el Estado peruano no tiene la experiencia suficiente y la normativa de contratación pública local no ofrece soluciones a la medida.

Por ello, es práctica usual que se aprueben diferentes regímenes especiales de contratación, mediante los cuales algunas entidades se exoneran de la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, quedando sujetas a disposiciones especiales creadas para atender sus necesidades particulares⁽¹⁾, o que, sin excluir a una entidad de la aplicación del régimen general de contratación pública, se le dote de determinadas herramientas excepcionales de contratación para casos específicos.

Ahora bien, en la LI Asamblea General de la Organización Deportiva Panamericana (*Panam Sports*), se eligió a la ciudad de Lima como sede de los XVIII Juegos Panamericanos del 2019. En atención a ello, con fecha 11 de octubre de 2013, *Panam Sports* y el Comité Olímpico Peruano, 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 organizarán y desarrollarán los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos (los “Juegos”). Entre las responsabilidades asumidas por el Estado peruano se encuentran las de proveer una Villa Panamericana para albergar a miles de atletas, 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, proveer boletos aéreos, elaborar programas culturales, entre otros propios de la organización de un evento de estas magnitudes.

Para cumplir con este ambicioso proyecto, mediante Decreto Supremo 002-2015-MINEDU, se creó el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos de 2019 (el “Proyecto Especial”), al cual se

dotó de una serie de herramientas especiales aprobadas principalmente mediante los Decretos Legislativos 1248 y 1335 para, entre otros aspectos, viabilizar el gran volumen de contrataciones necesario para llevar a cabo los Juegos y que el Estado peruano cumpla con sus compromisos internacionales.

Entre las herramientas de contratación que puede emplear el Proyecto Especial para la organización de los Juegos se encuentra la celebración de convenios de encargo de procedimientos de selección a organismos internacionales, convenios de administración de recursos, acuerdos de gobierno a gobierno (G2G, por sus siglas en inglés), así como el propio empleo de la Ley de Contrataciones del Estado para sus contrataciones regulares. Es importante advertir, entonces, que el Proyecto Especial no se encuentra al margen del régimen general de contratación estatal, pues este le resulta aplicable, sino que cuenta con herramientas adicionales aprobadas por norma especial.

En uso de estas herramientas de contratación, el Proyecto Especial celebró un Acuerdo de Gobierno a Gobierno con el gobierno del Reino Unido que comprende diferentes líneas de acción, entre las cuales se encuentra la posibilidad de que el gobierno del Reino Unido pueda conducir procesos de selección de proveedores para los Juegos, en representación del Proyecto Especial. Asimismo, para las principales y más complejas contrataciones de proyectos de infraestructura del Proyecto Especial, cuyos procedimientos de selección fueron conducidos por el Gobierno del Reino Unido, se emplearon contratos modelo internacionales provenientes de la familia de los Nuevos Contratos de Ingeniería (NEC, por sus siglas en inglés).

Así, puede advertirse desde un inicio que el Acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G) celebrado por el Proyecto Especial y los Contratos NEC son dos herramientas

(1) Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente No. 020-2003-AI/TC que: “(...) si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76 de la Constitución, también lo es que *el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución*, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario” (énfasis agregado).



totalmente distintas. Uno es un acuerdo con otro Estado para que este último preste apoyo en diferentes áreas requeridas en la organización de los Juegos, mientras que los otros son formatos de contratos internacionales que se emplearon en algunas de las contrataciones de proyectos de Infraestructura del Proyecto Especial.

Ahora bien, vista la experiencia ganada por el Proyecto Especial y los resultados obtenidos en la ejecución de los principales proyectos de infraestructura de los Juegos Panamericanos, diferentes entidades del Estado se encuentran evaluando la posibilidad de emplear acuerdos de gobierno a gobierno en sus respectivos proyectos e, incluso, usar contratos modelo internacionales como los Contratos NEC para regular las relaciones con sus contratistas; no obstante, he podido advertir que existe cierta confusión respecto del uso de estas herramientas. Hay quienes piensan que el Acuerdo de Gobierno a Gobierno es solo un mecanismo para encargar procesos y emplear los Contratos NEC, otros consideran que los Contratos NEC regularon el procedimiento de selección de los Juegos Panamericanos, otros creen que el Proyecto Especial únicamente empleó Contratos NEC como panacea para alcanzar las metas de los Juegos, entre otras ideas erradas que espero poder aclarar un poco en las siguientes líneas.

Conforme a lo dicho hasta ahora, es objeto del presente artículo hacer una breve reseña respecto de los Acuerdos de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC, para luego hacer algunos apuntes sobre los aspectos a tomar en cuenta para su aplicación en el Perú.

2. Los Acuerdos de Gobierno a Gobierno

Cassagne ha indicado que “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” (2006, 2). Por ello, existen mecanismos o formas de contratación que escapan al régimen general de contratación pública, tales como los contratos con otros Estados.

La contratación de Gobierno a Gobierno o entre Estados es un mecanismo de contratación que ha merecido escaso desarrollo en la normativa y doctrina nacional. No obstante, este mecanismo de contratación es de uso extendido en el ámbito internacional, sirviendo para la procura de diferentes objetos contractuales, tales como la transferencia de tecnología, infraestructura, bienes complejos, entre otros; pero donde tradicionalmente ha tenido un mayor desarrollo es en el sector

defensa, adquiriendo gran relevancia por permitir el comercio de servicios y material militar, debido a razones estratégicas y de seguridad.

El empleo de esta modalidad de contrato, 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. En el caso del Estado contratante se obtienen beneficios como el aprovechamiento de la experiencia y *know how* del Estado contratista, la economía de escala, el acceso a proveedores internacionales en condiciones paritarias, el destaque de profesionales experimentados, entre otros. En el caso del Estado contratista, además de los ingresos y su presencia internacional, se destaca la apertura de nuevos mercados para sus empresas. Ello, sin perjuicio de que estos contratos abren la puerta a nuevas relaciones entre ambos Estados en un horizonte de colaboración internacional mutua a largo plazo.

Ahora bien, a manera de ejemplo, puede indicarse que, en el caso del Sector Defensa peruano, la Directiva No. 002-2011-MINDEF/SG/VRD, aprobada mediante Resolución Ministerial No. 193-2011-DE/SG, reguló las contrataciones entre Estados como un mecanismo para contratar bienes y servicios de dicho sector en el extranjero. Posteriormente, el Decreto Legislativo 1128, que crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, reguló a la contratación de Gobierno a Gobierno como una “modalidad de contratación en el mercado extranjero, en las cuales de una parte interviene un órgano u organizamos de la administración pública del Estado peruano y de la otra parte interviene otro Estado o una entidad del mismo”⁽²⁾.

De otro lado, debe destacarse que el régimen general de contrataciones del Estado no ha solido regular expresamente a los contratos de Gobierno a Gobierno. No obstante, durante la vigencia de la anterior Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017 –en la cual no se regulaba

(2) Artículo 77 del Decreto Legislativo 1128.



la contratación entre Estados–, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) emitió la Opinión No. 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 soberanos-, que tutelan la satisfacción del interés público y bienestar de su respectiva nación”.

Asimismo, la citada Opinión precisó que las contrataciones de Gobierno a Gobierno “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, el literal e) del artículo 5 de la Ley 30225, reconociendo el criterio expuesto anteriormente, reguló como a 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.

No obstante, dicha ley fue modificada por el Decreto Legislativo 1341, precisando que la contratación entre Estados solo procedía si el otro Estado realizaba la prestación de bienes, servicios u obras a través de sus propios organismos, dependencias o empresas de propiedad estatal. Así, esta modificación normativa vetaba la posibilidad de que el Estado contratista ejecutara sus obligaciones mediante empresas no estatales y otros sujetos de derecho privado de dicho país.

