

INFORME N° 01-2018 DE ANÁLISIS DE LAUDOS ARBITRALES

“Análisis de laudos en contratos de obra suscritos por el Gobierno Regional de La Libertad” (Laudos emitidos en el periodo 2014 – 2017)

I. ALCANCE:

El presente informe ha sido elaborado en el marco de la gestión del conocimiento que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE viene promoviendo en atención a los objetivos estratégicos planteados en su oportunidad por Presidencia Ejecutiva.

En ese sentido, la finalidad del documento que presentamos es **identificar las oportunidades de mejora en la gestión de la fase de ejecución contractual que las Entidades pueden implementar en sus futuras contrataciones**, bajo el marco de la normativa de contrataciones de compras públicas.

Con el propósito antes señalado, nuestra labor se ha centrado en ubicar las principales “deficiencias” en los laudos analizados en que, desde el punto de vista de los árbitros, la Entidad incurrió durante la ejecución de los contratos de obra a su cargo, situaciones que consideramos pueden ser catalogadas como “lecciones aprendidas” que abonen en mejorar la gestión de las contrataciones.

En ese sentido, en atención a la importancia social y al alto impacto de la inversión de recursos públicos que representa, en este año 2018 se ha optado por analizar laudos emitidos entre los años 2014 y 2017 (publicados en el portal web del OSCE) en el marco de arbitrajes donde ha participado como parte alguna de las Entidades comprendidas en la denominada “Reconstrucción con Cambios”.

Con relación a ello, creemos relevante tener como referencia que a través del Decreto Supremo N° 011-2017-PCM se declaró en estado de emergencia a los departamentos de Tumbes, Piura y Lambayeque por un plazo de 60 días calendario como consecuencia de los desastres ocurridos por las intensas lluvias ocurridas por el “*Fenómeno del Niño Costero*”, estableciéndose que los gobiernos regionales y locales de dichos departamentos –en coordinación con otras entidades del Gobierno Central- ejecuten las acciones y medidas de excepción inmediatas y necesarias destinadas a la respuesta y rehabilitación de las zonas afectadas. Asimismo, mediante Decreto de Urgencia N° 002-2017 se aprobaron medidas para la atención inmediata de emergencias ante la ocurrencia de lluvias y peligros asociados que se hayan producido en zonas declaradas en estado de emergencia hasta el 30 de abril de 2017.

En adición a ello, hemos tenido presente las disposiciones contenidas en el “*Decreto Supremo que aprueba el Plan de la Reconstrucción al que se refiere 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*” (Decreto Supremo N° 091-2017-PCM), así como el “*Decreto Supremo que modifica el Plan de la Reconstrucción aprobado mediante Decreto Supremo N° 091-2017-PCM y modificatorias*” (Decreto Supremo N° 124-2017-PCM), a través de los cuales el Consejo de Ministros del Estado aprobó el “*Plan Integral de Reconstrucción con Cambios*” para la reconstrucción de la infraestructura dañada y destruida por las lluvias y huaicos para las regiones Piura, La Libertad, Áncash, Lambayeque, Tumbes y Cajamarca.

En tal sentido, y en función a lo antes manifestado, para elaborar el presente informe se han analizado los laudos relacionados a los contratos de obra suscritos por el **Gobierno Regional de La Libertad** con el exclusivo propósito de coadyuvar en la mejora de su futura gestión contractual, principalmente en el marco de la “Reconstrucción con Cambios”, actividad que responde al cumplimiento de la función de “*velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes*” asignada al OSCE en el literal a) del artículo 52 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

II. METODOLOGÍA:

Para elaborar el presente Informe se han identificado cuatro (04) laudos emitidos entre los años 2014 y 2017, los mismos que se encuentran publicados en el portal institucional *web* del OSCE, cuyas materias controvertidas se encuentran directamente relacionadas con la ejecución de contratos de obra pública celebrados entre los años 2012 y 2015, donde una de las partes ha sido el Gobierno Regional de La Libertad (en lo sucesivo, la Entidad).

Cabe precisar que los cuatro (04) laudos materia de análisis han sido emitidos correlativamente en los años 2014, 2015, 2016 y 2017.

De su contenido, se ha buscado identificar las “deficiencias” en que la Entidad habría incurrido durante la gestión de la contratación, situación que le habría llevado a obtener una decisión arbitral desfavorable en el marco de los respectivos arbitrajes desarrollados en su oportunidad. En ese sentido, se debe precisar que las situaciones calificadas como “deficiencias” en el este Informe tienen como exclusivo fundamento las consideraciones y el análisis efectuado por los árbitros en el ejercicio de su función jurisdiccional en aras de resolver las controversias planteadas por las partes.

