

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre Expediente Arbitral 1908-308-18 CARC-PUCP
(Consortio Puentes del Norte vs Provias Nacional)

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Antony David Azaña Chumacero

ASESOR:

Christian Guzmán Napurí

Lima, Año 2023

Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN GUZMAN NAPURI, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**Informe sobre Expediente Arbitral 1908-308-18 CARC-PUCP (Consortio Puentes del Norte vs Provias Nacional)**”, del autor / de la autora ANTONY DAVID AZAÑA CHUMACERO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 23%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de julio del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: GUZMAN NAPURI, CHRISTIAN	
DNI: 10004102	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9929-0068	

RESUMEN:

El presente informe consiste en analizar el Laudo Arbitral en mayoría emitido en el Expediente 1908-308-18 CARC-PUCP. Dicho arbitraje, tiene como antecedente la suscripción del Contrato N° 012-2017-MTC/20, entre el Consorcio Puentes del Norte y Provias Nacional, bajo la modalidad de suma alzada y concurso oferta; de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contrataciones con el Estado (Decreto Legislativo N° 1017) y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigentes en dicho momento.

La controversia se resume en lo siguiente: El Consorcio considera que cumplió debidamente con la entrega del Expediente Técnico pese a que cuenta con un presupuesto de ejecución de obra mayor al inicialmente ofertado debido a que las condiciones originales del contrato variaron; y, por su parte, Provias Nacional considera que no se cumplió con presentar un Expediente Técnico idóneo ya que el presupuesto de ejecución de obra excedía el precio inicialmente ofertado.

Ante la necesidad de determinar si el Consorcio cumplió o no con elaborar un Expediente Técnico acorde a lo requerido por la Entidad, se analizará si existió justificación válida para sustentar la presentación de dicho Expediente en los términos señalados por el Consorcio. Por lo que, contrastaremos los argumentos del Consorcio, de la Entidad y del propio Tribunal Arbitral en mayoría. Asimismo, analizaremos la naturaleza de la modalidad del contrato; la aparente rigidez de las Bases Integradas; y, también si existe algún mecanismo acorde a Ley que permita la conservación del Contrato, o si corresponde la resolución de este.

PALABRAS CLAVE:

Contratación pública – Suma alzada – Concurso Oferta – Pilotes – Laudo arbitral

ABSTRACT:

The present report consists of an analysis of the Majority Arbitration Award issued in Case 1908-308-18 CARC-PUCP. This arbitration has its background in the signing of Contract No. 012-2017-MTC/20 between Consorcio Puentes del Norte and Provias Nacional, under the lump sum and competitive bidding modality, in accordance with the provisions of the Law on Public Procurement (Legislative Decree No. 1017) and its regulation approved by Supreme Decree No. 184-2008-EF, in force at that time.

The controversy can be summarized as follows: The Consortium argues that it duly complied with the delivery of the Technical File despite having a higher construction budget than initially offered due to changes in the original contract conditions. On the other hand, Provias Nacional argues that the Consortium did not present an appropriate Technical File since the construction budget exceeded the initially offered price.

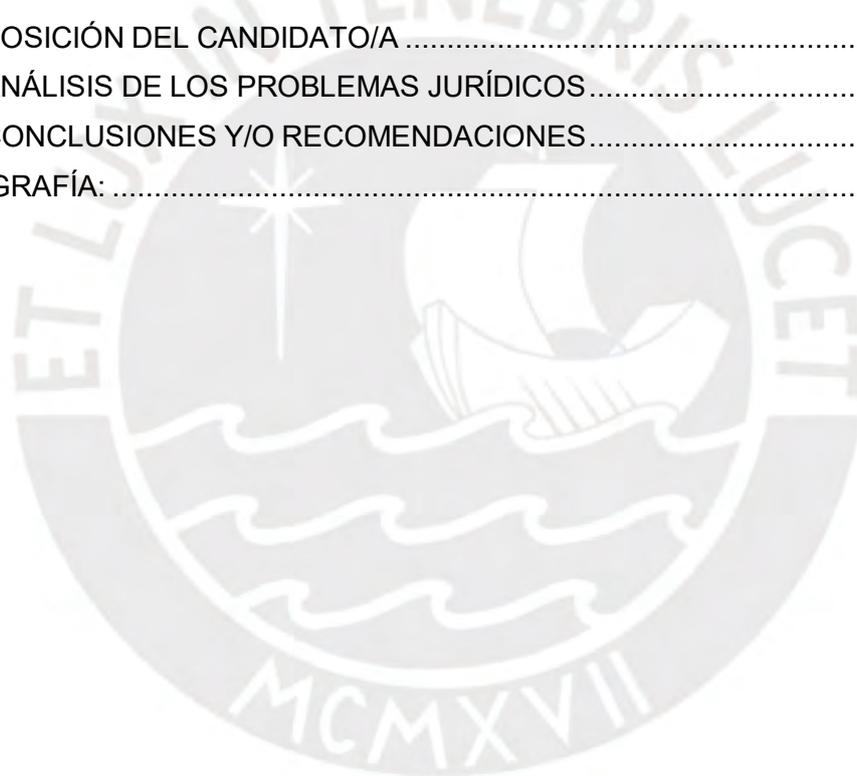
In order to figure out whether the Consortium fulfilled the obligation to prepare a Technical File per the requirements of the Entity, we will analyse whether there was a valid justification to support the submission of said File as told by the Consortium. Therefore, we will compare the arguments of the Consortium, the Entity, and the Majority Arbitration Tribunal. Additionally, we will analyse the nature of the contract modality, the plain rigidity of the integrated terms, and whether there is any legal mechanism that allows for the preservation of the Contract or if its resolution is proper.

Keywords:

Public procurement - lump sum - competitive bidding – piles – arbitral award

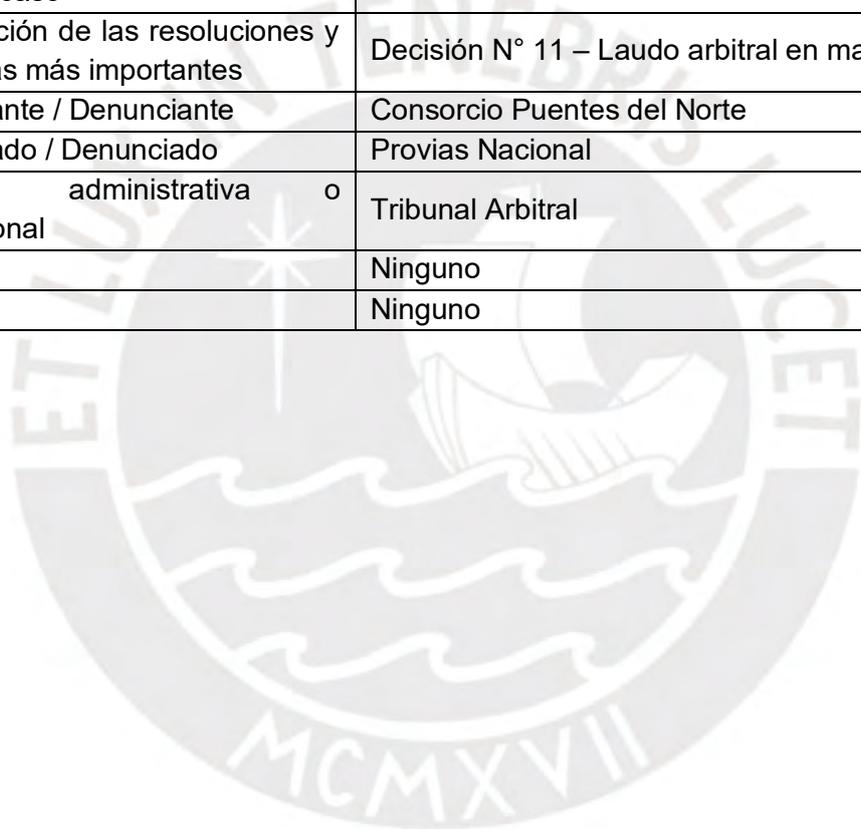
ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
1.1.	Justificación de la elección de la resolución	2
1.2.	Presentación del caso y análisis	3
II.	IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	4
2.1.	Antecedentes.....	4
2.2.	Hechos relevantes del caso:	5
III.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	8
IV.	POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	8
V.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	11
VI.	CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	42
	BIBLIOGRAFÍA:	46