En el ámbito de los Juegos, de manera distinta al régimen general de contratación pública, el artículo 4 del Decreto Legislativo 1248, modificado por el Decreto Legislativo 1335, autorizó al Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos del 2019 a emplear la contratación de Gobierno a Gobierno 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*” (énfasis agregado).

Asimismo, la citada disposición precisa que “cuando 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”.

En este mismo sentido, el numeral 7.7 del artículo 7 del Texto Único Ordenado de la Ley 30556, “Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios”, autoriza a la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios y a los Ministerios a emplear la modalidad de convenio o contrato de Estado a Estado para contratar o implementar intervenciones complejas o de conglomerados. La contratación de Estado a Estado se regula bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional. Asimismo, al igual que la normativa especial de los Juegos Panamericanos, precisa que “cuando los contratos o convenios de Estado a Estado impliquen la adquisición de bienes, contratación de servicios, ejecución de obras, la gestión, desarrollo u operación, las prestaciones pueden ser ejecutadas por el otro Estado a través de sus propios organismos, dependencias, empresas públicas o privadas nacionales o extranjeras.”

De esta manera, se puede advertir determinada tendencia reciente de la normativa nacional a regular la contratación entre Estados, permitiendo que, en determinados casos, las prestaciones del Estado contratista puedan ser ejecutadas tanto por los organismos, dependencias y empresas de este, como por las empresas privadas, nacionales o extranjeras, que este designe.



Siguiendo esta tendencia, recientemente, el Decreto Legislativo 1344 modificó el literal e) del artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, suprimiendo la exigencia de que las obligaciones del Estado contratista deban ser ejecutadas necesariamente por las dependencias u organismos de este. Esta modificación entró en vigencia el 30 de enero de 2019. De acuerdo con la exposición de motivos del referido Decreto Legislativo, esta modificación busca que el Estado contratado pueda ejecutar las prestaciones directamente, a través de sus propios organismos, o mediante una empresa privada del país contratante respaldada por este.

Asimismo, cabe destacar que la Cuarta Disposición Complementaria Final del referido Decreto Legislativo 1344 ha incluido una regulación de los Contratos de Gobierno a Gobierno muy similar a la aprobada para los Juegos Panamericanos y la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios. Así, la citada disposición señala 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. La contratación de Estado a Estado se regula bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional. La contratación de Estado a Estado debe autorizarse mediante Decreto Supremo refrendado por el titular del sector correspondiente, declarando de interés nacional el objeto de contratación (...)⁽³⁾.”

Respecto de la contratación entre Estados, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1344 indica que esta es 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, 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 citada 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 la materia, obteniéndose 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, y le traslada los riesgos legales y administrativos, lo cual reduce a su vez el costo de evaluar y solucionar controversias y coadyuva a culminar más rápido la selección del contratista.

De lo expuesto, puede advertirse que la regulación de la contratación de Gobierno a Gobierno en el régimen general de compras públicas ha ido evolucionando en el tiempo, desde la ausencia total de previsión expresa hasta una regulación que, sin ser profunda, permite la contratación entre Estados con ciertos controles y abriendo la puerta para que las empresas provenientes del Estado contratista ejecuten las obligaciones de este.

3. El Acuerdo de Gobierno a Gobierno celebrado entre el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos de Lima 2019 y el Gobierno del Reino Unido

En el marco de la normativa reseñada en el numeral anterior, el Proyecto Especial celebró un Acuerdo con el gobierno del Reino Unido que tiene carácter de *acuerdo marco*, mediante el cual el mencionado gobierno se compromete 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.

En su calidad de acuerdo marco, el Entendimiento con el Reino Unido prevé la participación del gobierno inglés en diferentes líneas de apoyo, tales como el desarrollo de las operaciones de los juegos, el desarrollo de la infraestructura, la ejecución comercial, el componente de legado que deben dejar los juegos, la gestión del programa (PMO), entre otros.

(3) Esta disposición se encuentra prevista en la Vigésimo Primera Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo 082-2019-EF.



Es importante destacar que, contrario a lo que se piensa, este acuerdo no es un simple encargo de procedimientos de selección, por lo que la participación del Reino Unido no se limita al apoyo en la ejecución de la infraestructura o en la gestión de los Contratos NEC, sino que va más allá de ello.

Asimismo, en el referido acuerdo se han previsto diferentes modalidades de apoyo al Proyecto Especial. Una de estas es la provisión de consultores independientes contratados por medio de un agente. Otra modalidad de apoyo es la selección de proveedores de bienes, servicios y obras, por medio de un agente de procura, aplicando políticas de contratación que se desarrollan específicamente para los procesos de selección que se realicen en virtud de dicho acuerdo, las cuales deben respetar los principios de competencia, transparencia y trato igualitario. Debe advertirse que el Gobierno del Reino Unido lleva a cabo el proceso de contratación en representación del Proyecto Especial, por lo que será este último el órgano que jurídicamente se vincule con el proveedor seleccionado.

Otro aspecto que conviene aclarar es que mediante el acuerdo de entendimiento con el Gobierno del Reino Unido no solo se llevaron a cabo contrataciones de proyectos de infraestructura, sino de distintos objetos contractuales complejos, tales como la producción de ceremonias, Ticketing, Host Broadcasting, sistema de administración de los juegos, infraestructura temporal, entre otros.

Como se ha mencionado anteriormente, estos procesos de contratación llevados a cabo en el marco del Acuerdo de Entendimiento no se rigen por la normativa de contrataciones del Estado peruano, sino por políticas de procura específicamente desarrolladas para ello. No obstante, lejos de lo que se puede pensar, estos procesos de contratación no tienen por finalidad evitar la aplicación de los principios que rigen toda contratación o contar con una excesiva celeridad en la selección de contratistas, dado que las políticas de procura empleadas establecen un proceso con diferentes etapas, en el que los participantes pueden realizar consultas sobre los documentos del proceso, en el que se realiza una evaluación de las ofertas por parte de diferentes paneles de expertos en las materias requeridas, entre otras actuaciones que requieren un tiempo razonable para alcanzar los objetivos de la contratación.

De lo expuesto, puede advertirse que el acuerdo de Gobierno a Gobierno celebrado por el Proyecto Especial es un acuerdo amplio que abarca diferentes etapas y líneas de acción, siendo la conducción de procesos de contratación solo una de las diferentes modalidades de apoyo que presta el gobierno del Reino Unido.

Dentro del escenario expuesto, en los procesos de contratación de los proyectos de infraestructura más importantes, llevados a cabo por mediante el Acuerdo de Gobierno a Gobierno, se han empleado Contratos NEC para regular las obligaciones del Proyecto Especial y del Contratista,

pues se consideró que estos contratos contenían disposiciones que coadyuvarían a alcanzar los ambiciosos objetivos de estos proyectos *fast track*.

4. Los Contratos NEC

Rodríguez Fernández 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 de un referido término contractual utilizado por las partes.” (2006, 9).

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

En este escenario internacional, los Nuevos Contratos de Ingeniería (NEC, por sus siglas en inglés) son una familia de contratos estándar de uso internacional, tal como los contratos FIDIC, ICC, ENNA, AIA, entre otros. Los Contratos NEC fueron creados en Inglaterra por el Instituto de Ingenieros



Civiles como un intento de cambiar las formas tradicionales de contratación que solo se concentraban en los derechos y obligaciones legales de las partes, para pasar a la creación de un contrato que además promoviera la correcta gestión del proyecto.

