



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

Sumilla: *“la Entidad debe considerar en el contrato celebrado con el proyectista cláusulas de responsabilidad y la obligación de atender las consultas que les remita la Entidad dentro del plazo que señale dicha cláusula”.*

Lima, 30 de julio de 2021.

VISTO en sesión del 30 de julio de 2021 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° **456/2021.TCE.**, sobre el procedimiento administrativo sancionador instaurado contra los señores Karlos Calero Zarate y Roger Eladio Velarde García, integrantes del Consorcio ADC, por su presunta responsabilidad al negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago, en el marco del Procedimiento de Contratación Pública N° 001-2019/EP UO 0804 – Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. Según obra en el SEACE, el 29 de marzo de 2019, el Ejército Peruano, en adelante **la Entidad**, convocó el Procedimiento Especial de Contratación N° 1-2019-EP/UO 0804 - Primera Convocatoria, para la contratación del servicio de consultoría “Rehabilitación y reconstrucción de la 1ra Brigada de Infantería”, con un valor referencial de S/ 94,990.00 (noventa y cuatro mil novecientos noventa con 00/100 soles), en adelante el **procedimiento de selección**.

Dicho procedimiento de selección fue convocado al amparo de lo dispuesto en el Texto único Ordenado de la Ley N° 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, en adelante el **TUO de la Ley N° 30556** y el Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, aprobado con Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, en lo sucesivo **Reglamento para la Reconstrucción**; así como de manera supletoria por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante **la Ley**, y su Reglamento,



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018- EF, en lo sucesivo **el Reglamento**.

El 15 de abril de 2019 se llevó a cabo la presentación de ofertas, y el 16 de abril de 2019 se otorgó la buena pro al Consorcio ADC, integrados por los señores Karlos Calero Zarate y Roger Eladio Velarde García, en adelante el Consorcio, por el monto de su oferta ascendente a S/ 94, 191.14 (noventa y cuatro mil ciento noventa y uno con 14/100 soles).

El 6 de mayo de 2019, la Entidad y el Consorcio, suscribieron el Contrato N° 10-2019/1ra Brig inf, con un plazo de ejecución de treinta (30) días calendarios, en lo sucesivo el Contrato.

2. Mediante Formulario “Solicitud de aplicación de sanción – Entidad/Tercero” y Oficio N° 180 1ra Brig. Inf/X1-12.a.2(d) de fecha 9 de diciembre de 2020, presentados el 13 de enero de 2021 ante la Mesa de Partes Virtual del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la Entidad comunicó que el Consorcio habría incurrido en causal de infracción, al negarse injustificadamente a cumplir con sus obligaciones del Contrato, con posterioridad al pago.

A fin de sustentar la referida denuncia, adjuntó el Informe Técnico Legal N° 088-2020/SAL/1RA BRIG INF, en el cual se indicó lo siguiente:

- i. La Primera Brigada de Infantería convocó el procedimiento de selección para la contratación de un servicio de consultoría de obra, bajo el marco legal del Decreto Legislativo N° 30556, otorgándosele la buena pro al Consorcio, y posteriormente suscribió el contrato.
- ii. En relación al ítem N° 1 “Sistema de agua potable y alcantarillado del Batallón de Infantería motorizado N° 5 – Zarumilla”, el 2 de octubre de 2020, mediante Carta N° 029-2020/ADLB-S.O el Contratista executor de la obra, solicita a la Entidad efectuar consultas al proyectista, respecto a lo siguiente:
 - El sub presupuesto caseta de bombeo, en la partida 08.01 equipamiento y montaje para caseta de bombeo, se detalle el montaje de una electrobomba sumergible para pozo tubular de Q=10.89 HDT=57.20 M 220 V incluidos algunos accesorios para su instalación, los cuales no son suficientes para el inicio del



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

funcionamiento.