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	1908-308-18 // Decisión N° 11 – Laudo arbitral en mayoría // Puentes por reemplazo en Puno.
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Arbitraje, Contrataciones con el estado, Derecho administrativo.
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	Decisión N° 11 – Laudo arbitral en mayoría
Demandante / Denunciante	Consortio Puentes del Norte
Demandado / Denunciado	Provias Nacional
Instancia administrativa o jurisdiccional	Tribunal Arbitral
Terceros	Ninguno
Otros	Ninguno



I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

En el mundo, la contratación estatal es una parte trascendental del motor de la economía de cada país y el nuestro no se escapa de dicha realidad. “En el Perú, la contratación pública, representa un 50,7% del gasto gubernamental y un 11.6 % del PIB, lo que demuestra que es un canal crítico para brindar servicios a los ciudadanos” (OCDE: 2017).

Esto es solo reflejo de lo dispuesto en el artículo 76° de la Constitución Política peruana que establece que, a partir de un procedimiento competitivo, se fomente diversas actividades tales como la ejecución de obras, contratación de servicios y la adquisición de bienes, que resultan de vital importancia para la población y el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

La participación de la Administración Pública en las contrataciones con el Estado tiene consecuencias positivas de diversa índole tales como la generación de competencia entre las empresas privadas, lo cual dinamiza la economía, incrementa las oportunidades laborales, ya que se requiere más personas para brindar más servicios a la población de acuerdo con sus necesidades; y, el Estado consigue más respaldo político y legitimidad al ejercer debidamente la función administrativa.

Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública siempre pueden existir incidentes debido a desacuerdos entre las partes, y por ello incluso tanto en la normativa de contrataciones como en las propias cláusulas contractuales, se prevén mecanismos de solución de controversias ante posibles incumplimientos. Si bien existen consecuencias positivas generadas por la contratación pública, ello también implica la necesidad de que en el país existan herramientas para atender futuros conflictos. Es por ello, que resulta importante que el Perú cuente con medios que resulten ser céleres y no obstaculicen la ejecución de las prestaciones pendientes de los contratos estatales.

Uno de los mecanismos mayormente empleados para esta tarea es el arbitraje y desde 1996 con la promulgación de la Ley N° 26572, fue alcanzando un mayor auge en el Perú hasta la actualidad. De hecho, “por factores como el tiempo, la especialización, la oportunidad en el pronunciamiento y la transparencia; la vía arbitral sigue siendo la mejor opción para resolver conflictos en materia de contratación pública” (Castro: 2022, 20); por lo que, continúa siendo la alternativa más empleada de solución de conflictos tanto por entidades públicas y entidades privadas. Este es uno de los motivos por los que a criterio personal se eligió el presente expediente.

En el presente informe jurídico, se analizará un arbitraje que denota su carácter complejo dado que versa sobre la ejecución de una obra pública que se ha mantenido en zozobra debido a la no aprobación del Expediente Técnico. Por ello, es que se evaluará los argumentos del Tribunal Arbitral en el Laudo en Mayoría y los motivos que llevaron a dicho colegiado a declarar que no se había cumplido con la debida elaboración del Expediente Técnico. Asimismo, abordaremos lo correspondiente al voto

en discordia emitido por uno de los miembros del mencionado Tribunal Arbitral.

Para llevar a cabo este análisis, comenzaremos el presente informe resumiendo los hechos relevantes del caso, luego se identificarán los problemas jurídicos principales y secundarios que se han podido detectar en el Laudo. Posteriormente, teniendo en cuenta la motivación del Tribunal Arbitral, se buscará responder los problemas identificados, utilizando fuentes normativas, doctrinarias y jurisprudenciales.

1.2. Presentación del caso y análisis

En el presente informe analizaremos las posiciones jurídicas de las partes intervinientes para la emisión del Laudo Arbitral recaído en el Expediente N° 1908-308-18, en el cual, el Consorcio Puentes del Norte integrado por las empresas Corporación Mayo S.A.C, Construcciones y Promociones Balzola SA sucursal del Perú, Constructora Duran S.A. y Hualca Ingenieros S.A.C (en adelante, el Consorcio), cuyo giro de negocio es la construcción de puentes, interpone una demanda arbitral en contra del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (en adelante, Provias Nacional) por la falta de pago de la elaboración del Expediente Técnico de acuerdo al Contrato N° 012-2017-MTC/2 (en adelante, el Contrato).

Por un lado, Provias Nacional alega que el Expediente Técnico no está completo debido a que no se cumplió con levantar todas las observaciones a las diversas especialidades requeridas de acuerdo con los Términos de Referencia, sobre todo, las referidas a: i) Metrados, costos y presupuestos y especificaciones técnicas; y, ii) Informe de verificación de viabilidad. Por el contrario, el Consorcio asegura que todas las especialidades fueron subsanadas en su momento y el último requerimiento de la Entidad no es una observación de índole técnico; por lo que, considera que debería aprobarse el Expediente Técnico y cumplirse con la obligación contractual del pago.

Por su parte, el Tribunal Arbitral resolvió que el Consorcio no había cumplido con la entrega de un Expediente Técnico acorde a los Términos de Referencia y por ello no se podía obligar a la Entidad a efectuar el pago por dicho concepto. No obstante, mediante voto en discordia el abogado Francisco José Arturo Barrón Velis, consideró que el Consorcio cumplió con una debida elaboración del Expediente Técnico; por lo que, sus pretensiones debieron ser declaradas fundadas.

Habiendo resumido las cuestiones más relevantes del caso a estudiar, tanto de las partes (demandante y demandada) así como del Tribunal Arbitral, en el siguiente apartado abordaremos los hechos que consideramos más relevantes a efectos de la presente investigación.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

De acuerdo con lo señalado en el Laudo Arbitral en mayoría, de fecha 15.07.20, el antecedente inmediato del presente arbitraje, lo constituye la Licitación Pública N° 0014-2015.MTC/20 por paquete (04 obras) convocada por Provias Nacional, bajo la modalidad de Concurso Oferta y Sistema de Contratación a Suma Alzada, para la elaboración del Expediente Técnico y ejecución de obra: “*Construcción de Puentes por reemplazo en Puno*”.

El 12.01.16, el entonces Comité Especial otorgó la Buena Pro del referido procedimiento de selección a favor del Consorcio, constituyéndose como adjudicatario. Es así, que el 09.02.17, el Consorcio suscribió el Contrato N° 012-2017-MTC/20 para la elaboración del Expediente Técnico y la ejecución de la obra N° 2 (Puente Cahuasiri, Puente Ayaviri, Puente Ccaccachupa, Puente Ventilla, Puente Pucramayo, Puente Cobremayo y Puente Colquemayo).

El 04.06.18, mediante Carta N° 00176-2018-LIC/PUNO, el Consorcio presentó el Expediente Técnico indicando las razones que justifican el incremento del presupuesto de ejecución de la mencionada obra. El 14.06.18, mediante Oficio N° 700-2018-MTC/20.11, Provias Nacional comunicó el primer bloque de observaciones en doce especialidades del Expediente Técnico, pero en dicha oportunidad no se cuestionó que el monto presentado -para la ejecución de la obra- sobrepasaba la suma ofertada en su propuesta económica.

