

LA COLABORACIÓN ENTRE LAS ENTIDADES Y LOS PROVEEDORES EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO: UNA NECESIDAD PUESTA EN EVIDENCIA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19

COLLABORATION BETWEEN ENTITIES AND SUPPLIERS IN STATE CONTRACTING: A NEED HIGHLIGHTED BY THE COVID-19 PANDEMIC

Juan Carlos Medina Flores*
Estudio Ehecopar

The COVID-19 pandemic has highlighted the serious problem of lack of collaboration between the parties in a public contract. The parties faced unpredictable situations and the need to make agile decisions to mitigate or reduce the impacts of the pandemic; notwithstanding, in many cases they showed conflictive behavior rather than a collaborative one that prioritizes the efficiency in the contract management to achieve the emergency's attention, economy's dynamism of the economy, the generation of jobs, the investment in public spending, among others. Therefore, it is important to analyze the collaboration mechanisms in public contracts that are currently available in the law, as well as those that can be implemented, without losing sight of the fact that building trust among the actors in the public procurement system is essential to align the interests of the parties and generate effective cooperative management.

The article will analyze the main concepts about contract collaboration and the different tools that can foster it.

KEYWORDS: *Public procurement; Contract collaboration; Public contracts; Contract Management; Project Delivery System.*

La pandemia del COVID-19 ha puesto en evidencia el grave problema de la falta de colaboración entre las entidades y los contratistas en la ejecución de los contratos con el Estado. Ante situaciones imprevisibles y la necesidad de toma de decisiones ágiles para mitigar o disminuir los impactos de la pandemia, en muchos casos las partes mantuvieron una conducta conflictiva antes que una colaborativa que priorice la buena gestión contractual para alcanzar la finalidad de la contratación, lo cual puso en riesgo la atención de necesidades para atender la emergencia sanitaria, el dinamismo de la economía, la generación de puestos de trabajo, la inversión en gasto público, entre otros fines. Por ello, es importante conocer las herramientas de colaboración en contratación pública que están disponibles en la normativa vigente, así como aquellas que pueden ser implementadas, sin perder de vista que fomentar la confianza entre los actores del sistema de contratación pública resulta esencial para alinear los intereses de las partes y generar una efectiva gestión colaborativa.

En el presente artículo se analizarán los principales conceptos sobre la colaboración entre las partes y la forma en que diferentes herramientas pueden fomentar esta colaboración.

PALABRAS CLAVE: *Contratación pública; colaboración; contratos con el Estado; ejecución contractual; sistemas de entrega de proyectos.*

* Abogado. Magíster en Contratación Pública por la Universidad Castilla La Mancha y estudios de postgrado en Derecho de la Construcción, Derecho Corporativo, Arbitraje y Dispute Boards. Árbitro y docente de postgrado en la Escuela de Administración de Negocios. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción (Lima, Perú). Presidente de la Comisión de Contrataciones del Estado de la Sociedad Peruana de Derecho. Asociado Senior del Estudio Ehecopar (Lima, Perú). Contacto: juancarlos.medina@bakermckenzie.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 6 de setiembre de 2021, y aceptado por el mismo el 26 de octubre de 2021.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia del COVID-19 ha golpeado a nuestro país en diferentes ámbitos, llevando al Gobierno a emitir diversas medidas que han tenido impacto en la economía, la salud, el trabajo y la convivencia de las personas. En efecto, a raíz de las medidas restrictivas y las nuevas obligaciones sanitarias impuestas por el Gobierno, la ejecución de los contratos con el Estado se vio alterada, ya sea porque se paralizó, se retrasó o se hizo más onerosa. Así, por ejemplo, el contratista de obra pública, además de ver paralizada la obra durante la inmovilización social obligatoria, tuvo que asumir como nuevas obligaciones el implementar zonas de despistaje de COVID-19 y desinfección dentro del sitio de la obra, establecer distanciamiento social entre el personal de la obra, entre otras nuevas obligaciones.

La situación antes descrita ha sido resaltada por Wagemann Farfán e Inostroza Guajardo al señalar que:

[...] aquellos contratistas que celebraron contratos de obra pública antes del reconocimiento del COVID-19 como pandemia, se han visto compelidos a continuar ejecutando sus proyectos en circunstancias anormales o extraordinarias que conllevan una excesiva onerosidad del cumplimiento de las obligaciones. Adicionalmente, [...] los proyectos de construcción enfrentan actualmente y enfrentarán en el futuro eventuales retrasos, situación que se podría traducir en la aplicación de multas por parte del propietario, con lo que la utilidad o beneficio originalmente esperada por contratista dejaría de existir (2020, p. 384).

En este contexto, la pandemia ha desnudado las falencias y necesidades de la normativa de contrataciones del Estado y, especialmente, la forma en que se vienen ejecutando los contratos bajo su ámbito. Entre estas falencias, se encuentra la falta de colaboración entre las entidades y los contratistas durante la ejecución de los contratos, que ha generado críticas a nuestra normativa, dado que presta demasiada atención a castigar y presionar al contratista, antes que en buscar su cooperación activa. Lamentablemente, las entidades interpretan el deber de colaboración como unidireccional, de manera tal que corresponde al contratista del Estado

‘someterse’ a las decisiones de la entidad, a fin de colaborar con esta para que se atienda la necesidad pública que subyace a la contratación. Las entidades públicas olvidan que los privados no contratan con el Estado con el único interés de coadyuvar a la consecución de fines públicos, sino que, en el fondo y principalmente, persiguen un interés patrimonial, lo cual no es cuestionable en modo alguno.

Esta falta de colaboración tiene su origen en diferentes aspectos. Entre ellos encontramos la desconfianza de nuestro sistema, la ausencia de debidos incentivos normativos y contractuales, la intervención desmedida de la Contraloría General de la República, entre otros, que difícilmente podrán ser resueltos únicamente adoptando un modelo estándar de contrato específico o un genérico principio de colaboración. Ante esta coyuntura, actualmente, dado el creciente uso de los contratos de Gobierno a Gobierno para la asistencia técnica en la ejecución de importantes proyectos de infraestructura¹, en el marco de los cuales se han empleado contratos estándares internacionales de construcción (principalmente Nuevos Contratos de Ingeniería (en adelante, NEC) e International Federation of Consulting Engineers)², muchas son las voces que proponen adoptar estos modelos con carácter general en la contratación pública, para promover la colaboración entre la administración y el privado.

Sin embargo, se suele olvidar que muchas veces el problema no es ‘qué’ modelo de contrato se ha elegido, sino ‘cómo’ fue ejecutado. Es decir, la actitud y compromiso con el objetivo del contrato que asumen las partes. Cuando las partes del contrato mantienen buenas relaciones, tienen confianza mutua y alinean sus intereses en beneficio común, probablemente ejecuten un contrato bajo la Ley de Contrataciones del Estado vigente de manera más colaborativa que si ejecutaran un contrato estándar internacional adoptando una actitud conflictiva.

En la práctica, se advierte que, incluso en los contratos estándares internacionales de construcción celebrados bajo el ámbito de los contratos de Gobierno a Gobierno, las partes están teniendo constantes problemas para asumir los deberes de colaboración que estos les exigen y emplear debidamente las herramientas que estos mode-

¹ Se ha empleado esta modalidad para contratar la asistencia técnica en gestión de inversiones en importantes proyectos como los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos del 2019; las obras de la Reconstrucción con Cambios, la carretera central, entre otros.

² Para profundizar más sobre estas modalidades, véase el artículo académico de Juan Carlos Medina Flores denominado El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que pueden ser replicadas por todas las Entidades? (2019).

los contractuales ponen a su disposición. Esto nos devuelve a nuestra premisa inicial: el problema radica más en la actitud que adoptan las partes del contrato y la falta de confianza, antes que en el modelo o tipo de contrato empleado.

Abordada la problemática, la colaboración puede estimularse mediante diferentes herramientas y adoptando diferentes enfoques. La colaboración contractual, entre otros factores, depende de la cultura en los negocios con el Estado, de la adopción del deber genérico de buena fe, del sistema de castigos (penalidades o sanciones) y, en general, de los mecanismos contractuales y normativos específicos que incentiven a ambas partes a esforzarse de manera conjunta para alcanzar la finalidad del contrato, en beneficio común.

Con estas ideas preliminares, el presente artículo busca abordar algunos aspectos de la colaboración entre el privado y la administración, delimitando el alcance de esta colaboración y las diferentes formas en que la misma se puede estimular.