- En la partida 08.01 no existe en ninguna parte del expediente técnico, el estudio donde se detalle el rendimiento del pozo tubular, la altura dinámica, altura estática, el rendimiento, la ubicación de la bomba que acatan adecuado uso.
 - No existe en el expediente técnico el análisis químico que garantice que el agua existente en el acuífero del pozo tubular construido hace muchos años sea para el consumo humano.
 - En el presupuesto no existe la acometida eléctrica para el funcionamiento de la bomba sumergible, tampoco se ha presupuestado la tubería de impulsión, desde la bomba sumergible hasta la superficie, que oscila entre 40 a 50 mts, tampoco se ha considerado la limpieza del pozo, los tableros de control y mando, el sistema de automatización que garantice su correcto funcionamiento del sistema de agua potable.
- iii. Con Oficio N° 159/1 DE-16.a.2 del 9 de octubre de 2020, la Entidad solicitó al Proyectista (Consorcio ADC) que responda las consultas efectuadas por el ejecutor de obra; sin embargo, el Proyectista, contesta en forma negativa, pues refiere, entre otros aspectos, que es responsabilidad del ejecutor de obra ejecutar las partidas que sean necesarias para que se cumpla la finalidad pública.
- iv. Ante dicha respuesta, la Entidad procedió a notificar vía notarial la Carta N° 004/I DE-16.a2 (d) DEL 21 de octubre de 2020, toda vez que de conformidad al artículo 55 del Decreto Supremo N° 071-2018-EF – Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, referente al contenido del contrato, se ha establecido que el contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes, y no solamente el contrato, como erróneamente sostiene el Consorcio.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

- v. En el numeral XIII – Responsabilidad del Contratista de los términos de referencia, las mismas que constituyeron parte de las bases integradas se indicó que *“en los contratos de consultoría para elaborar los expedientes técnicos de obra, la responsabilidad del contratista por errores, deficiencias o por vicios ocultos puede ser reclamada por la Entidad por un plazo no menor de tres (3) años después de la conformidad de obra otorgada por la Entidad”*.
- vi. El Consorcio ha indicado que en ningún extremo de las bases integradas, se establece la obligación de realizar estudios sobre fuentes de agua; ; sin embargo, en el numeral 5.1.3 del Capítulo III de las bases integradas, se indica claramente dicho concepto, señalándose que el Consultor presentará los estudios de mecánica de suelos (EMS) con el fin de determinar la clasificación del tipo de suelo, análisis granulométrico, resistencia del suelo y altura de la Napa freática, el EMS deberá adjuntar los ensayos de laboratorio y estar firmado, sellado por el Ingeniero responsable del estudio y refrendado por el Consultor.
- Refiere que, deberá incluirse el estudio de canteras que proporcionan el material que más se ajuste a las especificaciones técnicas, indicándose las distancias y localización de las mismas con respecto al terreno del proyecto; asimismo, se incluirá el estudio de fuentes de agua.
- vii. Pese al requerimiento efectuado, el Consorcio ha indicado, entre otros aspectos, que el contrato precisa un (1) año como garantía y no tres (3) años; en ningún extremo se ha precisado la responsabilidad y obligación de atender consultas, requisito indispensable para que se pueda absolver las consultas realizadas; asimismo, señala que en ningún extremo de las bases, contrato y desagregado del valor referencial se establece la obligación de realizar un estudio hidrogeológico ni ningún diagnóstico del pozo existente, estos estudios y/o diagnósticos no son parte de las obligaciones contractuales , máxime si el valor referencial no paga dichos estudios y/o diagnósticos.
- viii. Considera que el Contratista ejecutor de la obra, es el responsable de ejecutar las partidas que sean necesarios para que se cumpla la finalidad pública, toda vez que el contratista en la etapa de expresión de interés pudo advertir alguna deficiencia, incongruencia y/u omisión que el



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

expediente técnico pudo haber tenido.

- ix. En relación al ítem N° 2 “Estructura de la Losa aligerada de la Tropa del Batallón de Infantería motorizado N° 5”, mediante Carta N° 013-2020 el Contratista ejecutor de la obra, solicita se realice consultas al Proyectista, tales como:

- Se han identificado serias deficiencias estructurales en el proyecto de la referencia, por lo que el ejecutor de obra ha procedido a recalcular el diseño estructural por su especialista en estructuras, por lo que es necesario que el Proyectista se pronuncie al respecto con la finalidad de evitar demoras en la ejecución de la obra.
- Análisis de compatibilidad, errores, omisiones:

En el espectro se ha considerado el factor de reducción $R=7$, como un sistema dual; sin embargo, se observa que el sistema planteado es aporticado y debería haber considerado $R=8$.