El 18.06.18, mediante Carta N° 00181-2018-LIC/PUNO, el Consorcio absolvió el primer bloque de observaciones. Sin embargo, el 05.07.18, mediante Oficio N° 766-2018-MTC/20.11, Provias Nacional comunicó el segundo bloque de observaciones únicamente referido a dos especialidades: A) Metrados, costos y presupuestos y especificaciones técnicas (Informe 063-2018-MTC/20.11.2/WTL); y, B) Informe de verificación de viabilidad (Informe N° 42-2018-MTC/20.11.2/RCCH).

En el Informe N° 63-2018-MTC/20.11.2/WTL se indicó que se habían levantado las observaciones de la especialidad “A”); y, recién en dicho momento, se cuestionó que el monto para la ejecución de la obra presentado sobrepasaba la suma ofertada en su propuesta económica. Por ese motivo, Provias Nacional otorgó al Consorcio el plazo de diez (10) días calendarios para que optimice el planteamiento del Expediente Técnico. Asimismo, en el Informe N° 42-2018-MTC/20.11.2/RCCH se observó la especialidad “B)” debido a que existía una observación en la especialidad “A)” referida al monto de ejecución que implicaba una variación en el costo de obra y llevaría a modificar el monto de inversión.

En esencia, la principal preocupación de Provias Nacional luego de la absolución efectuada por el Consorcio eran aspectos económicos y presupuestales de la obra a ejecutarse, **pues los cuestionamientos técnicos ya habían sido subsanados por el Consorcio, cuestión que fue validada inclusive por la propia Entidad en el Informe 63-2018-MTC/20.11.2/WTL.**

El 17.07.18, mediante Carta N° 00226-2018-LIC/PUNO, el Consorcio remitió la absolución al segundo bloque de observaciones indicando que no se habían realizado observaciones de índole técnica, sino meramente económicas; por lo que, volvió a remitir las versiones corregidas y completas del pliego del Expediente Técnico.

El 07.08.18, mediante Carta N° 248-2018-LIC/PUNO, el Consorcio solicita la aprobación del Expediente Técnico y el inicio de la ejecución de obra. No obstante, mediante Oficio N° 958-2018-MTC/20.11, de fecha 13.08.18, Provias Nacional mantiene las observaciones señaladas en el Oficio N° 766-2018-MTC/20.11. Esto es, no aprobó el Expediente Técnico y se negó a efectuar el pago por la elaboración de dicho Expediente. Mediante Carta N° 270-2018-LIC/PUNO del 17.08.18, el Consorcio reitera que todas las especialidades han sido presentadas en estricto cumplimiento a sus obligaciones contractuales y que se encontraba a la espera de que Provias Nacional le apruebe el Expediente Técnico.

Luego de ello, mediante Oficio N° 1089-2018-MTC/20.11 del 07.09.18, Provias Nacional reitera las observaciones señaladas en el Oficio N° 766-2018-MTC/20.11. Sin embargo, mediante Carta N° 00326-2018-LIC/PUNO de fecha 17.09.18, el Consorcio indica que no tiene sentido que el presupuesto esté siendo cuestionado cuando tanto los metrados como los precios han sido aprobados en su oportunidad. Sobre todo, si el presupuesto es resultante de la multiplicación entre metrados y precios. En ese sentido, vuelve a solicitar que la Entidad cumpla con la prestación del Contrato.

Finalmente, ante la negativa de Provias Nacional de aprobar el Expediente Técnico y ante la falta de pago por la elaboración de este, el Consorcio decidió acudir al arbitraje en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (en adelante, CARC-PUCP).

2.2. Hechos relevantes del caso:

❖ Fundamentos de la demandante:

- De acuerdo con lo señalado por el Consorcio, el Expediente Técnico fue presentado acorde a lo exigido en los Términos de Referencia. Por ello, mediante Carta N° 00176-2018-LIC/PUNO, el Consorcio presentó el Expediente Técnico indicando la razón que justifica el incremento del presupuesto de ejecución de la obra. La justificación se centró en **la necesidad de ejecutar pilotes para asegurar la resistencia de la construcción de la obra**. Esta propuesta se produjo debido a que el perfil de la Licitación Pública, brindado por la Entidad, contaba con información incompleta que durante el procedimiento de selección era imposible detectar.
- Ante el conocimiento de este incremento del presupuesto de ejecución, Provias Nacional decidió no aprobar el Expediente Técnico realizando observaciones sobre dos especialidades: A) Metrados, costos y presupuestos y especificaciones técnicas; y, B) Informe de verificación de viabilidad.
- La propuesta contenida en el en el Expediente Técnico, referida a los pilotes y el aumento del presupuesto de ejecución, señalados por el Consorcio mediante Carta

N° 00176-2018-LIC/PUNO, no fue objetada desde un inicio; sin embargo, es recién en el segundo bloque de observaciones que Provias Nacional cuestiona el valor del presupuesto señalado en el Expediente Técnico **ya que excede la suma ofertada inicialmente y por ello no puede aprobarlo**. Ello a pesar de que dicha situación tenía que haber sido advertida en la primera entrega del Consorcio.

- Para el Consorcio resultaba extraño que se hayan aprobado los metrados y los precios unitarios indicados en el Expediente Técnico y que el resultado de la multiplicación de ambos conceptos; es decir, el presupuesto final de la ejecución haya sido cuestionado por no coincidir con el monto inicialmente ofertado. El Contratista recalca que la observación no es de índole técnica, sino que radica en una objeción al precio total de la obra.
- Finalmente, el Consorcio señala que no se tomaba en consideración que sí se puede variar el precio mediante los adicionales de obra en un contrato concurso-oferta ya que la cláusula tercera del Contrato no imposibilita dicha alternativa. Sin embargo, precisa que la aprobación de un adicional o no es una discusión ajena al arbitraje.

❖ **Fundamentos de la demandada:**

- Desde el envío del Oficio N° 766-2018-MTC/20.11, el Expediente Técnico se encuentra observado por Provias Nacional en dos especialidades: i) Metrados, costos y presupuestos y especificaciones técnicas. ii) Informe de verificación de viabilidad. Ello obedece a que el monto señalado por el Consorcio excede al monto inicialmente ofertado.
- No hay la posibilidad de considerar un adicional de obra debido a que el monto de dicho adicional de obra corresponde al 58,17 % del monto inicialmente ofertado. Lo que sobrepasa al tope señalado en la normativa para considerar la posibilidad de un adicional.
- El Consorcio se encontraba en la obligación de ajustar el monto del presupuesto de ejecución para que cumpla con los Términos de Referencia y las especificaciones técnicas del contrato, debido a que se trataba de un contrato en la modalidad de concurso oferta a suma alzada.
- Hasta que el Consorcio no cumpla con las observaciones señaladas en el Oficio N° 766-2018-MTC/20.11 no se aprobará el Expediente Técnico y no se realizará pago alguno.

❖ **Posición del Laudo arbitral en mayoría:**

- En los contratos a suma alzada, cuando se acepta la oferta del Contratista, este asume todos los riesgos contractuales propios de la obligación (uno de ellos es cumplir con entregar la obra por el monto pactado).

- La modalidad de concurso oferta, bajo el sistema de suma alzada tiene las siguientes características: i) Invariabilidad del precio ofertado (salvo la excepción relacionada con adicionales, en caso la Entidad considere necesario modificar las condiciones originales del contrato); ii) propuestas técnicas y económicas definitivas; iii) obligación del Contratista de ejecutar la obra en un plazo y monto establecido; y, iv) que la prestación consista en la elaboración del Expediente Técnico y la ejecución de obra como obligaciones independientes y de prestación sucesiva.
- En el presente caso, el Contratista entregó el Expediente Técnico junto a una propuesta que excedía el monto inicialmente ofertado. Sin embargo, luego de las observaciones efectuadas por Provias Nacional, el Contratista no habría brindado una justificación que le permita modificar el precio pactado para la obra contratada; el Tribunal Arbitral considera que no se ha levantado las observaciones realizadas por Provias Nacional y por ello no corresponde efectuar el pago por la prestación.