II. LA COLABORACIÓN ENTRE EL CONTRATISTA Y LA ENTIDAD

Los contratos, sean públicos o privados, requieren la colaboración de las partes que los celebran para alcanzar su finalidad. Esta colaboración puede tener diferentes niveles. Cuando las partes se encuentran totalmente involucradas en la ejecución del contrato e interesadas en que este alcance su finalidad, buscarán soluciones eficientes para superar cualquier inconveniente y alcanzar las condiciones de tiempo, calidad y costo esperados.

Por ejemplo, en el ámbito del sector construcción, el reporte McKinsey ha establecido que entre las claves para incrementar la productividad se encuentra la colaboración. De acuerdo con este informe:

[p]ara permitir el éxito en cualquier tipo de acuerdo contractual, es esencial establecer un ambiente colaborativo y de confianza entre las partes. Esto puede ser logrado a través de una definición temprana y alineamiento al alcance del proyecto, una mejorada gestión de procesos y el incremento de la transparencia durante la vida del proyecto (2017, p. 71) [traducción libre]³.

En el ámbito de la contratación pública, la colaboración tiene una importancia especial, pues alcanzar el éxito del contrato implica que se cumpla la finalidad pública para la que fue celebrado. Al respecto, es importante recordar que el artículo 1 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece que la finalidad de esta norma consiste en resguardar que las contrataciones de bienes, servicios y obras que realicen las entidades se efectúen de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de los fines públicos y que tengan repercusión en las condiciones de vida de los ciudadanos (2014).

Además, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), mediante la Opinión 15-2015/DTN, ha señalado que cuando una entidad contrata bienes, servicios u obras lo hace con la finalidad de satisfacer una necesidad vinculada al cumplimiento de sus funciones públicas (2015). Es decir, se trata de una necesidad pública. Es por ello por lo que, tal como ha reconocido el OSCE en diferentes Opiniones⁴, la situación esperada en un contrato con el Estado es el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes, justificándose que, a diferencia de la entidad, el contratista tenga una posibilidad más acotada de resolver el contrato por incumplimiento (solo cuando se trate de prestaciones esenciales de la entidad). De esta manera, el hecho de que la finalidad del contrato tenga una relevancia pública y repercuta en intereses públicos, otorga a la colaboración una relevancia mayúscula.

Es en este contexto que se considera al contratista del Estado como un colaborador de la entidad, que coadyuva en el cumplimiento de la finalidad pública del contrato, sin perjuicio de buscar su propio interés económico. Ello ha sido reconocido por el Tribunal de Contrataciones del Estado en la Resolución 2576-2020-TCE-S3, en la que establece que los proveedores:

[...] sin perjuicio de la obtención de una utilidad, que persiguen como finalidad de sus actividades económicas y comerciales, durante su participación en los procesos de contrataciones gubernamentales, deben desempeñarse como buenos proveedores del Estado, con apego a los principios de integridad, buena fe, colaboración y sana competencia (2020, p. 10).

³ Texto original: "To enable success in any type of contractual arrangement, it is essential to establish a collaborative and trusting environment for all parties. This can be achieved through early definition and alignment on a project's scope, improved management of the process, and increased transparency through the life of the project".

⁴ Véase, por ejemplo, la Opinión 001-2019/DTN.

En la misma línea, Morón Urbina ha señalado que:

El contratista estatal es considerado colaborador en el desarrollo de los fines estatales, porque mediante el contrato recibe el encargo de realizar una actividad o una prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante [...]. El contratista como colaborador del interés público merece que la Entidad contratante vele por la efectividad de sus derechos e intereses, en particular, la utilidad (fuente del equilibrio económico financiero) (2016, p. 265).

Agrega el citado autor que “es frecuente emplear el concepto de colaborador de la administración, para imputarle al administrado, en sus diversos roles, las más variadas obligaciones, cargas y deberes de incalculable imaginación hasta diluir sus perfiles” (Morón Urbina, 2020a, p. 14).

A su vez, Flores Rivas ha señalado que es “la misma posición de colaborador que asume el contratista respecto del Estado, la que lo obliga a soportar —en el marco del contrato— cargas o gravámenes reales superiores para la satisfacción del interés general [...]” (2019, p. 92).

Por su parte, Rodríguez-Arana Muñoz *et al.* explican que:

[...] los contratistas [...] se integran de alguna manera en la función pública en la medida en que están comprometidos a que las obras, servicios o suministros de interés público que se van a poner a disposición de los ciudadanos, sean los más adecuados dentro de las posibilidades técnicas existentes en cada momento (2011, p. 13).

En este orden de ideas, en los contratos con el Estado, las entidades acuden al mercado para la provisión de bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de su finalidad pública. Por ello, resulta de vital importancia que el contratista preste su colaboración para el cumplimiento de dichos fines, sin que ello implique que este se desprenda de su propio interés, que es el obtener la retribución pactada.

El contratista colabora con la entidad en el cumplimiento de sus fines públicos, pero esta colaboración no es unidireccional, sino que ambas partes deben prestarla para alcanzar la finalidad del contrato. Pretender que un contrato se ejecute debidamente, estableciendo excesivas cargas sobre el contratista, mientras que la Entidad adopta un rol obstructor, pasivo y no colaborativo, es, cuando menos, inocente.

Entender al contratista como colaborador de la Administración no puede llevarnos, en modo alguno, a pensar que este debe soportar todo el peso de la contratación, adoptando un rol de sumisión frente a exigencias desmedidas de la entidad. Debemos entender que hay un deber especial de ambas partes de conducirse con probidad, lealtad y proactividad para que la contratación se ejecute bajo condiciones óptimas, evitando actuaciones oportunistas que perjudiquen la consecución de la finalidad pública, pero sin desconocer que el contratista persigue un lucro, una utilidad esperada.

Esta colaboración que debe existir durante la ejecución del contrato parte por entender que los intereses de las partes no deben verse como contrapuestos, de manera confrontacional, sin posibilidad de compatibilización. Por el contrario, ambas partes deberían entrar al contrato esperando un mismo resultado: que este se ejecute conforme a lo pactado.

Sobre este aspecto, Suárez Beltrán y Laguado Giraldo señalan que el contratista es un colaborador de la entidad “[...] cuyos intereses no son opuestos a los de la administración, sino concordantes, y cuya participación en ese acto jurídico bilateral se sustenta en los beneficios que dimanar a favor de los partícipes (contratista y entidad contratante [...])” (2007, p. 11).

Agrega Rodríguez-Arana Muñoz que:

Si el contratista es colaborador de la administración, entonces actúa en coordinación con ella y en plena sintonía con el interés público [...]. Esta posición de dirección que corresponde a la Administración la compromete en orden a que las potestades que deba operar se enmarquen necesariamente en llevar a buen puerto la obra pública o el servicio público (2018, p. 803).

De esta manera, los intereses legítimos de la entidad y el contratista se ven satisfechos cuando el contrato se ejecuta conforme a lo pactado y de manera oportuna y eficiente. Ello, por cuanto la entidad logrará que se atienda la necesidad pública y, por su parte, el contratista obtendrá la retribución patrimonial esperada.

La consecución de este interés común debe ser asegurada mediante la colaboración de las partes durante la ejecución contractual, la cual puede ser incentivada con mecanismos legales y contractuales, así como por la propia cultura de las partes. La normativa de contrataciones del Estado contiene algunas disposiciones que buscan promover la colaboración y asegurar que se cumpla la finali-

dad del contrato, pero que resultan insuficientes. Así, por ejemplo, se prevé el principio de eficacia y eficiencia, según el cual las decisiones que se adopten durante la ejecución del contrato deben garantizar la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos (Ley de Contrataciones del Estado, art. 2, literal f, 2014). De igual forma, el principio de equidad señala que las prestaciones y derechos de las partes deben guardar razonable relación de equivalencia y responsabilidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado para garantizar el interés general (Ley de Contrataciones del Estado, art. 2, literal i, 2014). En la misma línea, el artículo 32, numeral 6, de la Ley de Contrataciones del Estado establece en cierta medida el rol de colaborador del contratista, cuando señala que este es responsable de realizar correctamente la totalidad de las prestaciones a su cargo, para lo cual debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, “empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos” (2014).