- x. Mediante Carta N° 005/I DE-16 a.2 (d) del 17 de noviembre de 2020, esta Entidad solicitó al Proyectista (El Consorcio) que se pronuncie sobre la totalidad de las observaciones del proyecto formulado por el ejecutor de obra; sin embargo, el Consorcio reiteró indicando que el contrato precisa garantía por un (1) año, en ningún extremo se señala la responsabilidad y obligación de atender consultas.
- xi. En el contrato se ha establecido la responsabilidad por vicios ocultos; en relación con ello, debe considerarse que de acuerdo a la normativa de contrataciones del Estado, en los contratos de consultoría para elaborar los expedientes técnicos de obra, la responsabilidad del contratista por errores, deficiencias o por vicios ocultos puede ser reclamada por la Entidad por un plazo no menor de tres (3) años desde la conformidad de obra otorgada.
- xii. En el artículo 32 de la referida norma, se establece que la responsabilidad por la adecuada formulación del expediente técnico o estudios definitivos corresponde al Proyectista y a la supervisión, de acuerdo al alcance de los respectivos contratos y la aprobación a la Entidad.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

- xiii. Concluye que debe ponerse en conocimiento del Tribunal, las acciones incurridas por el Consorcio a cargo de la elaboración del expediente técnico de la obra, al haberse negado a absolver las consultas formuladas por el ejecutor de obra.
3. Con decreto del 26 de enero de 2021, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra los integrantes del Consorcio, por su presunta responsabilidad al negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando estas deban verificarse con posterioridad al pago; infracción tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley. Asimismo, se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.
4. Con decreto del 28 de enero de 2021, se tiene por efectuada la notificación del decreto que dispone el inicio del procedimiento administrativo sancionador a los señores Karlos Calero Zarate y Roger Eladio Velarde García, integrantes del Consorcio, remitida a su respectiva Casilla Electrónicas del OSCE, el 28 de enero de 2021¹.
5. Mediante Formulario “Presentación de descargos” y escrito s/n, presentados el 9 de febrero de 2021 en el Tribunal, el señor Roger Eladio Velarde García, integrante del Consorcio, se personó al presente procedimiento y presentó descargos, indicando principalmente lo siguiente:
- i. Resulta de suma importancia lo establecido en el numeral 82.3 del artículo 82 del Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, aprobado mediante Decreto Supremo N° 071-2016-PCM, el cual textualmente dice:

“Las consultas cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, requieran de la opinión del proyectista son elevadas por estos a la Entidad dentro del plazo máximo de tres (3) días siguientes de anotadas, correspondiendo a esta en coordinación con el proyectista absolver la consulta dentro del plazo máximo de diez

¹ Con decreto del 28 de enero de 2021, se deja constancia que los señores Karlos Calero Zarate y Roger Eladio Velarde García, brindaron su consentimiento para ser notificados a través de la Casilla Electrónica del OSCE.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

(10) días siguientes de la comunicación de inspector o supervisor.

- ii. En atención a lo expuesto en el párrafo anterior, la Entidad debe considerar en el contrato celebrado con el proyectista cláusulas de responsabilidad y la obligación de atender las consultas que les remita la Entidad dentro del plazo que señale dicha cláusula. En caso no haya respuesta del proyectista en el plazo indicado, la Entidad debe absolver la consulta y dar instrucciones al contratista a través del inspector o supervisor, sin perjuicio de las acciones que se adopten contra el proyectista, por la falta de absolución de la misma.
- iii. De la revisión de las bases integradas y del documento que contiene el contrato, en ningún extremo se ha establecido textualmente la obligación del Consorcio en absolver las consultas y observaciones que se puedan formular en la ejecución de obra.
- iv. Ante la omisión realizada por la Entidad, de haber establecido en el contrato expresamente la obligación de absolver consultas y observaciones durante la ejecución de obra, pretende sustentar dicha obligación en los vicios ocultos.
- v. Respecto a los vicios ocultos, el artículo 1504 del Código Civil, en aplicación supletoria, establece que *“No se consideran vicios ocultos las que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su actitud personal y con las circunstancias”*.
- vi. El artículo 7 de la Ley de Reconstrucción con Cambios establece que, a través de la expresión de intereses la Entidad difunde sus necesidades de contratación a los proveedores con la finalidad de determinar el requerimiento. Asimismo, el artículo 8 del Reglamento de Reconstrucción con cambios, prevé que las consultas técnicas son solicitudes de aclaración respecto al contenido de la expresión de interés.
- vii. En la ejecución de la obra no se ha configurado supuesto de vicios ocultos, ya que el ejecutor de obra debió ser diligente y formular las respectivas consultas y/u observaciones durante la fase de expresión de interés de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Reconstrucción con cambios; por lo tanto, ante esta falta de diligencia no se configurarían



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

vicios ocultos.