Lejos de lo que sus siglas podrían hacer pensar, los Contratos NEC son una familia de contratos que no solo resultan aplicables para contratar la construcción de un proyecto de infraestructura, sino para diversos objetos contractuales, como bienes y servicios relacionados con la industria de la construcción.

Los Contratos NEC han ido ganando terreno tanto en el Reino Unido como fuera de este. Así, estos son los contratos de infraestructura más empleados por diversas organizaciones del Reino Unido y son ampliamente usados en edificaciones del sector privado. De igual forma, luego de un periodo de pruebas, los Contratos NEC se han vuelto obligatorios por el gobierno de Hong Kong para las inversiones en construcción. Estos contratos se han extendido en Sudáfrica, donde son uno de los cuatro contratos de construcción respaldados por el gobierno. Su uso está incrementándose en Nueva Zelanda y han sido utilizados satisfactoriamente en Australia e India. En los Países Bajos se vienen usando estos contratos para la construcción del edificio de la Corte Penal Internacional (Patterson 2018). En nuestro país, vienen siendo usados para la ejecución de los principales Proyectos de Infraestructura necesarios para los Juegos Panamericanos.

De esta manera, los Contratos NEC han permitido la construcción de importantes obras como el Parque Olímpico de Londres, el Crossrail de Londres, el Velódromo de Londres, el Departamento de Emergencias del Hospital de St. Thomas, la granja eólica Mt Mercer en Australia, la Universidad de Mpumalanga en Sudáfrica, entre otros importantes proyectos.

Luego de esta reseña breve sobre el empleo a internacional de los Contratos NEC, es importante resaltar de manera sucinta alguna de sus principales características.

4.1. Simplicidad de lenguaje

Parte del éxito de los Contratos NEC se debe a que, a diferencia de los tradicionales contratos empleados en la industria de la construcción, presentan una redacción breve, directa y de lenguaje sencillo, con el fin de agilizar su empleo y la toma de decisiones por las personas en el sitio de la obra, sin necesidad de acudir a abogados que tengan que interpretar la “naturaleza y sentido” de las cláusulas contractuales. Así, estos contratos buscan ser una herramienta para la gestión de proyectos, antes que un instrumento de lenguaje jurídico enrevesado que solo se limita a regular la extensión de las consecuencias de la relación entre las partes.

Esta sencillez del lenguaje implica que los Contratos NEC estén redactados con oraciones cortas, evitando términos

complejos y procurando que cada cláusula se lea por sí misma sin abusar de las referencias cruzadas dentro del contrato.

Sobre este punto, resulta importante citar el trabajo de Losada Maseda y Figueira Vizoso (2016) en el que estudian la complejidad del lenguaje empleado en los contratos EPC para obras industriales, comentando que Raufdeen Rameezdeen y Chamil Rajapakse elaboraron un estudio en el que se analizaron las principales cláusulas de los contratos FIDIC y NEC que determinan la parte que debe soportar un determinado riesgo y que son comúnmente objeto de interpretación, concluyendo que “los contratos de FIDIC deberían ser leídos e interpretados por personas con formación universitaria con máster de posgrado, mientras que los Contratos NEC pueden ser leídos e interpretados por titulados universitarios sin máster de postgrado” (Losada y Figueira 2016, 141).

De igual forma, los citados autores concluyen, respecto de la legibilidad de los contratos EPC, que “las cláusulas, y por extrapolación, los contratos redactados en español, son más complejos de leer y entender que los redactados en lengua inglesa, sin entrar a valorar la complejidad propia del marco jurídico o del proyecto que tienen que regular. Si a esto le sumamos la escasa (o prácticamente nula) formación que se imparte en las universidades españolas en relación con el inglés técnico y jurídico, así como de lenguaje y escritura técnica y jurídica en español, la probabilidad de generar interpretaciones erróneas, confusiones y sobre entendimientos por parte de los técnicos y las empresas españolas que quieran desarrollar proyectos tipo EPC en el ámbito nacional e internacional aumenta en comparación con las empresas de habla inglesa, salvo que se disponga de los suficientes recursos económicos como para contratar a especialistas en la materia, algo que no debería ser necesario si los contratos estuviesen correctamente escritos y con un nivel de legibilidad superior.”

Lo expuesto demuestra la relevancia y utilidad del esfuerzo de simplificación del lenguaje efectuado en los Contratos NEC.



No obstante, como es evidente, esta simpleza de lenguaje solo es efectiva si las partes involucradas conocen cuál es el *background* de estos contratos, es decir, su espíritu, su intención y el lenguaje usado en el sector construcción.

En otras palabras, la simplicidad de lenguaje, tan ajena a la redacción habitual de los contratos de nuestro país, puede ser 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 esta filosofía del contrato puede llevar a graves complicaciones y sobrecostos durante la ejecución del proyecto, así como la proliferación de controversias que, además, son mal administradas.

4.2. Espíritu colaborativo

Los Contratos NEC han sido creados para 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.

Esta filosofía implica que las partes del contrato colaboren mutuamente para alcanzar los fines del proyecto, pues esto permitirá que ambas se vean beneficiadas. Es una vuelta de tuerca a la cultura local, en la que las partes esconden la existencia de defectos, la información sobre los costos reales del proyecto y la ocurrencia de hechos que pueden afectar la conclusión de la obra en tiempo, plazo y con la calidad esperada.

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. Como expresión de este afán de colaboración mutua entre las partes, los Contratos NEC tienen regulación sobre “alertas tempranas”, mediante las cuales cualquiera de las partes, en cuanto identifique un problema que puede afectar el costo, tiempo o en general, el desempeño del proyecto, debe notificar a la otra, a efectos de que ambas, en conjunto, determinen la forma en que el riesgo advertido puede ser evitado o minimizado.

Como puede observarse, 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 por la fase tardía en que estos son revelados.

4.3. Correcta gestión del proyecto

Los Contratos NEC son instrumentos de gestión. Sus cláusulas están diseñadas para promover la toma de decisiones en forma

ágil y sencilla, sin que se afecte con ello la continuidad de la ejecución del proyecto. Por ello, por ejemplo, en los Contratos NEC el programa de ejecución juega un rol clave, pues funge de herramienta conjunta que establece obligaciones para ambas partes. De igual forma, el contrato establece roles de diferentes actores, asignando a uno funciones esenciales para impulsar la correcta ejecución de este.

A diferencia de nuestros contratos de obra pública locales, los Contratos NEC establecen un mecanismo sencillo para la gestión de los cambios de precio y plazo por la ocurrencia de eventos que puedan afectarlo. No se acude a la regulación de diferentes figuras, formalismos y aprobaciones innecesarias.

4.4. Gestión de riesgos

En los proyectos llevados a cabo mediante Asociaciones Público Privadas en nuestro país se presta particular importancia a la gestión de riesgos del proyecto. No obstante, en el ámbito de las normas de contratación pública local no se prestó atención alguna a los riesgos, sino hasta hace un par de años en los que se incluyó una incipiente regulación que toma previsiones prestadas del régimen de las APP para la correcta asignación y administración de los riesgos.

Por su parte, los Contratos NEC 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.

5. Los Contratos celebrados por el Proyecto Especial para llevar a cabo sus principales obras de infraestructura

5.1. Aspectos generales

Contrario a lo que muchos piensan, no todas las obras de los Juegos Panamericanos se están ejecutando empleando Contratos NEC, sino solo las principales y más importantes, siendo estas las de 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.

Dentro 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 adaptaciones para *peruanizarlo*.