Pese a ello, las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado no han creado un sistema que promueva una efectiva colaboración activa que permita alcanzar los fines del contrato y que ambas partes vean satisfechos sus intereses. Esto ha generado que surjan diferentes problemas que afectan la colaboración, por ejemplo, cuando la Entidad ejerce las potestades que la norma le confiere de manera abusiva o cuando presiona al contratista con exigencias desproporcionadas, empujándolo a activar innecesariamente los métodos de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones del Estado. La misma situación ocurrirá cuando el contratista oculte información sobre riesgos por temor a que se le imponga toda la carga de estos o con la esperanza de solicitar luego ampliaciones de plazo que lo beneficien.

Sobre este extremo, es pertinente citar a Franco Regio cuando señala que:

las partes pueden colaborar, pues es lo que más les genera valor, o puede ser que la colaboración no se logre, ya sea por el oportunismo o la especulación, en cuyo caso el nivel de bienestar que cada uno alcanzará será menor pues el valor que pueden crear juntos se dividirá (2020, p. 178).

Son varios los elementos que afectan la colaboración que debe existir entre las partes. Morón Urbina ha identificado los siguientes: i) el modo estático de asignar riesgos contractuales que se pueden

anticipar; ii) el abuso del sistema de contratación de sumaalzada; iii) la asimetría informativa entre la Entidad y los postores; iv) la aversión a la necesidad de decidir y administrar cambios al proyecto en materias relevantes como el calendario, costos, adicionales adendas; y v) la exacerbación de reglas y cláusulas conflictivas, tales como las penalidades (2020b, pp. 12-13).

A los elementos mencionados debe agregarse, entre otros: i) el rol persecutor que a veces cumple la Contraloría General de la República, generando temor en los funcionarios para adoptar las decisiones necesarias para la ejecución eficiente del contrato; ii) la falta de capacitación de los funcionarios públicos en gestión contractual, más allá del conocimiento del contenido de las normas sobre contratación pública; iii) la demora en la toma de decisiones al interior de la Entidad, debido a que los funcionarios buscan salvar su responsabilidad trasladándosela a otros; y iv) la corrupción que ha generado desconfianza en las actuaciones de los funcionarios que colaboren con los privados.

Todos estos problemas han llevado a que en los últimos años se impulsen iniciativas normativas que buscan exaltar a la colaboración como un principio independiente que, además de servir como criterio de interpretación y aplicación normativa, como elemento para integración normativa y como parámetro que oriente las actuaciones del contratista y la entidad, tenga un desarrollo normativo mediante mecanismos efectivos que promuevan la colaboración. Así, en el artículo 2 del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado, publicado el 30 de abril de 2021 mediante la Resolución Ministerial 141-2021-EF/54, se ha recogido expresamente el ‘principio de equidad y colaboración’, según el cual:

[...] el actuar de todo aquel que participe en el proceso de contratación debe procurar el equilibrio y proporcionalidad entre los derechos y obligaciones que asume, **así como la colaboración oportuna y eficaz para el logro de la finalidad que se persigue; sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado para el cumplimiento de sus fines, metas y objetivos** (2021) [el énfasis es nuestro].

Del mismo modo, en el artículo 23 del referido Proyecto de Ley se señala que en vía reglamentaria se establecerán los incentivos para la participación y acceso preferente al abastecimiento público de aquellos proveedores del Estado que actúen de buena fe, con transparencia, ánimo colaborativo y respeto a las obligaciones asumidas (2021). Asimismo, su artículo 55 establece que, tanto la entidad como el contratista son responsables de

ejecutar correcta y oportunamente todas las obligaciones objeto del contrato, debiendo realizar todas las acciones que estén a su alcance, en un marco de colaboración recíproca orientada al logro de los resultados esperados (2021).

Si bien el referido proyecto de ley no fue aprobado, sirve para ilustrar cómo desde el Gobierno se ha puesto especial énfasis a la colaboración que ambas partes deben prestar para que el contrato alcance su finalidad. Este proyecto buscaba crear un entorno colaborativo en el que las partes privilegiaran la ejecución eficiente del contrato por encima de sus intereses particulares o temores.

Finalmente, aunque no es objeto del presente artículo, considero importante señalar que la colaboración no solamente debe fomentarse entre los actores de un contrato, sino también al interior de la entidad. Si los funcionarios de las diferentes áreas de la entidad no actúan con cohesión, como un equipo que priorice las metas institucionales, no se adoptarán decisiones oportunas, perjudicando la ejecución de los contratos celebrados por la entidad. Deben evitarse situaciones en donde los funcionarios prioricen la elaboración de informes y memorandos que busquen trasladar responsabilidad por una decisión que está dentro de sus competencias, antes que adoptar dicha decisión con miras a satisfacer una necesidad pública. Bajo estas consideraciones, mecanismos como la Junta de Cambios sirven para promover esta comunicación y la toma de decisiones ágil al interior de la entidad.

III. LA IMPORTANCIA DE LA CONFIANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para que exista colaboración debe haber confianza entre las partes, esto es, confianza en que la otra parte cumplirá sus obligaciones cabalmente y que obrará de forma leal. Sin esta confianza, difícilmente los mecanismos contractuales más sofisticados de colaboración funcionarán. Cada parte debe tener la voluntad de conducirse en interés mutuo y propiciar una buena gestión contractual, previniendo o solucionando por las vías más eficientes cualquier controversia, y tener la confianza en que su contraparte obrará de la misma manera.

En este sentido, Bullard González ha señalado lo siguiente:

¿De qué depende la seguridad que debe adoptarse en una transacción? Básicamente de dos factores. El primero de ellos es el nivel de confianza que deposita en la posibilidad de cumplimiento. Ello depende de las garantías legales y extralegales con que cuenta. Estas garantías

pueden ser un sistema judicial eficaz, el otorgamiento de colaterales (garantías reales, fianzas, avales) o simplemente la confianza en quien contrata. Así, es fácil contratar con alguien que conozca desde hace tiempo y con quien he tenido relaciones comerciales satisfactorias antes (2006, p. 673).

Por su parte, Kundmüller Caminiti menciona que la desconfianza genera que, para que se cumplan los contratos, se requiera de:

[...] una serie de «complementos onerosos» para su materialización y exigibilidad, incrementando así los costos de transacción y creando costos ocultos. Es más, todo esto se traducirá en la incorporación de cláusulas complejas en los contratos, penalidades, garantías onerosas, intervención de terceros para la exigibilidad compulsiva de lo acordado e incluso, desnaturalización de instituciones jurídicas para «adecuarlas a la realidad», etc. (2015, p. 259).

Esta colaboración y confianza mutua forma parte del principio de buena fe que debe regir todo contrato, pero que, como hemos dicho, en la contratación pública adquiere una relevancia especial por el interés público involucrado.

La confianza, que sirve como sustento de la colaboración, debe trabajarse no solo a nivel contractual, sino también a nivel institucional. Así, si las Entidades o los privados incurrir en actos de corrupción, si las entidades imputan penalidades injustificadas a los proveedores o los obligan a ir al arbitraje ante cualquier mínima controversia, la confianza en el sistema se deteriora.

En este sentido, la confianza es volátil, se debe trabajar constantemente, generando un clima natural para el desarrollo de la colaboración. Si alguna de las partes en un contrato obra de mala fe, es probable que la confianza se fracture y sea difícil repararla. Esta misma situación se da a nivel del sistema de contratación pública. Si el sistema de contratación pública es percibido por sus actores como corrupto, injusto y conflictivo, entonces no habrá confianza en la ejecución de los contratos.

Dicho esto, es importante mencionar que la confianza genera ahorros. Por ejemplo, mientras más confíe un proveedor en que el sistema de compras públicas funciona y que no tendrá que defenderse de penalidades injustas o discutir ampliaciones de plazo que fueron denegadas pese a encontrarse debidamente fundamentadas, es que se le otorgará conformidad a sus prestaciones y se le pagará oportunamente o podrá resolver las controversias con la entidad en la vía conciliatoria, sin escalar

a un arbitraje. Por ello, generar confianza en todos los actores del sistema de compras públicas, durante todas las etapas del proceso de contratación, además de fomentar su participación y su colaboración, también tiene como efecto la reducción de los costos de transacción y la consecución de otros fines del Estado (por ejemplo, la participación ciudadana para detectar y denunciar actos de corrupción).

IV. PROBLEMAS DE COLABORACIÓN DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró que el brote del COVID-19 había llegado al nivel de pandemia, debido al elevado número de casos confirmados, así como al número de países infectados. En atención a ello, el Gobierno Nacional emitió el Decreto Supremo 008-2020-SA, que declaró el Estado de Emergencia Sanitaria por el COVID-19, disponiendo diversas medidas de prevención y control para evitar la propagación del virus (2020). Asimismo, mediante el Decreto Supremo 044-2020-PCM, de fecha 15 de marzo de 2020, el Gobierno declaró Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, el cual se prorrogó en repetidas oportunidades, y dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena) debido a la pandemia del COVID-19.