En pro de una mejor sistematización, en el presente Informe las aludidas “deficiencias” han sido agrupadas por materias controvertidas tales como liquidación de contrato de obra, mayores gastos generales, penalidades, reducción de prestaciones, deficiencias en la etapa de actos preparatorios y deficiencias en la elaboración del expediente técnico.

Corresponde precisar que, de acuerdo a la información que obra en nuestra base de datos, no se ha comunicado al OSCE respecto a si los laudos arbitrales materia de análisis han sido anulados por el Poder Judicial.

A continuación, detallamos el listado de laudos que han sido objeto de estudio:

N°	Año de Emisión	Link del laudo en portal web del OSCE	Contratista
1	19/11/2014	http://www.osce.gob.pe/download/arbitraje/audos/EXTERNO/2014/373.pdf	COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS MULTIPLES S.A.C.
2	07/08/2015	http://www.osce.gob.pe/download/arbitraje/audos/EXTERNO/2015/262.pdf	INGECO S.A.C.

3	07/12/2016	http://www.osce.gob.pe/download/arbitraje/audos/EXTERNO/2016/479.pdf	INGECO S.A.C.
4	19/06/2017	http://www.osce.gob.pe/download/arbitraje/audos/EXTERNO/2017/205.pdf	CONSORCIO SANTA ROSA

III. MARCO NORMATIVO.-

Cabe anotar que el marco normativo aplicable para resolver las controversias objeto de los laudos materia del presente Informe se encuentra constituido por las siguientes disposiciones:

- (i) **En el Laudo N° 01** se aplicó la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobados por Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF, respectivamente, vigentes desde el 01 de febrero de 2009 hasta el 19 de setiembre de 2012.
- (ii) **En los Laudos N° 02, N° 03 y N° 04** se aplicaron la normas antes mencionadas con sus respectivas modificaciones, aprobadas en el año 2012 (Ley N° 29873 y Decreto Supremo N° 138-2012-EF, respectivamente), vigentes desde el 20 de setiembre de 2012 hasta el 08 de enero de 2016.

IV. REVISIÓN DE LAUDOS

En el presente apartado presentamos el listado de las materias controvertidas y las “deficiencias” vinculadas a las mismas en que habría incurrido la Entidad durante la gestión de la fase de ejecución contractual, exclusivamente a partir de las consideraciones y el análisis efectuado por los árbitros a cargo de la resolución de las respectivas desavenencias contractuales.

Asimismo, en algunos casos se ha detectado deficiencias en la elaboración del expediente técnico de la obra y que han tenido incidencia directa en la gestión del contrato por parte de la Entidad.

Corresponde precisar que en este listado se citarán algunos párrafos extraídos de los mismos laudos que estimamos relevantes a efectos de conocer con mayor precisión el razonamiento y los aspectos tomados en cuenta por los árbitros al resolver las controversias planteadas.

4.1 LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA:

El pronunciamiento de la Entidad sobre las observaciones formuladas por el contratista a la liquidación de obra no se realizó con una motivación adecuada y suficiente¹:

De acuerdo a lo indicado por el Árbitro Único, las observaciones a la liquidación de obra formuladas por el Contratista fueron precisas, claras y concisas; sin embargo,

¹ Páginas 20, 22, 23, 24 y 25 del Laudo N° 02.

en el pronunciamiento de la Entidad no se aprecia una motivación adecuada ni suficiente, dado que no explica las razones por las cuales no son correctas ni válidas dichas observaciones, tal como se advierte del texto que citamos a continuación:

“7. (...) Además, la manifestación de desacuerdo no recae en la simple presentación de un documento que contenga información opuesta, sino la oposición sustentada e individual de cada uno de los puntos contradichos. No en vano el Art. 42 de la LCE exige que la resolución o el acuerdo que emita LA ENTIDAD debe ser debidamente fundamentado, exigencia que por el principio de transparencia no se limita al pronunciamiento de LA ENTIDAD ante la liquidación que presente EL CONTRATISTA, sino que se extiende también al pronunciamiento que debe formular sobre las observaciones que presente este último.

8. Lo antes afirmado tiene sustento en la Opinión 029-2015/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en la cual fija como criterio de interpretación del Art. 42° de la LCE lo siguiente:

El pronunciamiento de la Entidad sobre la liquidación de un contrato de consultoría o ejecución de obra debe realizarse mediante una resolución o acuerdo debidamente fundamentado (...).

(...)