Conforme a 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 la 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 verifican en los Juegos Panamericanos, sobre todo por el hecho de que en Perú nunca se han realizado eventos deportivos de esta envergadura y complejidad, por lo que no se cuenta con la experiencia necesaria para lograr culminar los proyectos de infraestructura a tiempo.

5.2. Estructura del contrato

Los contratos suscritos por el Proyecto Especial empleando el formato NEC establecen los roles de los principales actores que intervienen en el contrato (existen otros agentes vinculados como la Contraloría), siendo estos los siguientes:

- a) El Empleador (la Entidad): Tiene entre sus principales obligaciones la entrega del terreno de la obra al Contratista Administrador y el pago, así como obligaciones de no hacer, como la de no entorpecer la ejecución de la obra una vez que el contratista tomó posesión del terreno.
- b) El Gerente de Proyecto: Es el encargado de administrar el proyecto en representación de la Entidad. Es un trabajador del Proyecto Especial con facultades suficientes para adoptar decisiones de manera ágil dentro del proyecto, sin necesidad de requerir autorización o aprobación expresa de cada decisión que adopta. Así, está facultado para dar

instrucciones al contratista administrador y ordenar los cambios a las obras que resulten necesarios.

Como puede advertirse, este rol es fundamental y, por ello, debe estar dotado de la confianza y facultades necesarias. Debe ser un profesional probo, familiarizado con el contrato, con poder de decisión. Es imprescindible para los objetivos del proyecto que este profesional tenga la independencia suficiente y no esté sujeto a un régimen exhaustivo de aprobaciones o validaciones de cada una de sus decisiones por otros funcionarios al interior de la Entidad, ni que requiera le emisión de resoluciones u otras formalidades que resten dinamismo a su gestión.

- c) El Contratista Administrador: Se encarga de realizar el diseño, ejecutar la obra y administrar los subcontratos conforme a lo previsto en el contrato. Debe terminar la obra dentro de la fecha programada pues, dada la naturaleza del proyecto (realización de los Juegos), no existe posibilidad de ampliar la fecha de entrega de la obra.
- d) El Supervisor: Probablemente este es el rol que más ha costado entender a los diferentes agentes involucrados en la ejecución del proyecto, especialmente de la Contraloría General de la República, pues se aparta del concepto de supervisor de obra que tenemos en nuestra normativa de contratación pública nacional.

El Supervisor en el marco de estos contratos solo revisa la calidad de las obras. Debe hacer las pruebas y ensayos necesarios para verificar que los distintos componentes del proyecto cumplen con la calidad esperada conforme al contrato. En atención a ello, emite los certificados de defecto, en los que deja constancia de la existencia o no de los defectos encontrados.

Distinto al supervisor típico de una obra pública, el supervisor de calidad no opina sobre la necesidad de aprobar adicionales, reducciones, ni ampliaciones de plazo, figuras que, por cierto, no están reguladas como tales en el contrato.



El Supervisor es designado por la Entidad. Su función principal es verificar que los trabajos son llevados a cabo conforme al alcance definido del Proyecto. Esta función incluye pruebas de materiales y trabajos, así como observar los exámenes llevados a cabo por el contratista. El Supervisor también se encarga de identificar y corregir los defectos y, eventualmente, certificar los defectos remanentes. Las labores del Supervisor pueden tener consecuencias financieras, pero no está directamente involucrado en aspectos financieros (s/a 2017,14).

- e) Los Subcontratistas: Como indicamos, la opción F del Contrato NEC ECC elegida por los Panamericanos implica que, dada la complejidad del proyecto de infraestructura, deban involucrarse una gran cantidad de subcontratistas que se encargarán de ejecutar las diferentes actividades del proyecto.

Estos subcontratistas serán seleccionados por el contratista administrador empleando procesos competitivos de procura, conforme a la estrategia previamente aprobada por la Entidad.

- f) Los Adjudicadores: Como veremos más adelante, se ha elegido como mecanismo de solución de controversias al Dispute Board o Junta de Disputas. Por ello, los adjudicadores que integran dicho panel son parte activa durante la ejecución de la obra, involucrándose directamente con el proyecto durante todo su desarrollo, brindando función consultiva y resolutive, permitiendo que el mismo continúe sin mayores contratiempos y evitando que se deteriore la buena relación entre las partes.

5.3. Estructura del contrato

Los contratos de los principales proyectos de infraestructura de los Juegos Panamericanos se encuentran conformados por:

- El documento que tiene el encabezado y las firmas del contrato.
- El contrato NEC 3, opción F ajustado a las necesidades del proyecto de infraestructura.
- La ficha de Datos del Contrato.
- Los Anexos (Registro de Riesgos, KPI, Fechas Claves, Tarifas del personal).
- Información del Sitio de la Obra y de las Obras.
- Información Técnica de la Obra.

Se ha establecido que el Contrato NEC 3, Opción F ajustado a las necesidades del Proyecto Especial y la realidad peruana es el que prevalece sobre los demás documentos. Este presenta la siguiente estructura de cláusulas:

- Cláusulas Principales: Cláusulas previstas en el Formato del Contrato que regulan los principales aspectos del

Proyecto, las obligaciones de las partes y aspectos generales como definiciones, interpretación, etc.

- Cláusula W: Mecanismo de solución de controversias elegido por las partes.
- Cláusulas X: Son cláusulas secundarias y opcionales previstas en el Formato del Contrato.
- Cláusulas Z: Son condiciones adicionales acordadas por las partes y que no se encuentran previstas en el formato base. Estas condiciones especiales pueden incluir aspectos no regulados por el contrato o modificar las cláusulas estándar del formato.
- Anexos: Contiene anexos como la matriz inicial de los riesgos identificados por las partes, el cronograma de incentivos, entre otros.

A continuación, se analizarán brevemente algunos de los principales aspectos expresamente regulados por estas cláusulas en los diferentes contratos bajo el formato NEC celebrados por el Proyecto Especial.

5.3.1. Aspectos generales

- a) El sistema de entrega (delivery system): El sistema empleado en los contratos del Proyecto Especial es el de gerencia de construcción al riesgo. Este sistema ha sido empleado inicialmente en Estados Unidos por la necesidad de llevar a cabo complejos proyectos de construcción en un corto tiempo, pero cumpliendo altos estándares constructivos (Klee 2015, 58). Este sistema es empleado en proyectos de construcción en los que están involucrados numerosos subcontratistas que deben ser eficientemente administrados para que el proyecto en general alcance los estándares deseados.

La gerencia de construcción es “al riesgo” porque el Contratista Administrador asume el riesgo por la culminación del proyecto dentro de los estándares previstos en el contrato y por el cumplimiento de las obligaciones de los subcontratistas. De esta manera, el contratista administrador no será un mero administrador de subcontratos en representación del



empleador, sino que se involucra en la ejecución del proyecto como un contratista principal dentro del mismo, de manera tal que tiene un real y personal interés en la administración y control de los costos de construcción y el plazo.

De igual forma, el Contratista Administrador asume la responsabilidad y riesgo de toda la información y diseños que le han sido entregados por la Entidad. Por ello, reconoce haber verificado toda la información y diseños entregados por el Contratante, asumiendo el riesgo de la exactitud, integridad e idoneidad de dicha información. Asimismo, acepta que no tendrá derecho ni reclamará daños, ampliaciones de plazo o pagos adicionales por cualquier asunción de premisa equivocada respecto de la información y diseños entregados por la Entidad o basado en que la información era correcta o insuficiente.