En este escenario, muchos contratos con el Estado quedaron paralizados o las partes tuvieron inconvenientes para cumplir sus obligaciones, por lo que se requería de su cooperación y priorización del interés común para continuar con las obligaciones que aún eran ejecutables o, en todo caso, minimizar los riesgos. Ello llevó a que el OSCE emitiera, el 25 de marzo de 2020, el comunicado 005, indicando que la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional constituía una situación de fuerza mayor que podía afectar los contratos con el Estado (2020). En tal sentido, en aquellos casos en que la orden de aislamiento e inmovilización social impedía la ejecución oportuna de las prestaciones, era derecho del contratista solicitar ampliación del plazo contractual, siguiendo el procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado. De igual forma, indicó que las partes podrían pactar la suspensión del plazo del contrato hasta que cese la situación de fuerza mayor. Asimismo, precisó que, en los casos en que se pudiera continuar con la ejecución de las prestaciones, la entidad debía comunicar al contratista una dirección de correo electrónico para las coordinaciones y la entrega de las prestaciones, cuando ello sea posible. En buena cuenta, el comunicado del OSCE (que no tiene carácter normativo) instaba a las partes a colaborar para que no se vean afectados sus intereses, de manera tal que pudieran llegar a

acuerdos para suspender el contrato o postergar el inicio del plazo de ejecución contractual (en el caso de obras).

Como puede advertirse, a dicha fecha, cuando no se emitían normas excepcionales para reactivar los contratos públicos, se apelaba a la colaboración de las partes para hallar soluciones eficientes a los problemas derivados del estado de emergencia y las medidas restrictivas. En este escenario, las partes podían acordar, entre otras: i) la suspensión del contrato; ii) la prórroga del inicio del plazo del contrato de obra; iii) el establecimiento de correos para presentación de entregables, en sustitución de la mesa de partes presencial; iv) la aceptación de firmas no manuscritas; y v) modificaciones de programas de actividades. Ello, claro, siempre que pudieran priorizar el cumplimiento del contrato. No obstante, en muchos casos, debido a la cultura de confrontación que impera en la contratación pública peruana y el miedo a que arribar a estos acuerdos fuera visto como un beneficio indebido al contratista, varios contratos se mantuvieron paralizados, perjudicando con ello que se alcance su finalidad.

Posteriormente, con la finalidad de reanudar las actividades económicas afectadas por el estado de emergencia nacional, el Gobierno, mediante Decreto Supremo 80-2020-PCM, autorizó a los sectores a aprobar protocolos sanitarios, teniendo en consideración los Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19, aprobados por el Ministerio de Salud mediante Resolución Ministerial 239-2020-MINSA. En atención a ello, el Gobierno emitió normas excepcionales para asegurar el reinicio y ejecución de las obras públicas, manteniendo el equilibrio económico de los contratos.

Así, se emitieron el Decreto Legislativo 1486 y la Directiva 005-2020-OSCE/CD del OSCE, que establecen reglas especiales distintas a las previstas en la normativa general de contrataciones del Estado. Estas disposiciones excepcionales, en atención a los principios de eficacia, eficiencia y equidad, comprendían la posibilidad de que las entidades aprueben una ampliación excepcional de plazo a los contratistas de obra, la posibilidad de acordar modificaciones contractuales para implementar las medidas sanitarias contra la propagación del COVID-19 y reconocer costos, y la posibilidad de otorgar adelantos por porcentajes mayores a los recogidos por la normativa de contrataciones del Estado.

Pese a esta norma especial, existieron diversos casos en los que las entidades no reconocieron la totalidad de los gastos incurridos por los provee-

dores para implementar las nuevas medidas sanitarias para la ejecución de las obras, lo cual pudo impactar gravemente el equilibrio económico del contrato e impedir su pronta reactivación, afectando, en consecuencia, que alcance su finalidad. Claro está, también se advirtió el caso de contratistas que aprovecharon la regulación excepcional para inflar gastos y obtener un mayor beneficio.

Otro escenario complejo se presentó en el caso de las entidades que celebraron contratos para abastecerse de bienes y servicios prioritarios para atender las necesidades derivadas de la pandemia del COVID-19, en muchos casos empleando el procedimiento de contratación directa por situación de emergencia o contrataciones de proveedores extranjeros (fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado). En estos casos, por ejemplo, se advirtió cómo diferentes contratistas reportaron problemas en la entrega oportuna de los bienes, debido al cierre de puertos en China por el brote del COVID-19⁵. Pese a ello, algunas entidades se mostraron reacias a aprobar ampliaciones de plazo por la premura que tenían y aplicaron penalidades a los contratistas.

Estas diferentes dificultades en la ejecución de contratos con el Estado pudieron ser sobrellevadas, en su mayoría, si las partes hubieran prestado una colaboración activa, adoptando medidas que viabilizaran la ejecución del contrato y entendiendo la situación grave en que se encontraba la otra. No obstante, ello no se dio, manteniéndose el esquema de conflicto tradicional que impera en las compras públicas nacionales, lo cual no permitió una gestión contractual eficiente que priorice la ejecución del contrato.

Ante estas distintas dificultades, sumadas a la corrupción que se hizo presente en las contrataciones durante el estado de emergencia, han surgido muchas voces que han promovido el uso extendido de los contratos de Gobierno a Gobierno y la adopción de los contratos estándares internacionales de construcción como mecanismos para viabilizar la gestión eficiente de las compras públicas y reducir la corrupción, sobre todo por el hecho de que durante los picos de la pandemia la inversión pública estaba siendo impulsada por proyectos ejecutados bajo esta modalidad⁶. Por ejemplo, se destaca que los contratos NEC ECC Opción F celebrados en el marco del contrato de Gobierno a Gobierno para la Reconstrucción con Cambios o los Juegos Panamericanos, son herramientas colaborativas que promueven una correcta gestión contractual de las

partes, permitiendo una clara, proactiva y abierta comunicación y actuación de estas.

Los contratos antes mencionados prevén diferentes cláusulas que estimulan la colaboración entre las partes y que estas prioricen la ejecución del contrato por encima de sus intereses particulares, tales como alertas tempranas, incentivos (*Key Performance Indicator - KPI*), gestión conjunta de riesgos, entre otras. Por ejemplo, estos contratos regulan, en su primera cláusula, la obligación de las partes de cumplir sus obligaciones contractuales en un espíritu de confianza y cooperación mutuas.

No obstante, la experiencia ha demostrado que el uso de estos contratos no garantiza que las partes se comporten de manera colaborativa y usen de manera eficiente las herramientas reguladas en estos. Así, en algunos casos se ha advertido que los gerentes de proyecto de las entidades contratantes se muestran reacios a aprobar eventos compensables (tal como ocurre con las ampliaciones de plazo de la normativa de contrataciones del Estado), amenazan al contratista con la aplicación de penalidades pese a no contarse con *Dispute Boards* constituidos, no se aprueban los cronogramas actualizados, entre otras malas prácticas. Ello demuestra que, como ya hemos dejado asentado anteriormente, aun empleando contratos con herramientas novedosas para nuestro entorno, si las partes no tienen confianza (tanto entre estas, como confianza en que las decisiones que adopten conforme al contrato no les acarrearán investigaciones o imputaciones de corrupción o incumplimiento funcional) e interiorizan la cultura colaborativa, no podrán tener una gestión contractual eficiente.

Como ya establecimos, la colaboración no es espontánea, requiere un entorno de confianza entre las partes que la estimule, pero también mecanismos que permitan que se viabilice dicha colaboración. Por ello, resulta importante revisar algunas de las medidas que promueven la colaboración en la contratación pública, tanto aquellas que ya están recogidas en la normativa vigente, pero que se requiere promover su uso eficiente, como aquellas que podrían implementarse en una eventual modificación normativa.

V. MECANISMOS PARA LOGRAR COLABORACIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS

Luego de lo expuesto, mencionaremos algunas herramientas o medidas que promueven la colaboración entre la entidad y el contratista, ya sea

⁵ Véase a He (2021) y a France24 (2021).