13. En el caso materia de análisis se tiene que con Oficio N° 1116-2014-GRLL-GGR-GRI, de fecha 17 de octubre de 2014, LA ENTIDAD puso en conocimiento del CONTRATISTA la Liquidación de Obra, quien la recepcionó el 17 de octubre de 2014, según consta en el cargo respectivo. De acuerdo al procedimiento antes indicado, y teniendo además en consideración que en la etapa de ejecución contractual los plazos se cuentan en días calendario conforme lo establece el Artículo 151° del RLCE, EL CONTRATISTA tenía hasta el 01 de noviembre del 2014 para pronunciarse y notificar a la ENTIDAD, para que ésta se pronuncie dentro de los quince días siguientes.

14. Fluye de la Carta N° 0177-2014-INGECO SAC, del 20 de octubre de 2014, entregada a LA ENTIDAD el 28 de octubre, esto es dentro del plazo reglamentario, que EL CONTRATISTA se pronunció formulando observaciones a la Liquidación de Obra, indicando los puntos específicos de su observación, el sustento de los mismos y sus cálculos en siete tablas anexas.

15. LA ENTIDAD emitió pronunciamiento sobre las observaciones, mediante Oficio N° 1187-2014-GRLL-GGR-GRI, del 03 de noviembre, entregada al CONTRATISTA el 04 de noviembre del 2014, adjuntando copia del Informe N° 200-2014-GRLL-GRI/SGL, y del Informe N° 45-2014/GRLL-GRI/SGL-MMM, ambos del 03 de noviembre del 2014.

(...)

18. Como se aprecia, el pronunciamiento de LA ENTIDAD no tiene la motivación adecuada y suficiente, puesto que no explica las razones por las cuales no son correctas ni válidas las observaciones puntuales que EL CONTRATISTA formuló a la Liquidación de Obra. Tal requisito es necesario para la validez de una actuación administrativa, como se ha establecido, por lo

que el pronunciamiento de LA ENTIDAD respecto de las observaciones formuladas por EL CONTRATISTA carece de validez, según lo establecido en el Art. 10 de la Ley 27444”.

4.2 MAYORES GASTOS GENERALES:

Que la Entidad no se haya pronunciado respecto a los mayores gastos generales en la resolución que aprueba la ampliación de plazo no es motivo para dejar de reconocerlos a favor del contratista²:

De acuerdo a lo indicado por el Árbitro Único, el reconocimiento de los gastos generales a favor del Contratista proceden a pesar que la Entidad no se haya pronunciado al respecto en las Resoluciones que aprobaron las ampliaciones de plazo, más aun, cuando no se ha demostrado que dichas ampliaciones se hayan generado por una paralización total de la obra; según se puede apreciar del texto que citamos a continuación:

“23. Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de los mayores gastos generales que solicita EL CONTRATISTA, se aprecia que en cada una de las Resoluciones que emitió LA ENTIDAD aprobando las ampliaciones de plazo, no hay pronunciamiento por el reconocimiento o no de los mayores gastos generales (...).”

“25. En ese entendido, sobre el reconocimiento del derecho a recibir el pago de los mayores gastos generales el artículo 202° del RLCE dispone:

*Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual
Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar el pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra. (subrayado agregado) (...)”*

“27. Así pues, para la interpretación del artículo 202° del RLCE, una de las partes no puede denegar el derecho de la otra a percibir los mayores gastos generales; a pesar que se trataría de un derecho patrimonial de libre disposición; por el contrario, según GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ:

El contrato es Ley entre las partes, pero junto a la lex contractu hay otras leyes que exigen primariamente la satisfacción del interés general. La armonización necesaria de ambas leyes obliga a buscar el equilibrio contractual en un punto diferente. Ese equilibrio, esa proporcionalidad o aequalitas de las prestaciones respectivas de las partes, que es consustancial a la idea misma del contrato, existe también en los contratos administrativos y se mantiene siempre a lo largo de su ejecución, cualquiera que sea la incidencia que en el desarrollo de los mismos puedan tener los poderes que se reconocen en la Administración contratante. Las alteraciones o adaptaciones que el interés público exige introducir en la obra, servicio o suministro contratados tienen en todo caso su contrapartida en un deber legal de respetar la llamada “ecuación financiera” del contrato. Mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son, pues, los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa. (Subrayado agregado).