- viii. En el supuesto negado, que el Consorcio como responsable de la elaboración del expediente técnico, haya incurrido en algún vicio oculto, la Entidad debió recurrir a los medios de solución de controversias (conciliación y/o arbitraje) con la finalidad de dilucidar y resolver la configuración o no de vicios ocultos y no iniciar un procedimiento administrativo sancionador.
- ix. A pesar que en ningún extremo de las bases y del contrato se ha establecido la obligación de absolver consultas y observaciones, el Consorcio a través de la Carta N° 001-2020/CADC-RCC-C-ET, absolvió las consulta, precisando que ni en las bases integradas, ni en el contrato, se estableció la obligación de realizar un estudio hidrogeológico, así como tampoco ningún diagnóstico del pozo existente.

Precisa que el expediente técnico ejecutado, se encuentra dentro de los alcances exigidos en las bases integradas y el contrato; dicho expediente recibió la conformidad por un supervisor externo (consultor) de la Entidad, por lo que ahora, ni el residente ni el supervisor pueden precisar que faltan partidas o que el expediente técnico es deficiente.

Aunado a ello, mediante la Carta N° 002-2020/CADC-RCC-C-ET, indicó que el término fuentes de agua, lo cual, si manifiesta y reafirmo, es que en ningún extremo de las bases, contrato y desagregado del valor referencial de la consultoría se establece la obligación de realizar un estudio hidrogeológico, ni ningún diagnóstico. La Entidad, pretende hacer pasar el término fuentes de agua como estudios hidrogeológicos; sin embargo, este último es un estudio complejo que se realiza con el fin de seleccionar las áreas favorables para la perforación de un pozo tubular, a través del cual se debe extraer agua.

Las fuentes de agua, está referido a las fuentes de agua natural y cercanos al lugar de ejecución de la obra, donde se puede extraer dicho líquido para su uso en la ejecución de las diversas partidas como mezclas de concreto, riesgo, etc.; asimismo, la fuente se agua es un ítem de estudio de suelos y que fue entregado en el primer entregable.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

- x. Solicita se declare no ha lugar la imposición de sanción en su contra.
6. Mediante Formulario “Presentación de descargos” y escrito s/n, presentados el 10 de febrero de 2021 en el Tribunal, el señor Karlos Calero Zarate, integrante del Consorcio se personó al presente procedimiento y presentó descargos, sustentando los mismos argumentos expuestos por el señor Roger Eladio Velarde García, integrante del Consorcio.
 7. Con decreto del 17 de febrero de 2021, se tuvo por apersonado a los integrantes del Consorcio y por presentados sus descargos, remitiéndose el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que resuelva, siendo recibido ese mismo día.
 8. Con decreto del 27 de abril de 2021, atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 056-2021-OSCE/PRE, y en los Acuerdos de Sala Plena N° 03-2015/TCE y N° 01-2017/TCE, dada la reasignación de expedientes y a la nueva conformación de Salas, se dispuso la remisión del presente expediente a la Tercera Sala, siendo recibido el mismo día.
 9. El 7 de mayo de 2021, mediante decreto se programó la audiencia pública solicitada por los integrantes del Consorcio, para el 18 del mismo mes y año.
 10. Mediante escritos s/n, presentados el 14 de mayo de 2021 en el Tribunal, el señor Roger Eladio Velarde García, integrante del Consorcio, acreditó a su representante para ejercer el uso de la palabra en la audiencia pública programada.
 11. Mediante escrito s/n, presentado el 17 de mayo de 2021 en el Tribunal, el señor Karlos Calero Zarate, integrante del Consorcio, acreditó a su representante para ejercer el uso de la palabra en la audiencia pública programada.
 12. El 18 de mayo de 2021 se llevó a cabo la audiencia pública programada, con la participación del representante de los integrantes del Consorcio.
 13. Con decreto del 13 de julio de 2021, a efectos que la Sala cuente con mayores elementos de juicio al momento de resolver, requirió lo siguiente:

“AL EJÉRCITO PERUANO - UO 0804 Primera Brigada de Infantería

De la revisión del Expediente N° 456-2021, se aprecia que los señores KARLOS CALERO ZARATE y ROGER ELADIO VELARDE GARCIA, integrantes del CONSORCIO ADC,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

presentaron sus descargos, a través de los cuales señalan que en ningún extremo de las bases integradas, contrato y desagregado de valor referencial de la consultoría, se estableció la obligación de realizar estudios hidrogeológicos, así como tampoco ningún diagnóstico del pozo existente (estos estudios y/o diagnósticos no fueron parte de las obligaciones contractuales y el valor referencial no paga por tales estudios y/o diagnósticos).

Asimismo, indicaron que su representada pretende hacer pasar el término de fuentes de agua por ESTUDIOS HIDROGEOLOGICO; sin embargo, un estudio hidrogeológico es un estudio complejo que se realiza con el fin de seleccionar las áreas favorables para la perforación de un (1) pozo tubular, a través del cual se debe extraer agua; mientras que fuentes de agua está referido a las fuentes de agua natural y cercanas al lugar de ejecución de la obra, donde se puede extraer dicho líquido para su uso en la ejecución de las diversas partidas, tales como mezclas de concreto, riego, etc.; además, precisó que las fuentes de agua es un ítem de estudio de suelos que fue entregado en el primer entregable del Consorcio a la Entidad.

En tal sentido, se requiere lo siguiente:

- *Sírvase **remitir** un **informe técnico legal complementario**, en el cual precise de manera clara su posición respecto a los argumentos expuestos por los integrantes del Consorcio en sus descargos, respecto a los Estudios Hidrogeológicos y a las fuentes de agua. Asimismo, sírvase precisar en qué documento (bases integradas, contratos y/o otros) fue requerido que el Consultor debía realizar estudios hidrogeológicos, considerando que en las bases integradas solo se hace referencia a fuentes de agua dentro de los estudios básicos de ingeniería.*
- *Sírvase **informar** si lo presentado en los entregables en relación a los estudios sobre las fuentes de agua, por parte de los señores KARLOS CALERO ZARATE y ROGER ELADIO VELARDE GARCIA, integrantes del CONSORCIO ADC, fue lo requerido en las bases integradas.*
- *Sírvase **remitir** copia de los entregables del Consorcio ADC (el Consultor), a través de los cuales entregó, entre otros, los estudios sobre mecánica de suelos y estudio de canteras y fuentes de agua.*
- *Sírvase **remitir** copia íntegra de las Cartas N° 029-2020/ADLB-S.O del 2 de octubre de 2020 y Carta N° 013-2020, a través de las cuales el Ejecutor de obra solicitó a la Entidad efectuar consultas que debían ser absueltas por los señores Karlos Calero Zarate y Roger Eladio Velarde García, integrantes del Consorcio ADC, como responsable del Servicio de Consultoría de la obra “Rehabilitación y Reconstrucción de la 1ra Brigada de Infantería”.*
- *Sírvase **remitir** copia íntegra de la Carta N° 001-2020/CADC-RCC-C-ET del 20 de octubre de 2020, a través de la cual el Consorcio ADC, respondió a su*



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

*requerimiento de absolución de consultas del Servicio de Consultoría de la obra
"Rehabilitación y Reconstrucción de la 1ra Brigada de Infantería".*

(...)".

- 14.** Mediante Oficio N° 093/1ra Brig. Inf/X1-12.A.2(d) del 19 de julio de 2021, presentado el 21 del mismo mes y año, el Tribunal, la Entidad remitió la información requerida con decreto del 13 de julio de 2021.