⁶ Véase a El Comercio (2021).

en la ejecución del contrato o en la solución de sus controversias. Esto es importante porque a veces se habla de los ‘contratos colaborativos’ como única solución para la falta de colaboración de las partes, pero debe entenderse que la colaboración tiene niveles y debe ser estimulada. Un contrato puede ser más o menos colaborativo según las herramientas que este prevea y los incentivos que genere.

Incluso en nuestros conflictivos contratos públicos, percibidos como ‘poco colaborativos’, existen herramientas que fomentan colaboración, pero lamentablemente no se aprovechan debido a la falta de confianza o de un sistema y una cultura que permita el desarrollo de esa colaboración. Bajo esta premisa, convertir nuestros contratos en colaborativos requiere de mucho más que solo la adopción de modelos estándares.

Sin pretender establecer una lista exhaustiva, a continuación, se desarrollan importantes herramientas, medidas o previsiones normativas para incentivar la colaboración en los contratos con el Estado.

A. La buena fe

Como hemos mencionado anteriormente, en la Ley de Contrataciones del Estado se encuentran reconocidos los principios de eficacia y eficiencia y equidad. Estos promueven la actuación eficiente de las partes, buscando el interés común y priorizando la finalidad del contrato.

Sin embargo, es importante destacar también el principio básico de la buena fe que, si bien no está recogido expresamente dentro de los principios del artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado, este puede inferirse de otros principios como la equidad y la transparencia. Además, es un principio general de los contratos, pues, el artículo 1364 del Código Civil prevé que los “contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes” (1984). Es importante destacar el rol de la buena fe que impera en nuestro sistema contractual, pues marca una especial pauta de comportamiento leal y colaborativo para las partes en un contrato.

Al respecto, Ivanega señala que:

La buena fe subjetiva indica que los contratantes deben someterse a lo pactado como una suerte de ley privada. Las partes en un contrato deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta concepción de la buena fe-lealtad (o probidad) implica: a) cola-

boración recíproca; b) abstención de actos antifuncionales; c) brindar conocimiento al otro contratante de actos dañinos para él y que pueden evitarse sin detrimento para la contraparte [...] (2008, p. 3).

Por su parte, Chamie señala que la buena fe:

[...] cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y, por ende, la equidad en el intercambio (equality in the exchange) al momento de la celebración y también durante la ejecución, en ambos casos, respecto del comportamiento de una parte que pretende la ejecución de un contrato desequilibrado (2008, p. 114).

Habiendo dicho esto, debe mencionarse que el principio de la buena fe no se encuentra claramente reconocido en otros ordenamientos jurídicos, por lo que está expresamente recogido en algunos contratos estándar de construcción. Sin embargo, en nuestro sistema, la buena fe debe operar como un mandato legal.

Sobre el particular, Jackson (2020) ha señalado que, en la industria de la construcción en el Reino Unido, donde se presenta el auge de los contratos colaborativos, los contratos estándares incluyen cláusulas que regulan la actuación de buena fe. Esto requiere que los tribunales determinen qué pretendían las partes al incluir tales cláusulas y en qué medida dan lugar a obligaciones vinculantes. Así, la primera cláusula (Cl. 10.1) del contrato NEC ECC (que viene siendo usado en Perú en proyectos bajo el marco de los contratos de Gobierno a Gobierno) establece que el contratante, el contratista, el Gerente de Proyecto y el Supervisor de Calidad deben cumplir las obligaciones previstas en el contrato y actuar en un espíritu de confianza y cooperación mutua.

Volviendo a nuestro sistema, toda vez que ya tenemos a la buena fe como principio rector de la actuación de las partes, sumado a los principios que orientan la contratación pública nacional, no resulta necesaria su previsión expresa en un contrato para su aplicación, siendo un parámetro esencial que debe ser tomado en cuenta para determinar la forma en que las partes deben conducirse, evaluar sus actuaciones e interpretar el contrato. En suma, orientarse conforme a las reglas de la buena fe debe llevar a una actitud de colaboración activa.

B. Transparencia, lucha contra la corrupción y participación de proveedores

La transparencia de la Administración es un elemento esencial para promover la confianza de los proveedores en la misma. Es importante que se

ponga a disposición de los administradores más y mejor información sistematizada que les permita determinar si las Entidades se ajustan a la normativa de contrataciones del Estado, lo que incluye a los principios.

En suma, para fomentar la confianza en la actuación de las entidades durante el proceso de contratación, es importante que estas transparenten su gestión contractual y que permitan que los administrados la auditen. No basta con brindar acceso a la información, sino que esta debe ser de fácil obtención, encontrarse sistematizada y permitir su análisis y procesamiento.

De igual forma, es necesario que se implementen mecanismos más eficientes para combatir la corrupción, incluyendo a los administrados en esta tarea en el rol de veedores. Cuando se desvincule a la contratación pública de escándalos y prácticas de corrupción⁷, se podrá reconstruir la confianza que se ha perdido en los últimos años y el descrédito de los procesos de contratación, sobre todo de obras públicas.

La corrupción genera grandes pérdidas económicas para el Estado, además del descrédito de las instituciones públicas. Por ejemplo, según el Diario Oficial El Peruano, la Contraloría informó que, en el año 2019, las pérdidas por corrupción e in-conducta funcional ascendieron a S/ 23 297 millones, mientras que, en el 2020, es decir, durante la pandemia, estas habrían alcanzado S/ 22 059 millones (2021).

Además, la corrupción incrementa los costos de transacción en la contratación pública, pues cada parte adoptará medidas defensivas o actuarán con demasiada reserva, por temor a que se les imputen actos de corrupción, lo que afecta la flexibilidad necesaria en la dinámica contractual. De este modo, el temor a que la actuación de los funcionarios sea investigada como actos de corrupción genera que no se den las aprobaciones o instrucciones necesarias en los procesos de contratación, perjudicando su eficiencia.

Finalmente, es importante tomar en cuenta el rol que cumple la Contraloría General de la República en el desarrollo de la confianza y, por tanto, la colaboración en las contrataciones del Estado. Si la Contraloría audita las decisiones de los órganos que intervienen en el proceso de contratación con un excesivo formalismo, nunca se logrará promover la gestión por resultados, necesaria para que

se adopten decisiones que se ajusten a principios como el de eficacia y eficiencia.

Los funcionarios deben tener seguridad para adoptar decisiones que favorezcan la oportuna y eficiente ejecución del contrato, prestando la colaboración que corresponde a la entidad, y no únicamente adoptar una posición más ventajosa y segura para la entidad (al menos en apariencia), colocando todas las cargas posibles en el contratista, por miedo a la determinación de responsabilidad por parte de la Contraloría. Es preocupante ver cómo algunos funcionarios que ejecutan contratos estándares de construcción en algunos proyectos bajo el marco de los contratos de Gobierno a Gobierno y que exigen de estos una actuación más colaborativa y flexible, terminan aferrándose a las costumbres de la normativa de contratación pública por miedo a una sanción, desaprovechando el uso de las herramientas de gestión contractual colaborativa.

C. Conciliación

Nuestra normativa de contrataciones del Estado reconoce a la conciliación como un mecanismo de solución de controversias, el cual resultaría idóneo para solucionar las controversias entre las partes si fuera empleado debidamente. Sin embargo, por más que se ha modificado constantemente la normativa de contrataciones del Estado para promover el uso de la conciliación como método de solución de controversias más expedito y barato que el arbitraje, no se ha logrado.

Así, por ejemplo, de conformidad con el numeral 45.12 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, debe realizar un análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible (2014). Además, el numeral 45.13 de la misma ley establece que existe responsabilidad funcional en caso se impulse o prosiga la vía arbitral cuando el mencionado análisis costo-beneficio determine que la posición de la Entidad razonablemente no será acogida en esta sede (2014). Es importante destacar también la precisión que efectúa el numeral 224.2 del artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que en este análisis se deben considerar los riesgos que representa

⁷ Por ejemplo, el escándalo del club de la construcción que ha golpeado fuertemente la credibilidad del sistema de compras públicas (Ministerio Público, s.f.).

la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio (2015).

Lamentablemente, aún hoy los funcionarios públicos tienen miedo de conciliar las controversias con los contratistas, pues consideran que, tratándose de un método autocompositivo, el acuerdo que adopten les generará responsabilidad administrativa, civil o penal; por ello prefieren forzar un arbitraje, para que sea un tercero quien adopte una decisión definitiva sobre la controversia. Lo mencionado genera un aumento de precios, retrasos en los proyectos, descrédito del proceso de contratación y un desgaste de la relación entre las partes que finalmente solo ahonda en la crisis de confianza y colaboración de nuestro sistema.