❖ **Posición del Laudo Arbitral en Discordia:**

- El Contratista actuó diligentemente al advertir que la construcción de la obra implicaría mayores gastos ya que se sustentó dicha afirmación en evidencia técnica y que había sido de conocimiento de la propia Entidad.
- No advertir la necesidad de los pilotes para culminar la edificación de los puentes hubiera sido un acto doloso y que a futuro hubiera generado más controversias.
- La solicitud de la Entidad de ajustar el precio de ejecución al monto ofertado inicialmente podría considerarse de imposible cumplimiento a menos que se demuestre que de acuerdo con la tecnología vigente, existen alternativas más económicas que la opción de los pilotes.
- Si en el arbitraje se declara que el Consorcio cumplió con la elaboración del Expediente Técnico y por ello merece recibir un pago, esto no implica que se consiga un título para reclamar un pago adicional durante la ejecución de obra.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1.1. Problemas principales

1. ¿Provias Nacional justificó o motivó adecuadamente la decisión de no aprobar el Expediente Técnico del Consorcio por razones económicas y/o presupuestales?
2. ¿Cuál es la naturaleza de los contratos de suma alzada y concurso oferta? ¿Se puede variar el presupuesto en este tipo de contratos?
3. ¿El Tribunal Arbitral motivó debidamente su decisión de que el Consorcio no levantó las observaciones efectuadas al Expediente Técnico?

1.2. Problemas secundarios

4. ¿Las Bases Integradas y los Términos de Referencia son documentos con cláusulas rígidas y definitivas o existe alguna excepción?
5. ¿Era posible de alguna manera aprobar un adicional de obra en el contrato N° 012-2017-MTC/2? ¿El no aprobar el adicional de obra vulneraría el principio de equilibrio económico financiero del contrato?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios

¿Provias Nacional justificó o motivó adecuadamente la decisión de no aprobar el Expediente Técnico del Consorcio por razones económicas y/o presupuestales?

Consideramos que Provias Nacional no justificó adecuadamente su negativa a la aprobación del Expediente Técnico dado que **se basó únicamente en razones económicas y/o presupuestales**, sin tener en consideración aspectos técnicos, toda vez que, no se tuvo en cuenta que eran indispensables para la ejecución de la obra la inclusión de pilotes, los mismos que necesariamente iban a incrementar el precio o el monto a ejecutarse.

Cabe señalar que, el empleo de pilotes no fue un aspecto considerado por Provias Nacional en las Bases del procedimiento, sino más bien se trata de una omisión por parte de la Entidad al momento de formular su requerimiento y **que fue detectado diligentemente por el Consorcio al momento de elaborar el Expediente Técnico**. Esto es, sin la inclusión de los pilotes, los puentes que formaban parte del objeto de contratación como infraestructura no hubiesen resultado viables.

¿Cuál es la naturaleza de los contratos de suma alzada y concurso oferta? ¿Se puede variar el precio en este tipo de contratos?

Si bien normativamente los contratos celebrados bajo la modalidad de suma alzada y concurso oferta no pueden reflejar variaciones en el precio ofertado, lo cierto es que en el caso en concreto se justificó el aumento del precio debido a lo indispensable que era la inclusión de pilotes para la viabilidad de la obra, siendo que dicha circunstancia pudo atenderse por la Entidad a través de un adicional de obra durante la etapa de ejecución de esta. Ello con la finalidad de conservar los objetivos de la contratación pública; es decir, la satisfacción del interés público. No obstante, como veremos más adelante, la aprobación de estos adicionales de obra, están supeditados a ciertas condiciones normativamente establecidas.

También existía la posibilidad de que, a raíz de estos cambios presentados en el Expediente Técnico, se resolviera el contrato de ejecución de obra de acuerdo al Artículo 208° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, aplicable al caso en concreto, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF y Decreto Supremo N° 080-2014-EF (en adelante, RLCE) para posteriormente reformular las Especificaciones Técnicas y celebrar un nuevo contrato que viabilice la obra y que incluya los pilotes.

En tal sentido, en ninguna circunstancia la Entidad podría pretender aprobar el Expediente Técnico sin tomar en consideración los pilotes o aprobar el Expediente Técnico y requerirle al Consorcio que asuma la totalidad del excedente del monto ofertado para la obra, pues ello representaría una clara contravención contra el principio de equilibrio económico financiero del contrato. Además, en aplicación del principio de seguridad jurídica no se puede pretender que, por un error de la elaboración de las Bases por parte de Provias Nacional, sea el Consorcio quien asuma los pasivos de dicha falencia.

¿El Tribunal Arbitral motivó debidamente su decisión de que el Consorcio no levantó las observaciones efectuadas al Expediente Técnico?

Consideramos que el Tribunal Arbitral no motivó adecuadamente su decisión sobre el levantamiento de observaciones por parte del Consorcio. Ello debido a que **analizó únicamente la modalidad bajo la cual fue contratada la obra**, dejando de lado y sin pronunciarse sobre la necesidad de incluir los pilotes y las deficiencias de las Términos de Referencia.

Asimismo, el Tribunal Arbitral para motivar mejor el laudo debió recurrir a todas las herramientas procesales que tenía en su obituario. Entre ellas, la actuación de una pericia de oficio. Sobre todo, cuando la controversia se circunscribe en dilucidar si era necesario o no la elaboración de pilotes en la obra. Ello debido a que son temas técnicos de los cuales no se les puede exigir tener pleno conocimiento, pero pudieron haber profundizado con la ayuda de un experto en el tema.

¿Las Bases Integradas y los Términos de Referencia son documentos con cláusulas rígidas y definitivas o existe alguna excepción?

Si bien en el Anexo Único del Anexo de Definiciones del RLCE señala que **“las Bases integradas son reglas definitivas del proceso de selección”** cuyo texto contempla

todas las aclaraciones y/o precisiones producto de la absolución de consultas, así como todas las modificaciones y/o correcciones derivadas de la absolución de observaciones y/o del pronunciamiento del Titular de la Entidad o del OSCE; o, cuyo texto coincide con el de las Bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones” (El resaltado es agregado), en aplicación del principio de seguridad jurídica, no se podría obligar al Consorcio a realizar prestaciones que no estaban contempladas en las Bases del procedimiento de selección. Sobre todo, **cuando el error en el diseño del requerimiento es completa y únicamente atribuible a la Entidad.**

Asimismo, conforme establece el principio de buena fe contractual, se debe **relativizar la aplicación formal del derecho en atención a circunstancias fácticas particulares.** En el caso materia de controversia, dicho supuesto particular es la necesidad de los pilotes para la ejecución de la obra que no fueron contemplados en el diseño de las Bases del procedimiento de selección por parte de Provias Nacional y que son sumamente necesarios para tener puentes viables.

¿Era posible de alguna manera aprobar un adicional de obra en el contrato N° 012-2017-MTC/2? ¿El no aprobar el adicional de obra vulneraría el principio de equilibrio económico financiero del contrato?

Si bien normativamente los adicionales de obra no pueden ser controvertidos en un arbitraje, estos pudieron haber sido considerados como una opción por la Entidad antes de únicamente limitarse a no aprobar el Expediente Técnico por razones meramente económicas y/o presupuestales. Es cierto que el porcentaje resultaba mayor al 50 % establecido por norma, pero la Entidad a fin de continuar con el contrato y garantizar la finalidad pública pudo llegar un acuerdo mediante trato directo con el Consorcio para asumir un porcentaje permitido por la norma. Ello con la finalidad de conseguir el bienestar general. Sin perjuicio de ello, como veremos en los siguientes apartados, la aprobación de un adicional de obra -en el caso en concreto- se encontraba supeditado al cumplimiento de ciertas condiciones.