Así, en el Informe Técnico Legal N° 021-2021/SAL/1RA BRIG INF del 20 de julio de 2021, indicó lo siguiente:

- Respecto a la solicitud de información, en los términos de referencia, las bases integradas y el contrato del procedimiento de selección, fue requerido al Consultor que debía realizar el ESTUDIO DE MECÁNICA DE SUELOS Y ESTUDIOS DE CANTERAS Y FUENTES DE AGUA; si bien es cierto, no se consideró textualmente la realización de un estudio hidrogeológico, se deberá entender que el estudio de mecánica de suelos y fuentes de agua es más amplio y abarca el estudio completo de origen y la formación de las aguas subterráneas (de donde proviene el agua materia del procedimiento de selección), la forma de su almacenamiento, su interacción con los suelos y rocas, así como su estado (liquido, sólido y gaseoso), y sus propiedades.
- Se deberá tener en cuenta que dichas consideraciones fueron taxativamente expuestas en el numeral 5.1.3 del Capítulo III de las bases integradas, señalándose que el Consultor debía presentar los estudios de mecánica de suelos (EMS) con el fin de determinar la clasificación dl tipo de suelo, análisis granulométrico, resistencia del suelo y altura de la napa freática, debiendo adjuntar los ensayos de laboratorio y estar firmado, sellado por el ingeniero responsable del estudio y refrendado por el consultor con respecto al estudio de fuentes de agua.
- Se debe tener en consideración la razón y la necesidad de la Entidad para convocar el procedimiento de selección, necesidad que se encontraba plasmada en la información contenida en los términos de referencia, las bases integradas y el contrato, donde se otorgó la buena pro al Consultor quien debía realizar el ESTUDIO DE MECÁNICA DE SUELOS Y ESTUDIOS DE CANTERAS Y FUENTES DE AGUA., y que posteriormente cuando fue requerido, tenía la obligación de presentar los estudios de mecánica de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

suelos 8EMS) con el fin de determinar la clasificación del tipo de suelos, análisis granulométrico, resistencia del suelo, altura de la napa freática y ensayos de laboratorio, firmados y sellados por el ingeniero responsable del estudio y refrendado por el consultor.

- Con relación a los estudios de fuente de agua, debe tenerse en cuenta que estuvo considerado en el numeral 5.1.3 del Capítulo III de las bases integradas y en la cláusula tercera del contrato; sin embargo, existió la negativa del Consorcio de pronunciarse sobre las consultas que se les realizó, situación que entorpeció en avance de la obra y atentó contra la ruta crítica de su desarrollo.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento determinar la supuesta responsabilidad administrativa de los integrantes del Consorcio, por haberse negado injustificadamente a cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato que debían ejecutarse con posterioridad al pago, hecho que se habría producido el **18 de noviembre de 2020** [fecha en la cual fue notificada la Carta N° 005/1 DE-16.A.2 en la cual se solicitó al Consorcio absolver las consultas formuladas por el ejecutor de obra], cuando se encontraba vigente la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por los Decretos Legislativos N° 1341 y N° 1444², en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en lo sucesivo **el Reglamento**, normativa que será aplicada para resolver el presente caso, en lo referente al tipo infractor, la sanción y el plazo prescriptorio.

Naturaleza de la infracción.

2. Al respecto, tenemos que la presunta conducta infractora se encuentra tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, vigente al momento en que supuestamente se incurrió en la infracción, según los siguientes términos:

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas, y

² Modificaciones comprendidas en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5. Cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

h) Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando estas deban verificarse con posterioridad al pago.

3. En ese sentido, la infracción descrita en el literal h) antes mencionado, requiere para su configuración de la concurrencia de los siguientes requisitos:
 - I. La existencia de obligaciones derivadas del contrato que deben verificarse con posterioridad al pago.
 - II. El requerimiento efectuado al contratista para el cumplimiento de dichas obligaciones.
 - III. La negativa injustificada del contratista a cumplir con las obligaciones requeridas.

4. Asimismo, se tiene que, según los términos descritos en el tipo infractor, la ocurrencia de la infracción se concretará con la negativa injustificada del Contratista a cumplir con las obligaciones que debieron ejecutarse con posterioridad al pago efectuado por la Entidad.

En ese contexto, a efectos de determinar si existe negativa del Contratista para cumplir con las obligaciones a su cargo, es imprescindible que la Entidad haya cursado un requerimiento expreso, identificando la obligación cuyo cumplimiento requiere, así como haberle otorgado un plazo para que cumpla con dicha obligación. Solo si, pese a haberse cursado dicho requerimiento, el contratista mantiene el incumplimiento, podrá considerarse que dicha conducta constituye una negativa a cumplir con sus obligaciones contractuales.

Finalmente, también debe analizarse si la negativa del Contratista para cumplir con las obligaciones requeridas resulta injustificada o si, por el contrario, se ha acreditado que concurrió alguna circunstancia que le impidió cumplir con las obligaciones requeridas por la Entidad.