Por lo sostenido, es importante lograr que la conciliación se posicione como una herramienta esencial para que las partes, de común acuerdo y a bajo costo, puedan poner fin a sus controversias, minimizando el desgaste de su relación. Para ello, debe empoderarse a los funcionarios públicos y liberarlos del miedo de ser cuestionados por adoptar decisiones de gestión sustentadas en el análisis costo-beneficio, priorizando la atención de las necesidades públicas.

D. Junta de Resolución de Disputas o Dispute Boards

Nuestra normativa de Contrataciones del Estado regula a la Junta de Resolución de Disputas como mecanismo de solución de controversias aplicable a la contratación de obras públicas, que se asemeja a los internacionalmente conocidos Dispute Boards. Se trata de una Junta permanente, que ejerce tanto un rol consultivo y preventivo como un rol decisorio, realizando visitas periódicas a la obra.

En este mecanismo de solución de controversias los adjudicadores toman conocimiento de la obra y de cualquier problema que surja durante su ejecución en tiempo real, acompañándola y asistiendo proactivamente a las partes, no solo en la solución de sus controversias, sino principalmente en la prevención de estas. Ello difiere de lo que ocurre en los arbitrajes, en donde los árbitros:

[...] 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 parciales y contrarios entre sí, dan lugar a la difícil tarea de reconstruir artificialmente el pasado para adoptar una decisión (Medina Flores, 2019, p. 124).

Por su parte, Chern señala que el Dispute Boards se diferencia de otros mecanismos de solución de controversias debido a que este “es elegido al inicio de un proyecto, antes de que surja cualquier disputa y que, mediante las visitas regulares a la obra, este se encuentra involucrado activamente a lo largo del proyecto” (2020). Agrega el autor que, este mecanismo “se vuelve una parte de la administración del proyecto y puede influenciar, durante la ejecución del contrato, la conducta de las partes” (Chern, 2020).

A su vez, Paredes Carbajal señala que la Junta de Resolución 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 (2013, p. 83).

Conforme a ello, las Juntas de Resolución de Disputas o Dispute Boards son un mecanismo que ayuda a las partes a gestionar eficientemente la obra, asistiéndolas para prevenir cualquier disputa que pueda surgir entre estas, evitando un innecesario desgaste de su relación. Esto evita la pérdida de confianza que impide que las partes presten su colaboración para alcanzar la finalidad del contrato.

E. La metodología Building Information Modeling

El Building Information Modeling (en adelante, BIM) es una herramienta de trabajo colaborativo que se viene empleando en el sector privado y público en el Perú. De acuerdo con Medina Flores, actualmente, su uso viene siendo impulsado por el Gobierno de manera progresiva en lo referente a obras públicas (2021, p. 146).

En efecto, se está desarrollando un marco normativo que sienta las bases para la aplicación progresiva de esta metodología en las obras públicas. Así, el Plan Nacional de Competitividad y Productividad, aprobado mediante el Decreto Supremo 237-2019-EF, establece que el Plan BIM es una de las medidas necesarias para dotar al país de una infraestructura económica y social de calidad. Por su parte, la Décimo Primera Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, ha previsto que mediante decreto supremo se establezcan los criterios para la incorporación progresiva de herramientas de modelamiento digital de la información para la ejecución de los proyectos de infraestructura pública.

A su vez, el Decreto Supremo 289-2019-EF estableció disposiciones para la incorporación progresiva del BIM en los procesos de inversión pública de las entidades y empresas públicas sujetas al Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. En dicha norma se ha definido al BIM como el “conjunto de metodologías, tecnologías y estándares que permiten formular, diseñar, construir, operar y mantener una infraestructura pública de forma colaborativa en un espacio virtual” (2019, p. 6).

En la misma línea, el Plan de implementación y Hoja de ruta del Plan BIM Perú, aprobado mediante Resolución Directoral 0002-2021-EF63.01, establece que esta metodología implica un conjunto de actividades colaborativas basadas en estándares que utilizan herramientas digitales para gestionar la información de una inversión (2021). Para emplear esta metodología, además del desarrollo de esta normativa, se requiere generar competencias en los funcionarios públicos, que no solo deben incluir aspectos técnicos, sino también la adopción de la filosofía de trabajo colaborativo.

Entre los beneficios de implementar esta metodología se encuentra el contar con información del proyecto digitalizada y sistematizada, garantizando la transparencia y trazabilidad. Asimismo, permite la integración de la información en un modelo que permita detectar oportunamente riesgos, problemas de interfases, evaluar modificaciones y, en general, tomar decisiones informadas.

Esta metodología permite que los agentes que intervienen en un proyecto manejen la misma información de manera integrada. Por ello, Salvatierra señala que el “BIM ayuda a reducir el costo y la duración final del proyecto, así como a minimizar las interferencias y errores de información en la etapa de construcción” (2020).

A su vez, Giana y Vornicu, señalan que:

Aprovechar al máximo la metodología BIM implica procesos de construcción que cambian de un enfoque tradicional a enfoques de datos integrados. Sin embargo, para que los procesos digitales funcionen a máxima capacidad, requieren una reducción de la fragmentación horizontal y un mayor involucramiento de la

cadena de suministro (2020, pp. 114-115) [traducción libre]⁸.

Como indican estos autores, esta metodología redundante en reducción de costos y adopción de decisiones eficientes, pero, a su vez, requiere una colaboración activa de los actores del proyecto. Así, el uso de esta herramienta promoverá y facilitará el trabajo colaborativo en los proyectos públicos, pero, nuevamente, ello requiere de preparación y la interiorización de esta metodología de trabajo.

F. Sistema de entrega de proyectos y contratos colaborativos

Hasta este punto, hemos revisado herramientas que promueven la colaboración que ya se encuentran previstas en nuestra normativa de contrataciones del Estado. Ahora, nos detendremos brevemente en el sistema de entrega de proyectos que son propiamente colaborativos.

La colaboración tiene niveles, como hemos mencionado antes. Existen sistemas de entrega de proyectos y modelos contractuales que buscan alcanzar máximos niveles de colaboración e integración, de manera tal que las partes se involucren de manera conjunta y articulada en todas las etapas del proyecto considerándose socios de este.

Los sistemas parten de la premisa de que la colaboración es necesaria para alcanzar una eficiente gestión del proyecto y que un alto nivel de colaboración necesita de instrumentos que la promuevan. Ya desde 1994 el reporte de Michael Latham, sobre la industria de la construcción del Reino Unido, reconocía que los más efectivos modelos de contratos deben incluir “un deber específico de todas las partes para cooperar entre estas y con sus subcontratistas, especialistas y proveedores, en una atmósfera de cooperación mutua” (1994, p. 37) [traducción libre]⁹.

Para entender las implicancias de lograr un alto grado de colaboración, resulta importante citar a Franco Regio, cuando señala que:

La propuesta última del enfoque colaborativo es eliminar la fragmentación de los equipos que participan en un proyecto tanto como sea

⁸ “Taking full advantage of the BIM technology entails construction processes which shift from traditional approaches to integrated data-driven approaches. However, for digital processes to function at peak capacity, they require a reduction of horizontal fragmentation and an increased involvement of the supply chain”.

⁹ Texto original: “A specific duty for all parties to deal fairly with each other, and with their subcontractors, specialists and suppliers, in an atmosphere of mutual cooperation”.

posible. Los esquemas más ambiciosos de colaboración plantean la estructura organizativa del proyecto de manera radicalmente distinta a lo que estamos acostumbrados. De hecho, la aplicación del enfoque colaborativo a cabalidad lleva a crear una organización virtual entre todos los equipos de proyecto (2020, p. 184).

Para que este nivel de colaboración se presente, no se puede confiar en la espontaneidad e improvisación de las partes. Resulta necesario: i) invertir tiempo y recursos para desarrollar el alcance del proyecto de manera conjunta; ii) considerar prioritaria la integración y la administración de interfases, involucrando a los diferentes actores del proyecto; iii) manejar información integrada y digitalizada; iv) privilegiar la confianza de las partes, entendiéndose como ‘socios’, antes que como adversarios; y v) establecer contractualmente un sistema de incentivos que permita que las partes obtengan beneficios comunes de una actuación eficiente conjunta, así como sufran pérdidas compartidas. Esto se dice fácil, pero el aprendizaje para llegar a este nivel de colaboración es largo y requiere de un compromiso firme entre las partes. Para promover este nivel de colaboración, las partes deben tener una estructura integrada de participación en las diferentes etapas del proyecto, con trabajo y toma de decisiones conjunta, asumiendo en común las ganancias y pérdidas del proyecto.