No obstante, el pretender que el Consorcio debía asumir la totalidad del exceso del presupuesto de ejecución de obra sin considerarse otras alternativas, como un posible adicional de obra, sí hubiera vulnerado el principio de equilibrio económico financiero que en la norma aplicable al presente contrato se manifiesta en el **principio de Equidad**, según el cual debe existir equivalencia entre las prestaciones de las partes de un contrato público. Sobre todo, **si existió una omisión por parte de la Entidad cuando presentó el perfil de la obra con información incompleta.**

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Consideramos que el Tribunal Arbitral no ha considerado algunos puntos que pudieron haber sido de suma relevancia para otorgarle otro enfoque a la resolución del caso.

En primer lugar, se perdió el punto de análisis de la controversia que se centraba en si se cumplió con la entrega o no del Expediente Técnico acorde a los Requerimientos Técnicos Mínimos. El Tribunal Arbitral se centró únicamente en determinar que el tope del monto -del presupuesto de ejecución de obra- debía coincidir con el precio

inicialmente ofertado, sin evaluarse si la propuesta de los pilotes presentada por el Contratista tenía una razón justificada o no.

Consideramos que esta duda de índole técnico pudo haberse resuelto con una pericia de oficio. Al efectuarla se hubiera desestimado si existía una propuesta mucho más económica que la que indicó el Consorcio. Esto hubiera determinado si era necesaria la construcción bajo el sistema de pilotes o si era el Consorcio quien estaba inflando costos para incrementar el presupuesto de ejecución. A propósito, en un caso similar al que es objeto de estudio, sí se llegó a llevar a cabo la mencionada pericia.

En los hechos, actualmente la Entidad cuenta con un Expediente Técnico sustentado con análisis de las diversas especialidades requeridas, el cual podrá utilizar para abrir un nuevo procedimiento de licitación. Entonces ¿Es razonable que el Contratista no reciba nada por la realización del Expediente Técnico? La continuación o no con la segunda etapa del Contrato (ejecución de la obra) es una discusión distinta, pero no consideramos idóneo que no se le retribuya pago alguno al Consorcio por todo el trabajo realizado. Esto no fue considerado por el Tribunal Arbitral.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. ¿Provias Nacional justificó o motivó adecuadamente la decisión de no aprobar el Expediente Técnico del Consorcio por razones económicas y/o presupuestales?

Para responder esta interrogante, es necesario distinguir si Provias Nacional es parte de la Administración Pública peruana y si dicho ente está obligado a motivar las decisiones que opta.

Sobre ello, se debe precisar que la doctrina muestra un gran intento por alcanzar la definición del término Administración Pública y se han utilizado diversos criterios para ello. Por ejemplo, “se ha partido de criterios orgánicos, dinámicos o mixtos para llegar a dicha meta. Igualando dicho concepto al término Estado o a la actividad del Estado ya sea de forma amplia o reservada; sin embargo, no existe una posición única sobre el tema.” (Farrés, 1982, 121).

Esto nos crea una duda inicial sobre por qué criterio adoptar o qué panorama seguir sobre este término en el Perú. No obstante, “intentar repetir las distintas corrientes de pensamiento históricas sería un error, ya que lo central para conseguir una definición de la Administración Pública recae en la revisión del concepto de derecho administrativo a partir de las normas de cada país.” (Balbín, 2023).

En relación con lo anterior, Piero Rojas advierte que “en el Perú no hay una norma que brinde el concepto de Administración Pública peruana que determine los aspectos de su estructura de manera uniforme y consensuada. Es más, se trató de delimitar mediante un proyecto de Ley, pero los términos empleados para distinguir entre las organizaciones que conforman dicha Administración no detonaban claridad.” (2015, 207).

Sin perjuicio de ello, se debe comenzar buscando una conceptualización de Administración Pública que sea útil y práctica en el Perú a partir de nuestra principal norma de derecho administrativo. Es por esta razón que, recurrimos al esquema propuesto por el profesor Rafael Salazar, quien nos ayuda a definir a la Administración Pública empleando el Texto Único del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUOLPAG) y la conceptualiza como: “conjunto de **entidades que ejercen o tienen la facultad para ejercer función administrativa del Poder, siendo manifestación de esta función la emisión de actos administrativos.**” (s/f, 63). (El resaltado es agregado)

En el presente arbitraje materia de análisis, Provias Nacional es descrito por el Estado peruano como “un Proyecto Especial Nacional adscrito al MTC. Una Entidad que fue creada en el 2002 mediante D.S. N° 033-2002-MTC y que está encargada de actividades que buscan la concretización de proyectos de infraestructura de transporte relacionadas a la red vial peruana.” (Provias Nacional: s/f).

Al revisar el TUOLPAG, en el Artículo I del Título Preliminar de dicha normativa se indica que “[...] **Se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública: [...] proyectos especiales, [...] cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público [...].**” (El resaltado es agregado).

Al respecto, Richard Martin precisa dicha descripción, indicando que “los Programas o Proyectos tienen por ficción jurídica la condición de entidades públicas ya que se trata de sujetos de derecho que, por mandato legal, han adquirido la condición de entidades públicas y técnicamente, tienen la condición de órganos que forma parte integrante de un Ministerio.” (2011, 17).

Sin perjuicio de ello, resulta claro que Provias Nacional sí está comprendida en la Administración Pública ya que forma parte de los tantos entes que ejercen función administrativa, pues sus decisiones repercuten directamente en terceros dentro del sector de transporte peruano y pueden concretizar la elaboración de proyectos a nivel nacional. Por lo que, la satisfacción del **interés público** de los ciudadanos se ve supeditada a las decisiones que tome dicha Entidad.

La pregunta que surge es si a Provias Nacional también se le exige una debida motivación durante la toma de sus decisiones. Al respecto, se puede realizar el siguiente ejercicio mental: Si se ha concluido que Provias Nacional es parte de la administración pública, entonces resulta posible deducir que debe seguir las reglas de este conjunto de entes.

Ahora bien, el debate podría iniciar cuestionándose si a las decisiones que toma una Entidad Pública durante la ejecución contractual les resulta aplicables las exigencias del TUOLPAG como lo es la debida motivación.

Sobre ello, Mario Linares señala que, “las decisiones tomadas por la Administración Pública durante el marco de la ejecución contractual deben obedecer los requisitos de

los actos administrativos; entre ellos, el requisito de debida motivación”. (2019, 22)

Al revisar los pronunciamientos del OSCE se advierte una inicial negativa ante dicha posición ya que se afirma que las decisiones de entidades públicas durante la ejecución contractual no son actos administrativos y por tanto no resulta aplicable la LPAG. Por ejemplo, se tiene la OPINIÓN N° 107-2012/DTN: “La normativa de Contrataciones del Estado es la aplicable para los contratos administrativos ya que tiene por finalidad regular los contratos administrativos, siendo no aplicable a estos el TUOLPAG”. (OSCE, 2012).

Dicho criterio se ha reiterado en la Consulta Jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR, en las opiniones OSCE N° 130-2018/DTN y N° 081-2022/DTN. Las cuales fueron recogidas en la Opinión OSCE N° 008-2023/DTN donde se indicó que “ante la no regulación de un supuesto en la LCE, entonces aplica supletoriamente el Código Civil” (OSCE, 2023).

No obstante, debe tenerse en cuenta la precisión señalada en la Opinión OSCE N° 065-2019/DTN que ha sido reiterada en la Opinión OSCE N° 001-2020/DTN. En estas opiniones se indicó lo siguiente: **“dentro de las actuaciones internas de las Entidades Públicas, no puede evitarse la aplicación de la LPAG sobre todo en el momento previo a la toma de decisiones durante la etapa de ejecución contractual.”** (2019). (El resaltado es agregado).