28. En consecuencia, procede el reconocimiento de los gastos generales a favor del CONTRATISTA, aún a pesar que LA ENTIDAD no se haya pronunciado al respecto en las Resoluciones que aprobaron las ampliaciones

² Páginas 26, 27 y 28 del Laudo N° 02.

plazo. Más aún si durante este arbitraje LA ENTIDAD no ha demostrado que las ampliaciones de plazo se hayan dado por paralización total de la obra, en cuyo caso hubiese procedido solamente el pago de los mayores gastos debidamente acreditados, como lo establece el segundo párrafo del artículo 202° del RLCE”.

4.3 PENALIDADES:

La Entidad omitió establecer en el contrato el procedimiento para aplicar las “otras penalidades”, razón por lo cual no resulta posible su aplicación al contratista durante la ejecución del contrato³:

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Arbitral, cuando en un contrato se fijaron penalidades distintas a la mora (“otras penalidades”) pero respecto de las cuales no se estableció el procedimiento para su imputación, la Entidad no puede aplicarlas, conforme se aprecia del texto que citamos a continuación:

“161. El régimen de contratación estatal contempla la posibilidad de aplicar, en un mismo contrato, tanto la penalidad por mora regulada en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, como también un régimen de penalidades distintas, regulado en el artículo 166° del mismo dispositivo legal. Su regulación se efectúa de modo independiente, no pudiendo deducirse de la lectura de ambos artículos, ni que tengan un carácter excluyente entre sí, ni mucho menos que deban computarse en conjunto. (...)”.

“164. (...) cabe analizar si se dan las condiciones para la aplicación del régimen de “Otras penalidades distintas a la mora”. De la revisión de la mencionada Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, se advierte que en ella se detalla con precisión el tipo infractor que daría origen a la penalidad imponible y su fórmula de cálculo; sin embargo, no se precisa el mecanismo de defensa que le correspondería al Contratista cuando se le efectúa la imputación correspondiente.

165. Lo mencionado en el párrafo anterior, constituye la materia a decidir. ¿Es suficiente la sola tipificación de los supuestos de penalidad por mora o se requiere la regulación de un procedimiento para su imposición?; (...)”.

“167. Dado que la norma no establece las condiciones y procedimiento para la aplicación del régimen de otras penalidades distintas a la mora, queda claro que corresponde a las Bases o al Contrato, establecer las condiciones para su aplicación, así como para garantizar el derecho de defensa de la parte imputada. En esa línea, no basta la sola tipificación del supuesto de hecho penalizable, sino también las condiciones y procedimiento para su determinación.

168. Debe recordarse, en tal sentido, que el régimen de otras penalidades distintas a la mora, tiene como objeto pronunciarse sobre eventos específicos y concretos, es decir, que debe existir una inmediatez suficiente entre la oportunidad de la ocurrencia, el posible descargo del imputado y la decisión de la Entidad de aplicar la penalidad específica. Ello por cuanto, a diferencia de la penalidad por mora, no constituye un supuesto de responsabilidad inmediata

³ Páginas 46, 47, 49 y 50 del Laudo Arbitral N° 03.

medida en el simple atraso, sino por el contrario, de imputaciones que nacen de las características con las cuales se viene ejecutando un contrato”.

“169. En esa línea se pronuncia la Opinión N° 064-2012/DTN de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, emitida el 10 de mayo de 2012 con motivo de una consulta efectuada por ASSIS SERVICIOS GENERALES S.A.C., cuando en el numeral 2.2. de su Análisis, establece lo siguiente:

“(…)

2.2.4.- En consecuencia, las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento, se calculan de conformidad con las disposiciones del contrato, el que debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.

No obstante, una vez celebrado contrato, no es posible que la Entidad modifique, unilateralmente, las penalidades distintas a la penalidad por mora establecidas en éste.

(…)”

“173. En línea con lo anterior, se puede advertir que la decisión de imponer sanciones bajo el régimen de otras penalidades distintas a la mora, se encuentra sustentada en la mencionada carta de imputación de la ENTIDAD, por la cual se comunica sin procedimiento previo, la imposición de la mencionada penalidad. (…)”

174. En tal sentido, no se han dado las condiciones para la aplicación del régimen de otras penalidades distintas a la mora, debiendo desestimarse su aplicación, así como las consecuencias que de ella se derivan.

175. Habiéndose determinado que ni las Bases ni el Contrato establecieron las condiciones y procedimiento para la aplicación de las penalidades distintas a la mora, caber concluir que no se dieron el total de los elementos necesarios para su imputación, por lo que su imposición debe ser dejada sin efecto”.