Debe tenerse presente que, dada la naturaleza de los Juegos Panamericanos y la infraestructura necesaria para su celebración, el contrato establece específicamente que no se pueden otorgar ampliaciones de plazo de la fecha final de culminación. La filosofía de este contrato es que el plazo es esencial. Por ello, el Contratista Administrador por ningún motivo puede detener, suspender o disminuir el ritmo de ejecución de los trabajos. Esto, por supuesto, debido a que los Juegos tienen una fecha de celebración y no pueden ser postergados.

- b) El principio *fit for purpose*: El contrato establece que el Contratista Administrador está obligado a ejecutar con el más alto estándar profesional sus diseños, gestión, adquisiciones y obras, no bastando el empleo de su mayor esfuerzo y diligencia, sino el alcanzar el propósito de la infraestructura para la cual ha sido contratado. Así, el contratista no solo debe cumplir con instrucciones o usar la mejor técnica constructiva, sino que debe diseñar y construir de manera tal que el producto de su trabajo sea idóneo para los fines perseguidos por la contratación.

Esto implica que el Contratista Administrador deba contar con la experiencia y conocimientos suficientes sobre el objeto de la contratación, a efectos de entender las necesidades de la Entidad, así como los requisitos que las instalaciones de los Juegos deben presentar para su correcta organización y ejecución.

- c) El principio de valor por dinero (*value for money*). El contrato establece que el Contratista Administrador, en todas sus actuaciones, debe buscar que se obtenga el mayor valor por la inversión de fondos públicos efectuada. El Contratista Administrador debe demostrar que la decisión de subcontratar o ejecutar directamente se encuentra sustentada en que ello permite obtener el mayor valor por la inversión realizada.

- d) El principio de colaboración. El Contratante, el Contratista Administrador, el Gerente de Proyecto y el Supervisor de Calidad deberán ejecutar el contrato bajo un criterio ampliamente colaborativo y de confianza y cooperación mutua, lo cual implica que el cumplimiento de las obligaciones de cada parte se deberá realizar (i) compartiendo toda la información que sea necesaria y que deba ser puesta en conocimiento de cada parte por el beneficio del proyecto de manera oportuna y de buena fe; (ii) tomando las acciones necesarias para cumplir con la fecha de culminación de las obras; y (iii) tomando decisiones en favor del proyecto y no de los intereses particulares de las partes.

El espíritu de confianza y cooperación mutuas se define en los contratos como las acciones de transparencia, apertura, honestidad y oportunidad que se deben las partes para alcanzar el objeto del proyecto. Estas acciones incluyen a aquellas que permitan generar ahorros a favor del proyecto y la Entidad, a través de la ingeniería de valor, decisiones de adquisiciones y contratación, el cumplimiento de condiciones para materializar los incentivos por terminación anticipada de las Obras de acuerdo a lo establecido en el Contrato. Asimismo, incluyen la búsqueda de soluciones de buena fe para resolver disputas de manera amigable, haciendo los mejores esfuerzos a nivel de obra y sin afectar la Fecha de Culminación. Las partes evitarán la cultura de culpar a la otra parte en favor de practicar la búsqueda de soluciones de las incidencias durante la vigencia del contrato.

5.3.2. Subcontratación

Como se ha indicado anteriormente, en estos contratos se espera que el Contratista Administrador subcontrate las actividades del proyecto, concentrándose en la administración del mismo, por cuanto es su responsabilidad que este se ejecute dentro del tiempo, costo y calidad previstos.

Por ello, el contrato ha previsto que el Contratista Administrador debe desarrollar una estrategia para la selección y contratación de los subcontratistas, en la que se detalle el procedimiento competitivo que seguirá. El



proceso de selección de subcontratistas debe permitir obtener el mayor valor por el dinero invertido en cada caso.

La estrategia de procura a seguirse para la selección de los subcontratistas debe ser aprobada por el Gerente de Proyecto. Una vez realizados los procesos de selección, toda la información relacionada a estos debe ser compartida con el Gerente de Proyecto. El contratista administrador no puede seleccionar a un subcontratista sin obtener la aprobación previa del Gerente de Proyecto.

El contrato asigna al Contratista Administrador la responsabilidad por la ejecución de todas las actividades del contrato, tal como si no hubiera subcontratado, lo cual significa que el Contratista Administrador debe observar la máxima diligencia en la administración de los subcontratos. Los contratos son tan estrictos en este aspecto que señalan expresamente lo siguiente: “Este contrato asume que los trabajadores y equipos del Subcontratista son del Contratista”.

No obstante, el Contratista Administrador puede decidir no subcontratar una actividad que, conforme al contrato, debía ser subcontratada, siempre que demuestre al Gerente de Proyecto que la ejecución directa de esta actividad genera mayor valor por dinero y eficiencia.

5.3.3. Diseño

El Contratista Administrador está a cargo del diseño de las obras. El Gerente de Proyecto revisa los diseños realizados por el contratista administrador y puede rechazarlos motivadamente. Por ejemplo, el Gerente de Proyecto puede rechazar los diseños porque estos no cumplen con los alcances previstos en la información de las obras o con lo dispuesto por la normativa nacional de construcción. El contratista administrador no puede iniciar con la ejecución de una sección de la obra mientras el diseño correspondiente a esta no haya sido aprobado por el Gerente de Proyecto.

La responsabilidad por el diseño de las obras es del contratista, por lo que este debe revisar toda la información y diseños previos proporcionados por la Entidad, asumiendo incluso la responsabilidad por la inexactitud de estos.

5.3.4. Cronograma de Actividades

El Cronograma de Actividades o programa es una herramienta dinámica vital para la administración del proyecto. El cronograma del proyecto debe mostrar la holgura disponible del proyecto, así como el plan del contratista para lidiar con las demoras que pudieran presentarse durante la ejecución. El contratista debe actualizar el programa regularmente para mostrar el progreso real de las obras, de manera tal que se puedan adoptar las decisiones y mitigar los riesgos que surjan para culminar las obras dentro del plazo previsto.

El cronograma de actividades debe ser detallado, por lo que el contrato establece que este debe contener, entre otros datos, los siguientes:

- La fecha de inicio, las fechas de acceso, las fechas clave y la fecha de culminación,
- Culminación prevista,
- El orden y el calendario de las operaciones que el Contratista tiene previsto desarrollar para realizar las obras,
- Para cada una de las operaciones, una declaración de cómo el Contratista planea realizar el trabajo indicando el equipo principal y los demás recursos que serán utilizados, y
- La demás información que la Ficha de Información de Obras exige que el Contratista muestre en un cronograma presentado para su aceptación.

El cronograma del proyecto debe ser aceptado por el Gerente de Proyecto o, de lo contrario, comunicar al contratista su rechazo sustentado. Entre las razones por las que el Gerente del Proyecto puede rechazar el cronograma de proyecto presentado por el Contratista se encuentra el hecho de que el cronograma no sea realista, no contenga la información exigida por el contrato, no se ajuste a la ficha de información de la obra, no cumpla con las fechas claves, entre otras.

Es esencial que el Contratista Administrador y el Gerente del Proyecto trabajen conjuntamente para elaborar y regularmente actualizar el programa que acuerden. Si no lo hacen, es muy probable que estos se vean inmersos en disputas sobre el tiempo que ha tomado la realización de los trabajos. Por ello, todos los programas que se realicen tienen una vida útil corta, pues siempre pueden ocurrir eventos que generen que el cronograma deba ser revisado y actualizado.

Como se advierte, a diferencia de lo que ocurre en la obra pública peruana, este contrato reconoce que una obra no es una actividad simple libre de vicisitudes que pueden afectar el programa de las actividades, sino que, por el contrario, reconoce a la obra como un conjunto complejo de actividades que pueden variar en el tiempo.