En estas últimas opiniones del OSCE, se advierte un cambio de criterio ya que, pese a la supletoriedad del Código Civil, las actuaciones internas previas a la toma de una decisión se deben ceñir a lo establecido en la TUOLPAG. Entonces, se puede inferir que antes de emitir una decisión, la Entidad pasa por una etapa de evaluación interna donde resulta necesario que obedezca los principios de dicha norma, siendo uno de ellos la debida motivación para emitir su pronunciamiento. Lo que conlleva a inferir que dicha exigencia de justificar su decisión también se verá reflejada en la ejecución del contrato.

Es por ello, que se puede afirmar que el deber de motivar las decisiones de Provias Nacional también es aplicable a la etapa de ejecución del Contrato. De lo contrario, de no existir una justificación debida en la emisión de una actuación contractual por parte de dicha Entidad, nos encontraríamos ante un **actuar arbitrario**. Al respecto, el TUOLPAG indica en los Artículos 3.4° y 6.1° lo siguiente:

“3.4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”. (El resaltado es agregado).

“6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado”. (El resaltado es agregado).

Si bien las mencionadas disposiciones hacen expresa remisión al acto administrativo, para la emisión de una decisión por parte de la Administración Pública en la ejecución de un contrato es indispensable la aplicación del TUOLPAG en el razonamiento interno de cierta Entidad, previamente a la comunicación de determinado pronunciamiento,

como bien se ha establecido en la Opinión N° 065-2019/DTN.

Entonces, hasta aquí se entiende que Provias Nacional sí es parte de la Administración Pública peruana y obtuvo dicha condición por mandato legal. Asimismo, está en la obligación de emitir decisiones debidamente sustentadas con argumentos que justifiquen sus resoluciones. Por lo que, consideramos que es completamente exigible una debida motivación en las decisiones que resuelva Provias Nacional, sobre todo si se va a evaluar un Expediente Técnico.

A mayor abundamiento, Guzmán Napurí, nos indica la importancia de una debida motivación en las actuaciones de la Administración Pública. “La motivación contribuye a dos asuntos concretos: i) tomar conocimiento de aquellos argumentos que sustentan la decisión de Administración Pública para que un futuro se sepan las consecuencias de la ejecución de dichos actos y la posibilidad de cuestionarlos de ser el caso. ii) Una adecuada efectivización de las decisiones tomadas por las Entidades Públicas e incluso la posibilidad de subsanar de oficio de dichas decisiones”. (2013, 329).

Es menester recordar cómo la debida motivación aparece como requisito y garantía de los administrados. Un ejemplo de ello ocurre al momento de la emisión de resoluciones del aparato judicial. “Se trata de una garantía que evita la emisión de resoluciones que evidencien una argumentación antojadiza que no cuenten con el mínimo contenido objetivo necesario en toda sentencia.” (Sentencia del TC, EXP 00728-2008-PHC/TC, 2008, 7).

Dicha exigencia también resulta aplicable al ámbito administrativo y muestra de ello lo refleja la siguiente sentencia que señala lo siguiente: “(...) las decisiones adoptadas por la Administración Pública no solo deben estar acompañadas de la normativa por la cual se emiten, sino que también se requiere una adecuada motivación que consiste en una exposición de motivos concretos que refleje tanto la interpretación y/o criterio empleado por los funcionarios para justificar la decisión adoptada”. (Sentencia del TC, EXP N° 06256-2013-PA/TC, 2013, 6).

Ahora bien, habiendo expuesto nuestra postura sobre la necesidad de que Provias Nacional sustente adecuadamente la emisión de actuaciones durante la ejecución del contrato, corresponde profundizar sobre por qué el contenido argumentativo de la negativa de Provias Nacional sobre la aprobación del Expediente Técnico incurrió en ciertas omisiones.

En el caso materia de análisis, la decisión de Provias Nacional consistía en aprobar o no el Expediente Técnico presentado por el Consorcio mediante Carta N° 00176-2018-LIC/PUNO. Este documento constaba de muchos elementos relacionados a estudios de ingeniería. De hecho, el RLCE señala que un expediente técnico “comprende la memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, **presupuesto de obra, valor referencial**, fecha del presupuesto, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, **estudio de suelos, estudio geológico**, de impacto ambiental u otros complementarios”. (El resaltado es agregado)

Por lo que, a nuestro entender, aprobar o denegar este documento ameritaba una

revisión que no puede focalizarse exclusivamente en uno de esos puntos. Esto es, debería tomarse una decisión luego de un análisis global de la situación del caso en concreto por si existen razones atípicas que ameriten un enfoque distinto a la **mera aplicación literal de la norma**.

En el presente caso, el Expediente Técnico **fue descartado únicamente porque el presupuesto de ejecución de obra no coincidía con el precio ofertado inicial**. Como justificación, la Entidad recurrió al sistema y modalidad del Contrato suscrito entre Provias Nacional y el Consorcio, ya que el Consorcio -a los ojos de la Entidad- se había comprometido a la no variabilidad del presupuesto de la ejecución de obra.

Sin embargo, se habría realizado un análisis superficial de lo acontecido. Es claro que, en caso de que no existiera una razón justificada que sustente el incremento del presupuesto de ejecución de obra, entonces la negativa de aprobar el Expediente Técnico hubiera sido completamente lógica. Resulta comprensible que la Administración Pública no tenga algún tipo de consideración con la parte contratada si es que no hay una justificación de por medio para permitir el incumplimiento del Contratista.

No obstante, de existir una razón justificante detrás del actuar del contratista, para que la Entidad deniegue la aprobación del Expediente Técnico **debe existir una motivación debidamente fundada**. Lamentablemente, esto no era lo que ocurría en el caso materia de estudio, ya que existió una situación especial que no se tomó en cuenta. Esta es la necesidad de **implementación de pilotes para la construcción de los puentes de la obra**.

Sobre el particular, ¿Qué implica la edificación de los pilotes y por qué son indispensables? Para responder estas interrogantes se amerita partir de una definición técnica de lo que se entiende por cimentación y pilotes para poder detallar la relevancia de estos términos en el Expediente Técnico que no debieron tomarse a la ligera.

Víctor Yepes, Doctor Ingeniero de Caminos de la Universidad de Valencia, nos explica que “la cimentación sustenta la edificación sobre el suelo. La cimentación se divide en dos partes: i) el cimientamiento que transmite el peso. ii) el terreno de cimentación que es la zona dura del suelo que recibe el peso. Su finalidad es que la estructura no llegue a los extremos de deterioro (hundimiento, vuelco, rotura, etc.)”. (2019).

Es decir, la cimentación es el sostén de toda estructura que se quiere construir. Es tan relevante como lo sería un estado de la cuestión dentro de un trabajo de investigación ya que, un buen desarrollo de esta sección significará una investigación adecuadamente elaborada.

Ahondando sobre lo que se entiende por pilotes, los ingenieros Mayra Rodríguez y Freddy Torpoco, quienes elaboraron una tesis para desarrollar un manual sobre dicho tema en el Perú, nos detallan lo siguiente:

“La cimentación es requerida en todo tipo de construcción porque consiste en la base de la edificación y se optará por una cimentación superficial o profunda, dependiendo de la resistencia de la superficie del terreno. **Los pilotes son un tipo de cimentación**”

profunda que soportan la carga de la estructura derivando su peso a la zona del suelo más resistente. Son utilizados para brindar la estabilidad requerida". (2015).
(El resaltado es agregado)

Tal como se mencionó anteriormente, los pilotes -al tratarse de una cimentación más elaborada- distribuyen el peso de la edificación **haciendo uso de la parte más resistente del suelo con la finalidad de que las estructuras se mantengan en pie.** Esto es, los puentes a elaborarse no tendrían la estabilidad ni podrían soportar la carga exigida sin la instalación de dichos pilotes.