5. Estando a lo señalado, y considerando que la infracción referida a negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

ejecutarse con posterioridad al pago, se encuentra tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, según dicho texto normativo, la aludida infracción será sancionable por el Tribunal, previo análisis de la conducta desplegada por el Contratista.

Configuración de la infracción

a) Sobre la existencia de obligaciones contractuales que deben verificarse con posterioridad al pago

6. Sobre el particular, de la información que obra en el expediente administrativo, específicamente en el Informe Técnico Legal N° 088-2020/SAL/TRA1RA.BRIG INF³ del 9 de diciembre de 2020 y la Hoja de Coordinación N° 10/IDE/1ra Brig inf/X1-12.a.2 (d), se advierte que la Entidad denunció al Consorcio por haberse negado a responder consultas efectuadas por el ejecutor de obra, las mismas que estuvieron referidas a lo siguiente:
- El estudio hidrogeológico donde se detalle el rendimiento del pozo tubular, la altura dinámica, altura estática, la curva de rendimiento, la ubicación de la bomba que garantice su adecuado uso (ítem I de la ejecución de obra), conforme se puede observar en el asiento 68 del cuaderno de obra.
 - Deficiencia en la estructura de la losa aligerada del ítem II- Cuadro de Tropa de Batallón de Infantería Motorizado N° 5, conforme se puede observar en el asiento N° 85 del cuaderno de obra.
7. Al respecto, los integrantes del Consorcio en sus descargos han señalado que en ningún extremo de las bases integradas y del contrato se ha establecido de una manera expresa obligaciones por parte del Consultor de absolver consultas y/u observaciones durante la ejecución de la obra.

Asimismo, refieren que en las bases integradas, contrato y dentro del valor referencial ofertado y contratado, no se estableció la obligación de realizar un estudio hidrogeológico, y tampoco ningún diagnóstico del pozo existente; además, indica que el expediente técnico ejecutado se encontraba dentro de los alcances exigidos en las bases integradas y el contrato, por lo que recibió la conformidad de un supervisor externo y de la propia Entidad.

³

Documento obrante a folios 13 al 21 del archivo en pdf del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

8. En principio, cabe traer a colación que el numeral 82.3 del artículo 82 del Reglamento para la Reconstrucción, establece lo siguiente:

“Artículo 82.- Cuaderno de obra, anotaciones y consultas

(...)

82.3 Las consultas se formulan en el cuaderno de obra y se dirigen al inspector o supervisor, según corresponda. Las consultas cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, no requieran de la opinión del proyectista, son absueltas por estos dentro del plazo máximo de tres (3) días siguientes de anotadas las mismas. Vencido el plazo anterior y de no ser absueltas, el contratista dentro de los dos (2) días siguientes tiene que acudir a la Entidad, la cual debe resolverlas en un plazo máximo de cinco (5) días, contados desde el día siguiente de la recepción de la comunicación del contratista.

Las consultas cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, requieran de la opinión del proyectista son elevadas por estos a la Entidad dentro del plazo máximo de tres (3) días siguientes de anotadas, correspondiendo a esta en coordinación con el proyectista absolver la consulta dentro del plazo máximo de diez (10) días siguientes de la comunicación del inspector o supervisor.

Para este efecto, la Entidad debe considerar en el contrato celebrado con el proyectista cláusulas de responsabilidad y la obligación de atender las consultas que les remita la Entidad dentro del plazo que señale dicha cláusula. En caso no hubiese respuesta del proyectista en el plazo indicado en el párrafo anterior, la Entidad debe absolver la consulta y dar instrucciones al contratista a través del inspector o supervisor, sin perjuicio de las acciones que se adopten contra el proyectista, por la falta de absolución de la misma”.

(En énfasis y subrayado es agregado)

9. En relación con ello, de la revisión de las bases integradas y del Contrato, no se aprecia que la Entidad haya considerado expresamente cláusulas de responsabilidad y de obligación de atender las consultas que remita la Entidad con posterioridad al pago; en ese sentido el Consorcio, aunque estaba obligado a absolver las consultas, no podía exigírsele que lo haga en un plazo determinado, toda vez que ello no fue establecido en las bases integradas ni en el contrato, motivo por el cual este Colegiado no puede configurar la infracción imputada.