Dentro de los Sistemas de Entrega de Proyectos [traducción libre]¹⁰ colaborativos, por ejemplo, se encuentra el Integrated Project Delivery System. De conformidad con Spittler y Nelson, este sistema implica:

el uso de un proceso de diseño colaborativo y un entorno de construcción [...]. Propone una reducción de costos, mayor velocidad, una mayor responsabilidad por el desempeño y la sostenibilidad del proyecto. El eje alrededor del que gira el IPD [*Integrated Project Delivery*] son los procesos colaborativos. El IPD requiere que todos los participantes del proyecto colaboren durante la vida del proyecto para el beneficio del propio proyecto, a través de los retos e incertidumbres que suelen atravesar los procesos de construcción y diseño (2011, p. 748).

Asimismo, existen contratos estándares que son propiamente colaborativos, pues recogen estas herramientas y previsiones necesarias para asegurar la colaboración de las partes. Por ejemplo, el FAC-1 o el contrato de alianza de los NEC 4.

No siendo el objeto de este artículo extendernos en este tema, podemos señalar que es beneficioso explorar nuevos sistemas de colaboración e integración para la ejecución de proyectos públicos, así como orientar la normativa para alcanzar mayores niveles de colaboración. Pero no basta con adoptar modelos contractuales o regular un sistema de entrega de proyectos contractuales, sino que se debe promover una verdadera cultura de colaboración entre las entidades y los proveedores, para lo cual se requiere recobrar la confianza en los actores del sistema.

G. Incentivos para el contratista

La normativa de contrataciones del Estado establece diversos mecanismos para disuadir el incumplimiento del contratista. Entre estos podemos encontrar las penalidades, la resolución del contrato, la ejecución de garantías, la comunicación al Tribunal de Contrataciones del Estado ante supuestos sancionables como ocasionar la resolución contractual o subcontratar indebidamente, entre otros.

Estos mecanismos disuasivos pueden ser útiles, y el contratista debe colaborar y cumplir con aquello a lo que se ha obligado, observando las reglas de la buena fe. Pero, estos mecanismos no necesariamente incentivan una colaboración proactiva que genere eficiencias en el contrato. Con estos mecanismos no se aprovecha la experiencia y conocimientos del proveedor que pueden mejorar la ejecución contractual y generar beneficios adicionales al proyecto. Con mecanismos de sanción únicamente se asegura (en teoría) que el contratista cumpla con lo mínimo a lo que se ha obligado.

Sería importante analizar si resulta conveniente en nuestro sistema implementar, para supuestos determinados, herramientas que incentiven al contratista a lograr eficiencias durante la contratación, especialmente en objetos contractuales complejos. Un ejemplo de estos mecanismos de incentivo se encuentra en la Cláusula de Opción Secundaria X 20 que se ha utilizado en los NEC ECC celebrados para la Reconstrucción con Cambios y los Juegos Panamericanos en el marco de los contratos de Gobierno a Gobierno, que generan incentivos al contratista para alcanzar un desempeño óptimo en sus obligaciones, recibiendo una bonificación cuando se alcanzan algunos hitos, tales como los siguientes:

¹⁰ “Project Delivery System”

Figura 1

Ref.	KPI (Índice de Rendimiento clave)	Criterios	Incentivos
1	Diseño y construcción al Costo Referencial.	Diseñar, ejecutar y completar los requerimientos establecidos al Presupuesto Referencial del Proyecto.	50% de ahorro al presupuesto referencial del proyecto (ahorro después de la liquidación).
2	Entrega de plataformado para que empresa de <i>Overlay</i> lleve a cabo sus trabajos.	Disponer de las áreas para <i>Overlay</i> , dentro del área residencial. 5 áreas (disco, centro multiconfesional, etc.).	US \$40 000 por cada área a recibir (<i>Overlay</i>) oportunamente dentro de la Zona Residencial.
3	Entrega de Bloques Residenciales.	Culminar y completar las pruebas con los protocolos de Control de Calidad para la entrega de Bloques. Se considera Bloque 1: torres 1-2-6; y Bloque 2: torres 3-4-5-7 más los trabajos exteriores en zona residencial.	US \$200 000 por cada bloque (US \$200 000 por cada entrega seccional por un total de US \$400 000).

Estos incentivos pueden generar la participación del contratista en los resultados del proyecto, de manera tal que se esmere en generar eficiencias, tener un desempeño superior al esperado y brinde a la Entidad un resultado que satisfaga mejor su necesidad pública.

Los incentivos pueden lograr mejores efectos respecto de la conducta del contratista y su correcto desempeño que un castigo económico o la amenaza de una sanción del Tribunal de Contrataciones del Estado. Los castigos, como mencionamos anteriormente, cuando son desproporcionados, incentivan conductas indeseadas como el ocultamiento de información importante, reclamos oportunistas y proliferación de controversias para intentar recuperar algo del costo perdido.

VI. CONCLUSIONES

La colaboración entre la entidad y el contratista es un elemento esencial para alcanzar el éxito de la contratación y que esta sirva para satisfacer oportuna y eficientemente las necesidades públicas. Esta colaboración no debe ser entendida como una carga del contratista de someterse a cualquier imposición de la entidad, con la excusa de cumplir con la finalidad pública. No es una colaboración unívoca ni corresponde al contratista asumir una carga que supere incluso el beneficio esperado, desconociendo el interés de lucro que lo lleva a participar en las compras públicas. La colaboración activa debe provenir de ambas partes, pues solo así se puede asegurar la finalidad del contrato de manera eficiente, incluso ante situaciones adversas e inesperadas, como el COVID-19.

Un presupuesto para que exista colaboración, es que haya confianza entre las partes del contrato público y en el sistema de contratación pública. Un alto nivel de confianza conlleva a una mayor colaboración. Debe existir confianza en que cada parte cumplirá sus obligaciones de acuerdo con lo

pactado y que cooperará para solucionar cualquier problema que surja durante la ejecución contractual. Asimismo, debe haber confianza en que ambas partes se conducirán de manera leal y transparente. Finalmente, debe existir confianza en que se priorizará la correcta ejecución del contrato antes que intereses oportunistas.

La entidad y el contratista persiguen un interés común: que el contrato se ejecute eficiente y oportunamente. Así, por un lado, el contratista obtendrá la contraprestación pactada íntegra y oportunamente y, por otro lado, la entidad verá satisfecha la necesidad pública que dio origen a la contratación. Sin embargo, ambas partes suelen verse como adversarios con intereses contrapuestos e irreconciliables, manteniendo una constante relación tirante que muchas veces desemboca en arbitrajes por controversias que pudieron ser solucionadas mediante la interacción de las partes.

Para promover la colaboración entre las partes se pueden emplear diferentes herramientas, muchas de las cuales ya se encuentran previstas en nuestra normativa nacional, pero que no han sido explotadas por los actores del sistema, ya sea por falta de conocimiento o por temor. También pueden emplearse nuevos mecanismos, como la adopción de sistemas de contratación y contratos colaborativos, pero debe tenerse presente que, sin que exista un entorno de confianza y una cultura de colaboración, ni los mecanismos más sofisticados serán utilizados eficientemente.

Por otra parte, si bien es importante recoger buenas experiencias nacionales e internacionales en el uso de herramientas colaborativas, actualmente existen herramientas que, bien usadas y con un buen equipo de administración contractual, pueden incentivar una correcta colaboración entre las partes y generar eficiencias. Antes que cualquier herramienta sofisticada, se requiere un cambio de actitud, mejora de la visión de los ac-

tores del sistema de compras públicas y mucha capacitación.

Visto de este modo, la confianza es un activo que reduce costos de transacción en las compras públicas. En consecuencia, el Estado debe adoptar medidas para aumentar la confianza en el sistema de contratación en todas sus etapas y lograr una mayor participación de los administrados. Además, debe cuidar que no se pierda la confianza adquirida, pues recuperarla suele ser una tarea compleja y a largo plazo. Un sistema que queda desacreditado tardará en recobrar la reputación perdida.

Por otro lado, no debe pasarse por alto que las medidas de restricción impuestas por la pandemia del COVID-19 hicieron más notoria la falta de colaboración en los contratos con el Estado, ya que en este escenario las partes debían cooperar más para superar las restricciones del estado de emergencia y las medidas sanitarias, así como para asegurar la ejecución oportuna de los contratos que tenían por objeto los bienes y servicios esenciales, antes que conducirse de manera obstruccionista. No obstante, existieron diferentes situaciones que pusieron en evidencia la falta de colaboración en las compras públicas la cual no permitía que los contratos alcancen su finalidad y se logre la atención oportuna de las necesidades públicas, muchas de las cuales, en el contexto de pandemia, tenían carácter urgente.