5.3.5. Calidad

Los contratos empleados por el Proyecto Especial prestan especial atención a la



regulación respecto de la calidad de las obras. Ello, por cuanto las obras deben cumplir con los estándares de calidad esperados por la Organización Deportiva Panamericana para los Juegos. En este contexto, adquiere relevancia el rol del supervisor de calidad que, como hemos mencionado, pese a su denominación, no es un supervisor de obra bajo el concepto de la normativa nacional.

Así, conforme al contrato, se espera que el Contratista Administrador y el Supervisor de Calidad se encuentren en constante comunicación y contacto directo para asegurar que las obras cumplan con la calidad esperada. La labor del Supervisor de Calidad debe ser ágil, de manera tal que no entorpezca las actividades del contratista.

El contrato establece que, en caso el Supervisor de Calidad encuentre un defecto en las obras, el Contratista Administrador debe asumir el pago por la repetición de las pruebas. Mediante esta disposición se busca incentivar al Contratista Administrador a que, en observancia de su alto estándar de diligencia, lleve a cabo sus propias actuaciones de control de calidad.

Ante la eventualidad de que el Contratista Administrador no cumpla con corregir los defectos advertidos por el supervisor de calidad, el contrato prevé dos soluciones: (i) que el Gerente de Proyecto acepte el defecto y reduzca los costos del mismo (o adelantar la fecha de culminación de las obras); o (ii) que haga que el defecto sea corregido por terceros, trasladando el costo que esto suponga al Contratista Administrador.

5.3.6. Costos y pago

El contrato prevé que deben realizarse valorizaciones periódicas del avance de la obra, las mismas que dan lugar al pago del Contratista Administrador.

En líneas generales, para calcular el monto a pagar al Contratista Administrador, primero debe considerarse el Costo Determinado por los trabajos realizados por este. El Costo Determinado corresponde a la suma de los costos en que el Contratista Administrador haya incurrido por los trabajos que ha subcontratado y aquellos que haya ejecutado directamente, menos los costos desestimados. Los costos desestimados son aquellos que, entre otros supuestos, no se encuentran justificados en la contabilidad y registros del Contratista Administrador, o que este no debió pagar a sus subcontratistas o proveedores conforme a los contratos de estos.

Luego de calculado el Costo Determinado, debe calcularse la tarifa correspondiente. Para ello, al Costo Determinado (que incluye la deducción de los costos desestimados) para la obra subcontratada se le aplica el porcentaje de comisión por subcontratación, mientras que al costo determinado por ejecución directa de las obras se le aplica el porcentaje de comisión directa.

La suma de los Costos Determinados más la Tarifa da como resultado el precio del trabajo realizado a la fecha

que será pagado al Contratista. Asimismo, cuando corresponda, a este monto final se le deben sumar otros conceptos como los intereses devengados por demora en el pago y se le deben restar otros conceptos como las penalidades en que el Contratista Administrador haya incurrido.

5.3.7. Eventos compensables

Esta es la sección más detallada e importante del contrato, pues en esta se establece la forma en que las partes deben lidiar con los eventos inesperados que afecten la ejecución de las obras.

De manera general, los Eventos Compensables son eventos previstos en el contrato que, de ocurrir, otorgan al Contratista Administrador el derecho a solicitar que se le compense por la afectación en el precio o el plazo del contrato que se hubiera generado. Obviamente, esta compensación procederá cuando la ocurrencia del evento no sea imputable al Contratista Administrador.

El contrato establece diferentes supuestos de eventos compensables, tales como el cambio de la información de las obras, las decisiones de cambio efectuadas por el Gerente de Proyecto, la presencia de condiciones meteorológicas inesperadas, la falta de acceso y uso del sitio de la obra, las instrucciones del Gerente de Proyecto de suspender alguna obra o cambiar una fecha clave, eventos imprevisibles, los cambios normativos, entre otros eventos que justifican que se modifique la contraprestación del contratista.

El contrato establece el procedimiento que debe seguirse para la procedencia de la compensación. En principio, el Contratista Administrador debe notificar al Gerente de Proyecto la ocurrencia de un evento compensable. El Gerente de Proyecto tiene un plazo breve para pronunciarse sobre la procedencia del evento compensable. El Gerente de Proyecto puede rechazar un Evento Compensable cuando, por ejemplo, el evento ocurrió por culpa del Contratista Administrador o cuando el contrato no ha previsto el evento invocado como un supuesto de Evento Compensable. Si el Gerente de Proyecto no responde dentro del plazo pactado, el contratista Administrador deberá



remitir un recordatorio. Si pese a ello, el Gerente de Proyecto no responde dentro del plazo pactado, el evento compensable se considera aceptado.

De igual forma, debe tenerse presente que, si el contratista no comunica un evento compensable dentro del plazo previsto en el contrato, no tendrá derecho a la compensación, salvo algunas excepciones, tales como el hecho de que el evento se haya generado por una instrucción del Gerente de Proyecto.

Cuando el Gerente de Proyecto aprueba un Evento Compensable, el contratista debe emitir una cotización de la compensación correspondiente. De no remitir la cotización dentro del plazo pactado, el Gerente de Proyecto realizará su propia valorización del evento compensable. En cualquier caso, la cotización es revisada y aprobada.

5.3.8. Alertas tempranas

Las alertas tempranas son la expresión de la filosofía de administración proactiva de los Contratos NEC. Esta herramienta permite la solución de los problemas que puedan surgir durante la ejecución del proyecto de manera oportuna y abierta colaborativamente por las partes.

Conforme al contrato, tanto el contratista como el Gerente de Proyecto deben realizar una alerta temprana tan pronto descubran la existencia de un riesgo que pueda incrementar el precio total de las obras, demorar la culminación de las obras, demorar el cumplimiento de una fecha clave o perjudicar la ejecución de los trabajos del contratista.

El Gerente de Proyectos y el Contratista Administrador pueden solicitar que se celebre una reunión de riesgos, en la que ambos deben cooperar para brindar y evaluar propuestas para evitar o reducir el impacto de los riesgos identificados, decidir las acciones que deben adoptarse y quién, conforme al contrato, debe asumirlas, así como para retirar del registro de riesgos aquellos que hayan sido superados.

5.3.9. Solución de controversias

Se ha elegido como mecanismo de solución de controversias a la Junta de Disputas (*Dispute Adjudication Board* o DAB) previa al Arbitraje. Así, toda controversia derivada de la interpretación o cumplimiento del contrato será resuelta en primer lugar por el DAB, conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). El DAB estará compuesto por tres miembros.

El DAB dicta una decisión que es de obligatorio y de inmediato cumplimiento para las partes. Si una parte no acata la decisión, la otra parte puede someter el incumplimiento a un árbitro de emergencia, quien está facultado para ordenar medidas cautelares para la ejecución forzosa de la decisión no acatada.

El Contrato establece que, para someter una controversia a arbitraje, es requisito indispensable que previamente esta haya sido sometida al DAB y se cuente con una decisión de este.

5.3.10. Penalidades

El Contrato prevé una penalidad por mora empleando una fórmula similar a la establecida para la penalidad por mora en la normativa de contrataciones del Estado peruano. No obstante, el Contrato prevé la posibilidad de revertir (devolver) el monto de las penalidades cobradas cuando, pese a haberse producido una demora en los plazos internos del Contrato, se haya cumplido con el plazo final.

De igual forma, el Contrato puede prever otras penalidades distintas a la penalidad por mora.