En el presente caso, se puede intuir que los puentes deben contar con una cimentación lo suficientemente sólida sobre todo si deben soportar una carga constante de peso debido al tránsito de la población. En otras palabras, es necesario que los siete (7) puentes de la Obra por paquete dos (2) del presente informe cuenten con la cimentación y pilotes requeridos, ya que eran indispensables para la ejecución de la obra y en caso de no contar con los mismos se obtendría como resultados graves incidentes en el futuro; y, además muy probablemente, obras obsoletas.

En relación con lo anterior, es preciso mencionar que **existe un laudo arbitral del Expediente N° 1651-51-18 entre las mismas partes y por el mismo contrato mediante el cual se concluyó que** "la implementación de la cimentación profunda no había sido prevista dentro de las obligaciones contractuales señaladas en los documentos del procedimiento de selección". (Tribunal de arbitraje, 2021, 22).

Lo que más llama la atención es que, como ya se ha detallado, la cimentación profunda en la modalidad de pilotes se trata de una alternativa necesaria para la elaboración de la prestación contractual. Pese a ello, no fue contemplado por la Entidad en la documentación del procedimiento de selección. Es decir, se trataría de una omisión que en ninguna circunstancia es atribuible al Contratista.

La pregunta que cae de maduro es la siguiente: **¿Se puede negar la aprobación de un Expediente Técnico, que detectó diligentemente una omisión de la Entidad que era fundamental para la construcción de los puentes, únicamente porque el presupuesto de ejecución de obra no se ajustaba al precio inicialmente ofertado?**

Consideramos que no y por ello se puede afirmar **que no existió una debida motivación en la negativa por parte de Provias Nacional sobre la aprobación o no del Expediente Técnico.** Es claro que se trata de una negativa únicamente relacionada a la inversión requerida por la edificación de los puentes, sin tomar en consideración que el incremento del gasto para la elaboración de estos es completamente justificado y **responsabilidad de la Entidad debido a la omisión de información.** Sobre dichos aspectos, ahondaremos con mayor detalle en los siguientes apartados.

En consecuencia, habiendo explicado la relevancia y necesidad de los pilotes para la construcción de la obra, resulta inconcebible que Provias Nacional haya utilizado como única razón para negar el Expediente Técnico el fundamento de índole económico-presupuestal, dejando de lado las razones técnicas que explicaban el incremento del presupuesto de ejecución de la obra. Más aún, si se tiene en consideración, que las

falencias en el requerimiento de la Entidad fueron detectadas diligentemente por el contratista y que la omisión de incluir los pilotes es responsabilidad de Provias Nacional.

5.2. ¿Cuál es la naturaleza de los contratos de suma alzada y concurso oferta? ¿Se puede variar el presupuesto en este tipo de contratos?

El RLCE señala en el Artículo 40° tres alternativas en donde se especifica cómo se considerarán los precios en la ejecución de las prestaciones del contratista: a) Sistema a suma alzada, b) Sistema de precios unitarios y c) sistema mixto.

Al respecto, corresponde revisar el sistema de contratación a suma alzada que coincide con el caso materia de análisis. Sobre ello, el Artículo 40.1° del RLCE describe a este sistema de contratación de la siguiente manera “Sistema a suma alzada, aplicable **cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.** Tratándose de obras, el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación (...).” (El resaltado es agregado)

En otras palabras, se describe a la modalidad de suma alzada como un tipo de sistema de contratación donde las prestaciones a ejecutarse por parte del contratista ya están debidamente establecidas y definidas, ello en atención a un análisis previo del contratista quien ha tomado en consideración las condiciones previstas en los requerimientos técnicos mínimos. Esto es, las magnitudes, calidades y cantidades de las obligaciones contractuales se encuentran claramente predeterminadas y predefinidas.

Aunado a esto último, Hugo Sologuren afirma que, “la naturaleza de los contratos a suma alzada radica en que se cumpla por parte de la Entidad con definir al cien por ciento lo que se va a ejecutar para que el Contratista brinde debidamente el precio ofertado”. (2016, 94).

Entonces, se trata de un sistema de contratación en donde el pago recibido por el contratista debería ser el precio ofertado durante la licitación pública, asumiendo el privado las condiciones contractuales invariables a las que se compromete. Esto quiere decir que, cuando reciba su contraprestación, el contratista obtendrá un monto fijo por la ejecución de las obligaciones, que en principio son inalterables. La regla principal en este sistema es que el precio, en una situación ideal, no debería variar.

De hecho, sobre la posibilidad de variación del precio, el profesor Morón afirma lo siguiente:

“En los precios unitarios, el pago de la obra se realiza en función a lo todas las actividades realizadas por el contratista durante la etapa de construcción. A diferencia de ello, en **la suma alzada existe un precio inicialmente ofertado que se mantendrá inamovible para la ejecución contractual**, sin tener en consideración los costos (monetarios y de tiempo) en los que incurra el contratista, **pero siempre y cuando se cumpla con una**

condición que consiste en que se mantengan las condiciones iniciales de la obra puesto que en virtud de ellas se fijó el precio inicialmente ofertado". (2017, 65). (El resaltado es agregado)

En la misma línea, Podetti nos indica que, en un contrato bajo la modalidad de ajuste alzado, suma alzada o suma global, el precio del contrato resulta inmodificable siempre que desde firmado el contrato hasta que concluya la obra, los términos pactados en el contrato no varíen. (2004).

Esta es una afirmación que resulta lógica en la contratación estatal ya que, si se siguen las reglas de juego desde un inicio, estas deben regir durante el vínculo contractual, en virtud del principio de seguridad jurídica. "La seguridad jurídica consiste en previsibilidad." (Lifante, 2013). De hecho, el Tribunal Constitucional peruano lo define como aquel principio implícito de la Carta Magna cuya finalidad es garantizar cierto grado de expectativa del ciudadano, considerando predecibles las consecuencias de las conductas regidas por la normativa. (Sentencia del TC, EXP N° 0016-2002-AIITC, 2002, 4).

Se puede intuir que dicho principio también se aplicará en los contratos administrativos, pues resulta lógico que se pueda exigir a un privado aquello que ya estaba previsto en un contrato. Sin embargo, si las condiciones contractuales cambian, también resulta coherente que sea de aplicación al contrato el principio de buena fe.

El principio de buena fe resulta exigible en la contratación pública e implica un actuar ético de las partes procurando evitar actividades desproporcionadas. (Soria, A. & Yamada, L. 2021, 97). Puesto que, sobre la base de este principio lo que se busca es la permanencia del equilibrio económico del contrato. (Morón, 2017, 88).

Entonces, podemos concluir que, si se empieza con una regla de juego como el pacto de un pago determinado por una prestación específica, este acuerdo se mantendría en condiciones normales donde no haya situaciones atípicas que varíen la relación contractual.

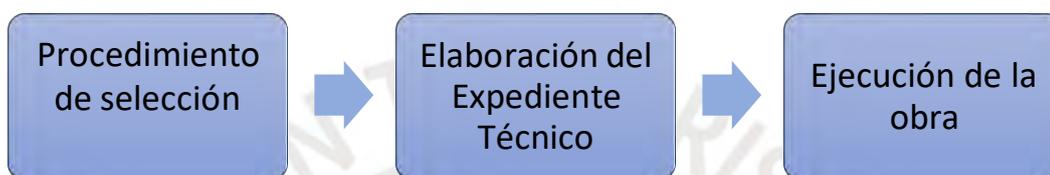
En condiciones ideales, se puede determinar cómo sería el pago que recibiría el contratista en caso de que el sistema de contratación sea a suma alzada y es que – de mantenerse las condiciones del contrato- sería igual al monto ofertado durante la licitación, pero en caso estas reglas varíen y modifiquen las prestaciones a las que se comprometieron las partes, entonces se tendrá que evaluar una modificación del precio que inicialmente se ofertó.