4.4 REDUCCIONES:

La Entidad no puede reducir el monto del contrato de manera unilateral por la diferencia en los metrados cuando el contrato es bajo el sistema de suma alzada⁴:

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Arbitral, cuando el contrato se encuentre bajo el sistema de suma alzada, el pago al contratista comprende la realización íntegra de la obra, aunque al momento de la ejecución real se realicen menores o mayores trabajos realizados a los previstos. En ese sentido, la Entidad no puede efectuar un cálculo posterior y reducir el monto del contrato a lo efectivamente realizado.

A continuación, citamos el texto pertinente del laudo analizado:

⁴ Páginas 40, 41, 42, 43 y 44 del Laudo Arbitral N° 03.

“143. Sobre la reducción de prestaciones del presente caso, el tribunal, si bien coincide con la naturaleza de la potestad de reducción de prestaciones reconocida por el artículo 41 de la LCE, como toda potestad reconocida a las Entidades, no puede ser utilizada de manera irrestricta, por lo que se requiere el establecimiento de ciertos límites como son el sustento adecuado que determine que la reducción es necesaria para alcanzar la finalidad del Contrato. (...).

144. Llegados a este punto, de los términos de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1059-2015-GRLL/GOB, que es la cual aprueba la reducción del monto de una de las metas del Contrato, ellos se sustentan en una revisión posterior del presupuesto de la obra, del que se deduce que se habría suscrito el Contrato con un monto en exceso S/ 34,128.05 (Treinta y Cuatro Mil Ciento Veintiocho con 05/100 Soles). La Entidad alega que la reducción de metas, se habría efectuado en función a los Informes N° 066-2015-GRLL-GRL-SCO/CRGC, 11-2015-ERHDSO/IE-FA, 034-2015-GRLL-GGR-GRI/SGED/RCCV, 285-2015-GRLL-GGR-GRI/SGED y la Carta N° 002-2015-LOSA”. (...)

“147. Como bien se sabe, los sistemas a (sic) de precios que rigen el contrato administrativo, son el precio unitario y la suma alzada. En el primer escenario, la retribución del contratista se base sobre el cálculo de lo realmente ejecutado, mientras que, en el segundo caso, el pago se hace sobre una convención preexistente, es decir por un monto fijo, en función a las obligaciones que se encuentran incorporadas en el contrato y en el conjunto de documentos que lo integran”. (...)

“150. En el caso que nos ocupa, se advierte de los informes citados por la parte emplazada, que la decisión de la reducción de metas, nace de la evidencia que se pagaría el monto pactado pese a una ejecución real menor. Al respecto, es necesario traer a colación la Opinión N° 109-2015/DTN de la Dirección Técnica Normativa del OSCE y en cuyos puntos 2.2. y 2.3, coincidiendo con la posición de este órgano colegiado, se sostiene lo siguiente:

(...)

*2.3. En consecuencia, en el caso de obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada, **el costo de la ejecución de menores metrados es asumido por la Entidad, dado que esta se encuentra obligada a pagar el íntegro (sic) del precio ofertado por el contratista en su propuesta, debido a que una obra ejecutada bajo el sistema a suma alzada se liquida y paga considerando los metrados contratados**”. (...)*

“152. Más aún, el Contrato constituye un mecanismo de asignación de riesgos, lo cual se ve concretado justamente en el sistema de contratación elegido, siendo que, en el presente caso, nos encontramos ante la modalidad "Suma Alzada", lo cual involucra el asumir un riesgo para el pago de las cantidades programadas, independientemente del metrado ejecutado. Más aun cuando en el presente caso la incidencia contractual representa el 0.96 del monto contractual, lo cual constituye un riesgo que razonablemente puede ser asumido por la Entidad”.

“154. Por lo expuesto, este colegiado declara que debe ampararse la pretensión del DEMANDANTE en ese extremo de la demanda, atendiendo a que la Resolución Ejecutiva Regional N° 1059-2015-GRLL/GOB no cumple

con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado y es contrario al sistema de precios que rige el Contrato. (...)

La Entidad aplicó indebidamente la reducción de prestaciones, dado que en realidad trataba de subsanar un error en el análisis de precios⁵:

De acuerdo a lo indicado por el Tribunal Arbitral, la Entidad aplicó indebidamente la reducción de las prestaciones –soslayando el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado- a fin de reducir el monto contractual; dado que, en realidad, lo que pretendía era subsanar un error en los análisis de precios y no una reducción de la obra necesaria para cumplir los fines de la entidad.