5.3.11. Indicadores de Desempeño Clave (KPI)

Este es uno de los aspectos más atractivos del contrato y que alinea los incentivos del Contratista Administrador y de la Entidad. El Contrato establece un cuadro de indicadores de desempeño que, de ser alcanzados o mejorados por el Contratista Administrador, le permiten obtener un incentivo económico adicional. Los KPI están referidos a importantes aspectos de calidad y costos del contrato. El incentivo más característico de los contratos celebrados por el Proyecto Especial es que el Contratista Administrador obtiene el 50% del ahorro que genere respecto del presupuesto previsto para la obra.

Este es un cambio de visión respecto de la normativa nacional de obra pública en la que el principal incentivo del contratista, además de obtener su contraprestación, es el de no ser penalizado o sometido a procedimientos sancionadores, lo que estimula a que este oculte defectos o riesgos, sin mayor interés en mejorar los estándares de calidad previstos.

Por el contrario, los KPI tienen por efecto que el Contratista colabore con la Entidad para que el proyecto se ejecute superando la calidad, plazo y presupuesto esperados, pues con ello obtendrá beneficios económicos. Así, los KPI alientan al Contratista Administrador a alertar oportunamente los riesgos detectados, que ayude a la Entidad a solucionar cualquier problema detectado, que no inicie controversias por aspectos menores que puedan entorpecer la obra, entre otros efectos positivos.



6. Las Juntas de Disputas (*Dispute Adjudication Boards*)

Los proyectos de infraestructura son naturalmente propensos a la generación de disputas entre las partes debido a su complejidad, la gran cantidad de riesgos que deben administrarse y a las elevadas sumas de dinero involucradas.

Sin importar qué tan sencillo sea el contrato ni qué tanto las partes colaboran entre sí, siempre existe una alta posibilidad de que se generen disputas. Dicha posibilidad se incrementa cuando el contratista es extranjero, dado que, aunque haya sido diligente, difícilmente podría conocer todos los aspectos normativos locales que tienen incidencia en el proyecto.

Por esta pluralidad de factores que pueden generar controversias entre las partes, resulta necesario contar con mecanismos de solución de controversias que sean ágiles y permitan que el proyecto no se vea afectado en su ejecución.

El mecanismo de solución de controversias elegido en los Contratos NEC de los Juegos Panamericanos es el de la Junta de Disputas. Este mecanismo se caracteriza por la constitución de un panel de expertos independientes (normalmente tres expertos) que se encarga de acompañar la ejecución del proyecto de infraestructura, absolver consultas y dirimir respecto de las controversias que surjan en la obra.

Las Juntas de Disputas pueden ser de carácter permanente o ser ad hoc. Serán permanentes cuando la Junta se constituye desde el inicio del proyecto y acompaña al mismo en cada una de las controversias que surjan. De otro lado, serán ad hoc cuando las Juntas se instalen según vayan surgiendo las diferentes controversias, de manera tal que en un mismo proyecto puedan existir diferentes Juntas para sus diferentes controversias.

Dependiendo del tipo de Junta de Disputas que se elija, la decisión del panel puede ser obligatoria o ser una recomendación para las partes.

En los Contratos NEC celebrados por los Juegos Panamericanos se ha optado por la Junta de Disputas permanente con decisión vinculante. En atención a ello, por contrato se ha designado una sola Junta de Disputas que puede emitir decisiones que son vinculantes para las partes, correspondiendo que su cuestionamiento se realice mediante arbitraje.

Precisado lo anterior, resulta importante entender la utilidad y características de este mecanismo de solución de controversias que, aunque se encuentra previsto en la normativa de contrataciones del Estado peruano, no ha tenido mayor desarrollo ni aplicación en las obras públicas celebradas bajo el alcance de dicha norma.

De acuerdo con lo indicado, las Juntas de Disputas se constituyen desde el inicio de la obra o desde el surgimiento de la

primera disputa, a efectos de que los expertos (llamados adjudicadores) puedan acompañar a la obra durante toda su ejecución. En este escenario, los adjudicadores hacen visitas periódicas a la obra en las que aprovechan para consultar sobre el avance de la misma, las incidencias que se hubieran reportado, las discrepancias entre las partes, los riesgos advertidos, entre otros aspectos.

Además, las partes deben poner a disposición de los adjudicadores toda la documentación que se genera durante la administración del proyecto, a efectos de que estos tengan un contacto directo y en tiempo real con la obra y las disputas que se pudieran generar. Esto no sucede con otros mecanismos de solución de controversias como el arbitraje, en los que los entes decisores toman conocimiento de los acontecimientos que dieron origen a las controversias a través de los medios probatorios y los alegatos de las partes, los cuales, por ser evidentemente parcializados y contrarios entre sí, dan lugar a la difícil tarea de reconstruir artificialmente el pasado para adoptar una decisión.

Por estas consideraciones, los adjudicadores se encuentran en posición de advertir oportunamente las diferencias entre las partes que a futuro podrían generar controversias e intervenir para corregir dicha situación.

Otro aspecto a tomar en cuenta es que la Junta de Disputas puede absolver las consultas técnicas que formulen las partes, con lo cual evita que la obra se paralice por diferencias respecto de la interpretación de los documentos contractuales.

En el caso de otros mecanismos de solución de controversias, dado que están orientados a la solución de las grandes controversias entre las partes, no ofrecen respuestas para las discrepancias de menor dimensión que se generan constantemente durante la ejecución del proyecto y que, aunque pudieran no revestir grandes implicancias económicas, pueden impedir que se logre la finalidad del mismo. La Junta de Disputas, aunque costosa, ofrece la ventaja de un acompañamiento continuo que permite solicitar de diferentes maneras la asistencia



del panel de adjudicadores para resolver discrepancias menores o aclarar asuntos en los que las partes tienen diferentes interpretaciones.

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, 86), 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.”

De todo lo expuesto, puede concluirse que la función más importante de las Juntas de Disputas es la de prevenir las controversias entre las partes, antes que resolver aquellas que ya hayan detonado.

Esta función previsor de la Junta de Disputas coadyuva a mantener en buenos términos las relaciones entre las partes, pues sus discrepancias se resuelven oportunamente, antes de que la constante fricción desgaste la confianza y buena fe entre estas. Por el contrario, cuando las partes acuden a un arbitraje, normalmente su relación se encuentra desgastada y han pasado por diferentes conflictos durante la ejecución del proyecto, incrementando la tensión entre estas, la desconfianza y los incentivos de esconder información o hechos que son de interés común.

7. Conclusiones y recomendaciones

Luego de lo expuesto, debe indicarse que resulta importante que, luego de que culminen los Juegos, se compartan públicamente las experiencias obtenidas con el empleo de los Acuerdos de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC, divulgando las lecciones aprendidas y las oportunidades de mejora. Esto, no solo para replicar estos esquemas de contratación, sino para mejorar nuestra normativa de contratación pública nacional. No debemos buscar siempre apartarnos del régimen general de contratación pública, sino mejorarlo y dotarlo de la flexibilidad de la que tanto carece para responder a las necesidades de las distintas entidades y permitir el desarrollo de la experiencia y habilidades nacionales.

Respondiendo a la pregunta del título de este artículo, debe señalarse que el empleo de las figuras del Acuerdo de Gobierno a Gobierno y de los Contratos NEC no son las milagrosas soluciones para las deficiencias de la normativa nacional. Mal usados pueden generar excesivos sobrecostos y corrupción.

Por ello, para el empleo de estos mecanismos se requiere de personas experimentadas, probas y firmes para adoptar las decisiones correctas en beneficio del proyecto.