En ese sentido, considerando que no se ha previsto en las bases integradas ni en el contrato cláusulas de responsabilidad y obligación de atender las consultas que remita la Entidad con posterioridad al pago, este Colegiado concluye que no se ha

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

configurado la infracción prevista en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que la Entidad, en atención al requerimiento de información solicitado por este Colegiado con decreto del 13 de julio de 2021, remitió el Informe Técnico Legal N° 021-2021/SA/1RA BRIG INF de fecha 20 de julio de 2021, a través del cual comunicó, principalmente, lo siguiente:

“(…)

*Con respecto a la solicitud de información, en los términos de referencia, las bases integradas y el contrato resultante del procedimiento de selección que fue requerido al Consultor, este debía realizar el ESTUDIO DE MECÁNICA DE SUELOS Y ESTUDIOS DE CANTERAS Y FUENTES DE AGUA; **si bien es cierto, no se consideró textualmente la realización de un estudio hidrogeológico, se deberá entender que el estudio de mecánica de suelos y fuentes de agua es más amplio y abarca el estudio completo de origen y la formación de las aguas subterráneas** (de donde proviene el agua materia del procedimiento de selección), la forma de su almacenamiento, su interacción con los suelos, y rocas; así como su estado (líquido, sólido y gaseoso) y sus propiedades.*

(el resaltado y subrayado es agregado)

Como es de verse en la comunicación antes citada, la Entidad ha informado que no se consideró textualmente el estudio hidrogeológico, sino que debía entenderse que el estudio de mecánica de suelos y fuentes de agua es más amplio y abarca el estudio completo de origen y la formación de las aguas subterráneas (de donde proviene el agua materia del procedimiento de selección), la forma de su almacenamiento, su interacción con los suelos, y rocas; así como su estado (líquido, sólido y gaseoso) y sus propiedades.

10. Por lo expuesto, este Tribunal considera que en el presente caso, no se configura el primer requisito del tipo infractor materia de imputación, referido a la existencia de obligaciones contractuales que deben ejecutarse con posterioridad al pago; por lo que carece de objeto continuar con el análisis de los siguientes requisitos.
11. En consecuencia, corresponde declarar **no ha lugar** a la imposición de sanción contra los integrantes del Consorcio, por la infracción referida a negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando estas deban ejecutarse con posterioridad al pago.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

12. Sin perjuicio de lo señalado, este Colegiado considera que los hechos expuestos por la Entidad constituirían indicios que harían suponer que los señores Karlos Calero Zarate y Roger Eladio Velarde García, integrantes del Consorcio ADC, habrían incurrido en responsabilidad de formular expedientes técnicos con omisiones, deficiencias, o información equivocada.

En tal sentido, este Colegiado considera pertinente disponer se abra expediente administrativo sancionador contra los señores Karlos Calero Zarate y Roger Eladio Velarde García, integrantes del Consorcio ADC, por su presunta responsabilidad al formular expediente técnico con omisión, deficiencias o información equivocada; infracción prevista en el literal m) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Héctor Marín Inga Huamán y la intervención de los vocales Paola Saavedra Alburqueque y Jorge Luis Herrera Guerra, atendiendo a la conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 056-2021-OSCE/PRE del 9 de abril de 2021, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente a partir del 14 de marzo de 2019, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **NO HA LUGAR** a la imposición de sanción contra el señor **KARLOS CALERO ZARATE**, con **RUC N° 10422015740**, y contra el señor **ROGER ELADIO VELARDE GARCÍA**, con **RUC N° 10421830466**, integrantes del Consorcio ADC, por su presunta responsabilidad al negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del Contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago; infracción tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en el marco del Procedimiento de Contratación Pública N° 1-2019/EP UO 0804 – Primera Convocatoria, realizada por el Ejército Peruano – UO 0804 Primera Brigada de Infantería, por los fundamentos expuestos.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 01891-2021-TCE-S3

2. Archivar el presente expediente.
3. **Abrir expediente administrativo sancionador** contra los señores **Karlos Calero Zarate** y **Roger Eladio Velarde García**, integrantes del Consorcio ADC, por la presunta comisión de la infracción prevista en el literal m) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

SS.

Inga Huamán.

Saavedra Alburqueque.

Herrera Guerra