A continuación, citamos el texto pertinente del laudo analizado:

“7. (...) De los considerandos de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069 - 2015-GRLL/PRE, se evidencia que la ejecución de la partida 03.13.03 mesa de concreto revestido con mayólica resulta necesaria para cumplir la finalidad del Contrato de Ejecución de Obra N° 045 - 2014 - GRLL - GRCO, cuyo objetivo es el mejoramiento del servicio educativo de nivel secundario de la Institución Educativa Antenor Orrego, por tanto, la reducción aprobada contraviene flagrantemente lo señalado en el artículo 41.1 de la LCE y en el artículo 207° del RLCE, ya que no se puede reducir una partida que se va a ejecutar. Se encuentra probado que la motivación real de la denominada reducción de meta es subsanar un error en el análisis de precios de la partida 03.13.03 mesa de concreto revestido con mayólica y no la reducción de obra que sea necesaria para cumplir la finalidad del contrato. (...)

(...)

*Como se podrá advertir, la Entidad por la vía de reducción prestaciones de obra, aprueba una corrección de un error de cálculo del análisis de precio de una partida que sirvió de base para determinar el valor referencial del proceso de selección y modifica el monto contractual pactado en la cláusula tercera del Contrato de Ejecución de Obra N° 045 - 2014 - GRLL - GRCO, no obstante, que una reducción de obra implica necesariamente **dejar de ejecutar una parte de ésta para cumplir con la finalidad del contrato** cumpliendo con los requisitos que exige dicha normativa y verificando que el sistema de contratación lo permita.*

(...)

8. (...) La Entidad ha soslayado los requisitos que exige dicha normativa para aprobar una reducción de obra bajo el sistema de contratación a suma alzada, desvirtuando su naturaleza jurídica, y bajo dicha vía aprobar una reducción de meta cuyo objeto es corregir errores de cálculo en los análisis de precios de una de las partidas que fue el sustento para la determinación del valor referencial del proceso de selección y en vista a la cual el contratista presentó la propuesta económica con la que obtuvo la buena pro y suscribió el contrato respectivo. Con la irregular reducción de meta se modifica el monto del contrato, no obstante de haberse contratado bajo el sistema a suma alzada, consecuentemente, conforme a lo señalado en el numeral 1 y 3 del artículo 10 de la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General"

⁵ Página 22, 23, 25 y 26 del Laudo N° 04.

corresponde, declarar la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 069-2015 – GRLL/PRE de fecha 20 de enero de 2015, la cual dispone la Reducción de Meta N° 01 en el Contrato N° 045 - 2014 – GRLL-GRCO, al haber incurrido en vicios de derecho inmersos en las causales de nulidad de los actos administrativos además de contravenir la normatividad de contrataciones con el Estado. (...)”.

4.5 DEFICIENCIAS EN LA FASE DE ACTOS PREPARATORIOS:

La Entidad no puede obligar al Contratista a ejecutar determinada partida contemplada en el Expediente Técnico si es que no se precisó los alcances y detalle de las instrucciones para realizarla⁶:

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Arbitral, el expediente técnico no contenía los alcances ni el detalle de las instrucciones para iniciar la ejecución de los trabajos correspondientes a una determinada partida, ni la descripción del material o calidad a ser utilizado, no siendo posible que el contratista pueda cumplir con la respectiva ejecución sin la Entidad no le proporciona información adicional. A continuación, citamos el texto pertinente del laudo analizado:

- *“Del mismo modo que en el caso anterior, en la audiencia del 19 de septiembre de 2016, se llevó a cabo con presencia de las partes, la revisión de los planos y el sustento de la posición de cada una de las partes, respecto de los alcances y detalle de las instrucciones contenida en ellos, para la ejecución de los trabajos correspondientes, específicamente teniendo en cuenta los Planos I-02, AG-03 y D-08, todo ello referido a la cobertura metálica que debía ubicarse sobre el pasillo de las aulas ubicadas en el segundo piso de la institución educativa intervenida por efecto de la obra.*
- *Sobre el primero de los puntos, el Tribunal ha tenido a la vista el expediente técnico de la Obra remitidos por las partes en formato digital y no ha encontrado las especificaciones técnicas necesarias que constituyan los parámetros mínimos para dar inicio, de manera eficiente e íntegra, a la cobertura metálica, aspecto que, por sí mismo, constituye una causal de defecto sustancial en el expediente técnico, en tanto amerita una adecuada modificación del mismo, para proceder a la construcción del ítem en cuestión.*
- *Asimismo, si bien es cierto que, durante la formulación de consultas, la ENTIDAD señaló que las especificaciones técnicas se encontraban en el plano D-08 y Plano de Estructura E-29, dicha afirmación no se ha podido corroborar en tanto de la revisión de los referidos planos no existe una descripción precisa del material o calidad a ser utilizado, no siendo por tanto posible su ejecución sin información adicional.*
- *Sobre la existencia de discrepancia entre los Planos I-02, AG-03 y D-08 alegada por la DEMANDANTE, se aprecia que el plano AG-03 no tiene una remisión precisa a especificaciones técnicas necesarias sobre la actividad de cobertura metálica, siendo que el caso del plano D-08 presenta detalles que deberían coincidir con los planos I-02 e (sic) AG-03 en tanto ambos se presentan respecto de la misma actividad, pese a lo cual existen aspectos específicos disímiles, como son proyección del techo, achurado y materiales.*

⁶ Págs. 31 y 32 del Laudo Arbitral N° 03.