Ahora bien, respecto del Acuerdo de Gobierno a Gobierno, debe destacarse que esta es una herramienta que permite el desarrollo de diferentes líneas de acción y no únicamente un mecanismo de encargo de procesos.

Antes de embarcarse en la labor de negociar un Acuerdo de Gobierno a Gobierno, es importante que las Entidades evalúen y sometan a concurso a los gobiernos que demuestren su interés en celebrar un acuerdo. Para estos efectos, la Entidad que desee usar este mecanismo debe estudiar las capacidades y experiencia de dichos gobiernos, así como la compatibilidad de la cultura de ambos gobiernos. De nada sirve solicitar apoyo a un gobierno que, si bien ha tenido resultados en la ejecución de proyectos, dicha ejecución se haya realizado contraviniendo la ley, sin cuentas claras y con indicios de corrupción.

De igual manera, debe tenerse presente que el encargo de la conducción de determinados procesos de selección no implica la liberación de controles mínimos, la evasión de principios básicos de contratación pública, ni menos aún el empleo de procedimientos sumarísimos que no permitan una participación seria de postores. Los procesos en los juegos panamericanos –no solo los de obra– llevados a cabo mediante el Acuerdo de Gobierno a Gobierno tardaron meses en ser adjudicados y requirieron de bastante trabajo conjunto entre los representantes del Gobierno del Reino Unido y el personal del Proyecto Especial. No se buscaba una desmedida prisa, sino aprovechar la experiencia internacional de los consultores del Reino Unido para poder llegar a proveedores internacionales y obtener las mejores ofertas en términos de calidad y precio.

Una vez suscrito un Acuerdo de Gobierno a Gobierno, es importante que la Entidad evalúe y valide con sus áreas internas la real necesidad técnica de encargar determinados procesos de contratación al



Gobierno extranjero, dado que los costos de los consultores y los servicios del Gobierno extranjero suelen ser bastante elevados. Este mecanismo debe ser empleado con mucha responsabilidad, no puede ser usado para suplir las deficiencias del personal de la Entidad o para que esta intente desprenderse injustificadamente de su función de conducir procesos de contratación.

Precisado lo anterior, debe reiterarse que el Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC son dos figuras distintas. El Acuerdo de Gobierno a Gobierno tuvo un alcance amplio que comprendía la asistencia del Reino Unido en diferentes áreas del Proyecto Especial. La celebración del Acuerdo de Gobierno a Gobierno no tuvo como finalidad la aplicación de los Contratos NEC.

Por su parte, los Contratos NEC fueron elegidos como contratos modelo para la ejecución de las principales obras de infraestructura del Proyecto Especial llevadas a cabo mediante el Acuerdo de Gobierno a Gobierno debido a sus múltiples bondades reseñadas anteriormente. No todas las contrataciones de obra del Proyecto Especial emplearon Contratos NEC, así como no todos los procesos de contratación llevados a cabo en el marco del Acuerdo de Gobierno a Gobierno tuvieron por objeto la ejecución de obras.

Una Entidad que evalúe la posibilidad de usar un modelo de contrato NEC debe considerar que estos contratos no necesariamente tienen la solución para su proyecto específico, por lo que debe analizar si las bondades y herramientas del contrato NEC se adaptan a sus objetivos. Asimismo, debe tomar en cuenta que, así como los NEC, existen otros contratos estándares internacionales, como por ejemplo los contratos FIDIC.

Adicionalmente, la Entidad debe comprender que, para el empleo eficiente de los Contratos NEC, es importante capacitar previamente a su personal sobre la filosofía NEC, el significado de los términos empleados en el contrato y el sentido y objetivo de sus principales cláusulas. Sin estas consideraciones previas, la Entidad tendría que contratar asesoría legal externa para comprender aquello que esta misma ha pactado y gestionar correctamente su contrato, lo cual generaría demoras en la ejecución del proyecto y el incremento de las controversias entre las partes.

En el caso particular de los Juegos Panamericanos, el Gobierno del Reino Unido contaba con vasta experiencia en el uso de los Contratos NEC, por lo que pudo brindar constante asesoría en la gestión de los contratos suscritos por el Proyecto Especial.

Adicionalmente, es importante que la Entidad realice una labor de sensibilización de la filosofía NEC a su órgano de control interno, las comisiones fiscalizadoras del Congreso,

entre otros *Stakeholders* que tengan un rol importante en la ejecución del contrato. Es especialmente importante que estos *stakeholders* conozcan el trasfondo de las penalidades, las alertas tempranas, los eventos compensables y los roles, con especial énfasis en el Supervisor de Calidad, en la medida que se trata de conceptos diametralmente opuestos a los manejados en nuestra normativa de contratación pública nacional.

Una vez adoptada la decisión de emplear un modelo de contrato NEC, es necesario que la Entidad adopte un especial cuidado en el diseño del contrato específico. Debe evitarse el abuso de las cláusulas Z que se utilizan para modificar las cláusulas estándar del contrato o incluir nuevas provisiones. No pueden emplearse estas cláusulas para desnaturalizar por miedo o desconocimiento al contrato NEC, regresando a viejos hábitos que no guardan relación con la filosofía NEC. Así, por ejemplo, no debe usarse la Cláusula Z para establecer formalidades innecesarias para la gestión de eventos compensables, ni para desnaturalizar los roles de los actores del contrato, ni para prever una innecesaria cantidad de penalidades que desincentiven el rol colaborativo del contratista, ni para establecer ninguna otra previsión que impida la correcta gestión del proyecto.

Finalmente, es importante que, durante la ejecución del contrato NEC, la Entidad dote de autonomía y autoridad suficiente a su Gerente de Proyecto para adoptar las decisiones necesarias en la obra; asimismo, resulta necesario que la Entidad se muestre abierta a entender que los Contratos NEC son herramientas de gestión dinámicas, no puede evitar que el cronograma se actualice regularmente ni evitar levantar alertas tempranas. En esta etapa, también es importante que las partes colaboren en elegir rápidamente a los miembros de la Junta de Disputas y colaboren con los adjudicadores entregándoles toda la información del proyecto debidamente ordenada, a fin de que estos puedan asistir a las partes en la correcta ejecución del proyecto, mitigando la posibilidad de que estallen controversias.



8. Referencias bibliográficas

Tribunal Constitucional. 2004. Sentencia del Expediente No. 020-2003-AI/TC.

Cassagne, Juan Carlos. 2008. *Características Principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_caracterizacion_legal_de_las_contrataciones_de_la_Administracion_nacional.pdf.


Rodríguez Fernández, Maximiliano. 2006. El Contrato Internacional de Construcción: Aspectos Generales. *Revista Mercatoria* 1, volumen 5.

Patterson, Richard. 2018. *NEC Contracts - are they right for you?* <https://journal.iaccm.com/contracting-excellence-journal/nec-contracts-are-they-right-for-you>.

Losada Maseda, Jesús Javier y Filgueira Vizoso, Almudena. 2016. Evaluación del nivel de legibilidad de contratos EPC redactados en español e inglés para obras industriales. *Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law* 66 (diciembre): 136-152. DOI: 10.2436/rld.i66.2016.2825

s/a. 2017. *Managing an Engineering and Construction Contract*. Volumen 4 de la Edición Completa de la Familia de Contratos NEC. Reino Unido.

Klee, Lukas. 2015. *International Construction Contract Law*. Reino Unido: John Wiley & Sons.

Paredes, Gustavo. 2013. Dispute Boards y Arbitraje en Construcción: ¿Compiten o se Complementan? *Revista Arbitraje PUCP* 3: 79-85. 

Benites, Vargas & Ugaz
ABOGADOS