Por ello, se alzaron muchas voces que buscaron implementar con carácter general los contratos estándares de construcción y los contratos de Gobierno a Gobierno como solución definitiva para el problema de la colaboración, debido a la popularidad con la que cuentan estas herramientas por los importantes proyectos que se vienen ejecutando mediante su implementación.

No obstante, si bien es importante recoger buenas experiencias nacionales e internacionales en el uso de herramientas colaborativas, actualmente existen herramientas que, bien usadas y con un buen equipo de administración contractual, pueden incentivar una correcta colaboración entre las partes y generar eficiencias. Antes que cualquier herramienta sofisticada, se requiere un cambio de actitud, mejora de la visión de los actores del sistema de compras públicas y mucha capacitación. Las mejoras a la normativa de contratación pública para incentivar la conducta colaborativa entre las partes deben superar la previsión de principios y más bien considerar mecanismos que incentiven al contratista a actuar con transparencia y generar eficiencias, aprovechando sus capacidades y experiencia. 🏗️

REFERENCIAS

- Bullard González, A. (2006). *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores.
- Chamie, J. F. (2008). Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato. *Revista de Derecho Privado*, (14), 113-138.
- Chern, C. (2020). *Chern on Dispute Boards: Practice and Procedure* (4ta ed.). Informa Law from Routledge.
- Diario Oficial El Peruano (15 de julio de 2021). Perú perdió S/ 23,297 millones por corrupción e inconductas. *Diario Oficial El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia/124640-peru-perdio-s-23297-millones-por-corrupcion-e-inconductas>
- El Comercio (29 de septiembre de 2021). La inversión pública volvería a crecer en el 2021 impulsada por inversión en Reconstrucción con Cambios. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/economia/la-inversion-publica-volveria-a-crecer-en-el-2021-impulsada-por-inversion-en-reconstruccion-con-cambios-noticia/?ref=signwall>
- Flores Rivas, J. C. (2019). Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (53), 67-98. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512019005000403>
- France24 (12 de agosto de 2021). China cierra parcialmente uno de los principales puertos del mundo por caso de COVID. *France 24*. <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210812-china-cierra-parcialmente-uno-de-los-principales-puertos-del-mundo-por-caso-de-covid>
- Franco Regjo, E. (2020). La incorporación de procesos colaborativos en el contrato para lograr proyectos de construcción de alto desempeño. *Derecho & Sociedad*, (55), 175-195.
- Giana, P. &, Vornicu, R. (2020). The use of FAC-1 as a contractual integrator enhancing the use of BIM: a focus on the Liscate school in Italy. *Derecho & Sociedad*, (55), 113-123.
- He, L. (18 de junio de 2021). Un gran retraso en los puertos de China podría interferir en tus compras navideñas este año. *CNN*. <https://cnnespanol.cnn.com/2021/06/18/retraso-puertos-china-compras-navidenas-trax/>

- Ivanega, M. (2008). El Principio de Buena Fe en los contratos administrativos. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, (360).
- Jackson, S. (2020). Good Faith under English Law: Evaluation or Revolution? *Derecho & Sociedad*, (55), 33-51.
- Kundmüller Caminiti, F (2015). El Arbitraje en Contratación Pública: (Des)confianza y Aporía. Breves Comentarios al Proyecto de Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Derecho & Sociedad*, (44), 257-270.
- Latham, M. (1994). *Constructing the team: final report of the Government/Industry review of procurement and contractual arrangements in the UK construction industry*. <https://constructingexcellence.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/Constructing-the-team-The-Latham-Report.pdf>
- Mckinsey Global Institute (2017). *Reinventing Construction: A route to higher productivity*. <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/business%20functions/operations/our%20insights/reinventing%20construction%20through%20a%20productivity%20revolution/mgi-reinventing-construction-a-route-to-higher-productivity-full-report.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 pueden ser replicadas por todas las Entidades?. *Ius et Veritas*, (58), 110-127. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.006>
- (2021). Los Proyectos Especiales de Inversión Pública y el Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas: Revisión de las herramientas que pueden emplearse para mejorar las contrataciones del Estado. *Ius et Veritas*, (62), 131-151. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.007>
- Ministerio Público (s.f.). Caso Club de la Construcción. *Ministerio Público*. https://www.mpf.n.gob.pe/equipo_especial/caso_uno/
- Morón Urbina, J. (2016). *La Contratación Estatal: análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica
- (2020a). La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la Administración. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 13-34.
- (2020b). ¿Y si hacemos “colaborativos” nuestros contratos “adversariales” de infraestructura? *Quincenarios. Boletín AFIN*, (260), 11-14.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (25 de marzo del 2020). Comunicado No. 005-2020: sobre la ejecución de contratos, en el marco de las normas que establecen medidas excepcionales para contener la propagación del COVID-19. *Gob.pe*. <https://www.gob.pe/institucion/osce/noticias/111443-comunicado-n-005-2020-sobre-la-ejecucion-de-contratos-en-el-marco-de-las-normas-que-establecen-medidas-excepcionales-para-contener-la-propagacion-del-covid-19>
- Paredes Carbajal, G. (2013). Dispute Boards y Arbitraje en Construcción: ¿compiten o se complementan? *Arbitraje PUCP*, (3), 79-85.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2018). Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, (12), 795-812.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., Moreno Molina, J. A., Jinesta Loboy, E., & Navarro Medal, K. (2011). *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*. Ediciones Guayaacán.
- Salvatierra, J. (marzo de 2020). ¿BIM sin Lean? <https://negocioyconstruccion.cl/bim-sin-lean/>.
- Spittler, J., & Nelson, E. (2011) *Where is Project Delivery Headed?* AACE International Transactions.
- Suárez Beltrán, G., & Laguado Giraldo, R. (2007). *Manual de contratación pública electrónica para América Latina: bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Wagemann Farfán, A., & Inostroza Guajardo, C. N. (2020). La ejecución del contrato de obra pública en Sudamérica ante el COVID-19: posibles alternativas para mantener su equilibrio económico o terminarlo anticipadamente. *Derecho & Sociedad*, (55), 383-397.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 1486, Decreto Legislativo que establece disposiciones para mejorar y optimizar la ejecución de las inversiones públicas, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de mayo de 2020 (Perú).

- Decreto Supremo 008-2020-SA, Decreto Supremo que declara en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dicta medidas de prevención y control del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de marzo de 2020 (Perú).
- Decreto Supremo 044-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de marzo de 2020 (Perú).
- Decreto Supremo 237-2019-EF, Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional de Competitividad Productiva, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de julio de 2019 (Perú).
- Decreto Supremo 289-2019-EF, Aprueban disposiciones para la incorporación progresiva de BIM en la inversión pública, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de setiembre de 2019 (Perú).
- Decreto Supremo 350-2015-EF, Decreto supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de diciembre de 2015 (Perú).
- Decreto Supremo 80-2020-PCM, Decreto Supremo que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de mayo de 2020 (Perú).
- Directiva 005-2020-OSCE/CD, Alcances y disposiciones para la reactivación de obras públicas y contratos de supervisión, en el marco de la segunda disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo 1486, 19 de mayo de 2020 (Perú).
- Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de julio de 2014 (Perú).
- Opinión del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado 15-2015/DTN, entrega del terreno como requisito para el inicio del plazo de ejecución de una obra, 23 de enero de 2015 (Perú).
- Opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado 001-2019/DTN, en la que la Presidenta de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, realiza varias consultas sobre la resolución de un contrato, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, 28 de enero de 2019 (Perú).
- Resolución Directoral 0002-2021-EF63.01, que aprueba el Plan de implementación y Hoja de Ruta del Plan BIM Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de junio de 2021 (Perú).
- Resolución Ministerial 239-2020-MINSA, que aprueba el Documento Técnico "Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de abril de 2020 (Perú).
- Resolución Ministerial 141-2021-EF/54, que dispone la publicación del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado en el portal institucional del Ministerio, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de abril de 2021 (Perú).
- Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, 7 de diciembre de 2020, Resolución 2576-2020-TCE-S3, recaída en los Expedientes 1143/2020.TCE y 1533/2020.TCE (Acumulados) (Perú).