- *En todo caso, corresponderá en etapa de ejecución de Laudo Arbitral, que la Entidad cumpla con precisar el detalle específico, con el que deberá contar la mencionada cobertura metálica o, en su defecto, excluir tal actividad de las obligaciones exigibles a su contraparte.*
- *En esta línea, tal deber explicado en el párrafo anterior, es el único punto sobre el cual corresponde declarar fundada la primera pretensión principal de la demanda, deviniendo en improcedente en todo lo demás que contiene. (...).”*

4.6 DEFICIENCIAS EN LA ELABORACIÓN, APROBACIÓN O SUBSANACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO:

La Entidad incurre en error al considerar que no resulta posible modificar el expediente técnico durante la ejecución contractual⁷:

De acuerdo a lo indicado por el Tribunal Arbitral, es factible que al amparo de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, durante la ejecución contractual se realicen modificaciones al expediente técnico de obra -en atención a los defectos que se hayan podido detectar en dicho documentos o como consecuencia de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de ejecución de los mismos-, situación que no siempre amerita la aprobación de prestaciones adicionales de obra.

A continuación, citamos el texto pertinente del laudo analizado:

“5.3 El Art. 152° del RLCE establece:

Artículo 152.- fallas o defectos percibidos por el contratista luego de la suscripción

El contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiera proporcionado.

La Entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles.

Si acoge observaciones, la Entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, y si además, las fallas o defectos afectan el plazo de ejecución del contrato, éste empezará a correr nuevamente a partir de dicha entrega o del momento en que se efectúen los cambios.

En caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la Entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones”.

5.4 La norma antes citada se complementa con el primer párrafo del Art. 153° del RLCE que establece:

⁷ Página 15 del Laudo N° 01.

*La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o **de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos** sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares (resaltado agregado).*

5.5 *De ello se sigue que los cambios al Expediente Técnico de la obra, pueden también producirse en la etapa de ejecución contractual; y será responsabilidad de la Entidad realizar estos cambios y aprobarlos; pudiendo atribuir responsabilidad por vicios ocultos al consultor de obra que se encargó de la elaboración del citado expediente, de ser el caso.*

5.6 *El Tribunal Arbitral advierte que en el presente caso no se está planteando que se ordene una prestación adicional de obra, sino que la Entidad modifique el Expediente Técnico por sus defectos específicamente señalados en la demanda y las pretensiones acumuladas. Cabe recordar que la forma de modificar un Expediente Técnico por defectos del mismo, no es únicamente a través de un Adicional de Obra. La modificación de un Expediente Técnico por defectos del mismo puede dar lugar a un Adicional de Obra, como también a una reducción de metas sin prestaciones adicionales, o simplemente sin aumentar ni disminuir las prestaciones a las que se obligaron las partes; o puede únicamente ampliar o reducir el plazo de ejecución, o las características de la prestación. De tal manera que la modificación de un Expediente Técnico no está necesaria e inevitablemente ligada a un Adicional de Obra, y por lo mismo, no le alcanza la calidad de “materia no arbitrable” que afecta a esta última”.*

Las especificaciones técnicas contenidas en el expediente técnico resultaban incompatibles o incoherentes con la realidad verificada en campo, razón por la cual correspondía a la Entidad realizar las respectivas modificaciones⁸:

De acuerdo a lo indicado por el Tribunal Arbitral, en el presente caso los problemas que tenía el expediente técnico no estaban relacionados a la documentación técnica que la sustentaba, sino a discrepancias con la realidad encontrada en el lugar de la obra; por lo que resulta factible disponer la modificación de las especificaciones técnica en dicho expediente.

A continuación, citamos el texto pertinente del laudo analizado:

“2.16 Ahora bien, los defectos alegados por COICOSER en la sub partidas 01.03, 0001, 002, 003, 004 y 05.04, se refieren a su discrepancia con la realidad encontrada en el lugar de la obra y en los medios y vías de transporte terrestre desde la ciudad de Trujillo hasta el centro poblado donde se ubica la obra. No se refiere a discrepancia entre los documentos del Expediente Técnico entre sí. Por tanto, en este caso específico la controversia no se resuelve aplicando el orden de prevalencia de los documentos del Expediente Técnico, sino determinando si los hechos reales existentes en el campo ameritan o no modificar las especificaciones técnicas del Expediente Técnico.

(...)

2.18 A lo antes señalado, el Tribunal Arbitral tiene en consideración que la Supervisión de Obra informó la realidad de las fallas o defectos de las

⁸ Páginas 26 y 27 del Laudo N° 01.

especificaciones técnicas y opinó que las observaciones del contratista son correctas.

2.19 El Tribunal Arbitral tiene en cuenta además que la Declaración Jurada simple que forma parte de la Propuesta Técnica, según lo dispone el literal b.ii párrafo a) inciso 1 del artículo 42 del RLCE, mediante el cual el postor declara que “conoce, acepta y se somete a las Bases, condiciones y procedimientos del proceso de selección”, tiene plena eficacia en el marco de lo establecido en los documentos que conforman el Expediente de Contratación, del cual forma parte el Expediente Técnico de Obra; sin embargo, ese sometimiento no implica la validez ni la convalidación de los defectos y fallas de dicho Expediente Técnico que no son posibles de detectar de la lectura de los documentos que la conforman, sino únicamente cuando se está en campo ejecutándose la obra, como ocurre en el presente caso.

(...)

2.20 Por tanto, el Tribunal Arbitral concluye que en efecto las especificaciones técnicas de las sub partidas 01.03, 0001, 002, 003, 004 y 05.04 son defectuosas en relación a la realidad de las cosas como se presentan en campo, fueron comunicadas dentro de un tiempo razonable para las condiciones y circunstancias específica del caso, y justifican la modificación del Expediente Técnico para que corresponda a la realidad existente en campo al momento de ejecutarse la obra; siendo por ello fundada en parte esta pretensión en cuanto se refiere a las referidas sub partidas”.

V. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS:

- Se advierte que en los cuatro (04) laudos analizados, dentro de sus fundamentos, los árbitros únicos y tribunales arbitrales han identificado “deficiencias” en que habría incurrido la Entidad durante la gestión de la fase de ejecución contractual en las obras públicas a su cargo, las cuales han sido plasmados en el presente informe. Asimismo, en el Laudo N° 01 se han detectado deficiencias en la elaboración del expediente técnico de la obra, que han incidido directamente en la administración y ejecución del contrato por parte de la Entidad.
- Las “deficiencias” identificadas en los laudos revisados y analizados constituyen “oportunidades de mejora” en la futura gestión contractual que se lleven a cabo en las Entidades, teniendo principalmente en consideración aquellas contrataciones que se realizarán por las labores de reconstrucción (*“Plan Integral de Reconstrucción con Cambios”*) por la ocurrencia del *“Fenómeno del Niño Costero”* en nuestro país en el año 2017, a fin de que las mismas se desarrollen conforme a los principios y normas que rigen las contrataciones del Estado, bajo el enfoque de gestión por resultados, promoviendo a su vez el uso adecuado uso de los fondos públicos (*value for money*).
- En ese sentido, la elaboración del presente Informe ha tenido también como uno de sus fines el contribuir al fortalecimiento de la gestión del conocimiento promovido por el OSCE, en atención a su función de *“velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes”*, tal como se establece en el literal a) del artículo 52° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Luego de la revisión y aprobación por parte de la Dirección de Arbitraje, de ser el caso, corresponde que el presente documento sea publicado en el portal web

institucional, en armonía al principio de transparencia que rige en el ámbito de las contrataciones del Estado.

- Finalmente, sugerimos evaluar la posibilidad de que Presidencia Ejecutiva –o el órgano que se estime pertinente facultar- remita el presente Informe al Gobierno Regional de La Libertad, a la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, a la Presidencia del Consejo de Ministros y a otras instituciones representativas –sin perjuicio de las actividades internas de difusión que pudieran corresponder a través de la Oficina de Comunicaciones del OSCE-, con la finalidad que las Entidades competentes implementen acciones idóneas en pro de evitar incurrir en el futuro en similares “deficiencias” a las detectadas, en aras lograr contrataciones más eficientes que impacten de manera positiva en el desarrollo y bienestar de la ciudadanía, así como en el mejor uso de los recursos públicos.

Atentamente,

Subdirección de Procesos Arbitrales
OSCE