Ahora bien, corresponde analizar la modalidad de ejecución que delimita lo que debe realizar el contratista durante la ejecución de la obra.

El RLCE señala dos tipos de modalidades de ejecución contractual: a) Llave en mano y b) Concurso oferta. Sobre ello, de acuerdo con el caso en concreto, corresponde focalizarnos en el segundo tipo de modalidad de ejecución que en el Artículo 41.2° del RLCE es descrita de la siguiente forma:

“Concurso oferta: Si el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. **Esta modalidad solo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una licitación pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de la obra**”. (El resaltado es agregado).

En otros términos, lo que indica la normativa es que la prestación a la que se compromete el postor se divide en dos: i) la elaboración de un Expediente Técnico y ii) la ejecución de la obra que toma en cuenta dicho Expediente. Entonces, partiendo desde el procedimiento de selección hasta la ejecución contractual el orden cronológico de las prestaciones sería el siguiente:



Elaboración propia

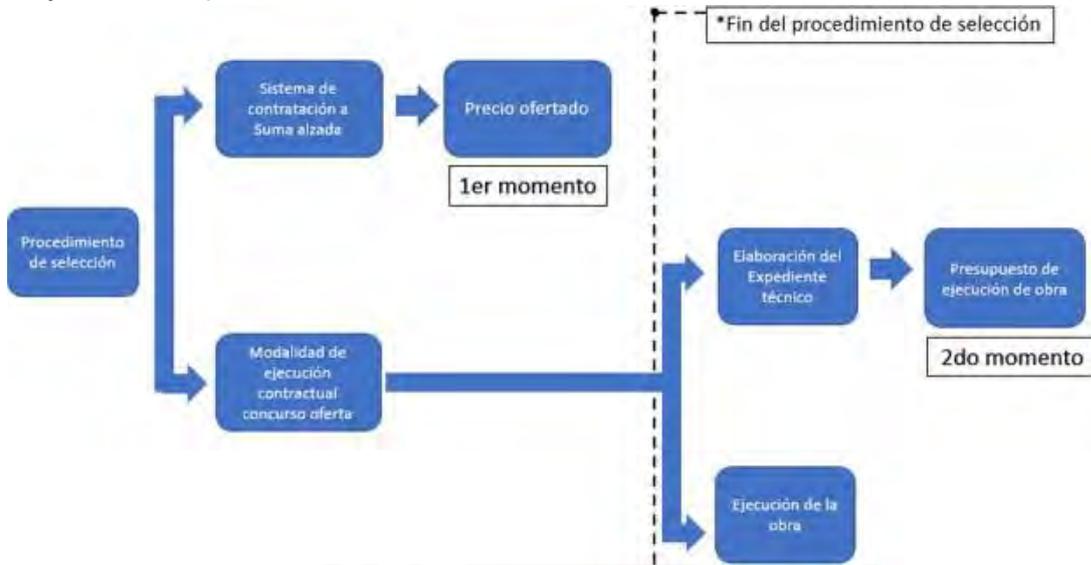
En la misma línea argumentativa, Morón nos precisa que “después de un procedimiento de selección, los postores presentan propuestas considerando la data que figura en los análisis técnicos que consideraron al proyecto de obra como apto de efectuarse. Luego, esta información, que es indicada en las bases, sirve como guía para que aquel postor que obtuvo la buena pro diseñe un expediente técnico que será utilizado en la ejecución de obra”. (2017, 64).

Claro está que se tratan de dos prestaciones vinculadas ya que la norma establece que para que se proceda con la ejecución de la obra, primero el contratista debe contar con la aprobación del Expediente Técnico por parte de la Entidad.

En el caso en concreto, la naturaleza del Contrato consiste en una relación jurídica donde el Consorcio se compromete con Provias Nacional a efectuar dos prestaciones (elaborar un Expediente Técnico y a ejecutar la obra teniendo como base dicho documento) por un plazo y montos fijos los cuales -en principio- no podrían variarse, debido a que el postor suscribió un contrato bajo el sistema de contratación a suma alzada bajo la modalidad de concurso oferta.

Cabe precisar que este compromiso inicial del Consorcio respecto a esta figura contractual implica que su participación desde el procedimiento de selección **está supeditada a que la información brindada por la Entidad es fidedigna y que no presentaba ninguna deficiencia** al momento que el Privado brindó su oferta ante la Administración Pública. Ello debido a que se considera que quien está mejor preparada para definir detalladamente los Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases Integradas es la propia Entidad.

Es por esta razón, que se asume que el precio ofertado y el presupuesto de ejecución de obra deberían coincidir, pero ambas figuras jurídicas ocurren en momentos diferentes tal y como se aprecia a continuación:



Elaboración propia

Además de lo anteriormente señalado, ahora corresponde precisar las posibilidades que se cuentan para variar el presupuesto de la ejecución de obra. A nuestro entender, si bien la normativa indica que no se podría variar el precio inicialmente ofertado, **consideramos que Provias Nacional se negó a aprobar el Expediente Técnico sin tomar en cuenta que luego de aprobarlo podía evaluar alternativas para continuar con la preservación del contrato.** Lo cual implicaría una aceptación de un presupuesto de ejecución de obra diferente al previsto.

Al respecto, consideramos que luego de aprobar el Expediente Técnico, Provias Nacional tenía dos opciones: 1) No procurar con la continuidad del contrato o 2) procurar la prosecución de este para cumplir con la satisfacción del interés público. Estas dos opciones podían desencadenar tres escenarios diferentes:

Opciones	Escenarios	Resultados
Resolución del Contrato (Causal prevista en el Art. 208 del RLCE)	1. Aprobar el Expediente Técnico, haciéndose la precisión de que no se asumirá los adicionales de obra.	No se continúa con la obra, pero se consigue un expediente técnico que permitirá hacer una licitación en un futuro que se ajuste más a la realidad.
Conservación	2. Aprobar el Expediente Técnico y exigir que el exceso total sea asumido por el contratista de acuerdo con el tipo de contrato que suscribieron. Que Provias Nacional asuma lo pactado y el resto el Consorcio.	Se continúa con la obra y se

del Contrato	3. Aprobar el Expediente Técnico y que cierto porcentaje de los adicionales de obra se aprueben y sean asumidos por Provias Nacional. (Entre 15 % al 50 % previsto por norma)	consigue el fin público.
---------------------	---	--------------------------

Elaboración propia

A pesar de estas opciones, la Entidad insistió en no atender las razones del Consorcio al momento de reiterar su negativa a la aprobación del Expediente Técnico. Más aún, Provias Nacional no analizó si en realidad la alternativa de cimentación profunda por pilotes era o no la única opción más idónea antes de descartarla. Solo se dejó de lado porque para la Entidad se trataba de una opción onerosa.

Al analizar el caso en concreto, se observa que Provias Nacional contaba con dos opciones: **continuar o no continuar con el contrato**. Claramente, la opción de resolver el contrato resultaba más práctica. De esta forma, se concluía el vínculo contractual y se habría la posibilidad de reiniciar una nueva licitación.

No obstante, antes de optar por ello, consideramos que era deber de Provias Nacional procurar o al menos intentar la continuación del Contrato debido a que fue la Entidad la que originó la necesidad de incorporar la cimentación por pilotes como consecuencia de la omisión de información en los documentos del procedimiento de selección y sobre todo porque **existía un interés general pendiente de atención**.

Al respecto, consideramos que procurar la conservación del contrato para garantizar el interés general es de las tareas primordiales de toda Entidad pública. Sobre ello, Santiago Muñoz nos indica que la finalidad de la contratación pública es la satisfacción de una necesidad de interés general. Por ello, la regulación de los contratos estatales procura que estos culminen por cumplimiento y evita que estos no culminen ya sea por causales imputables o no a las partes. (2018, 14).

En el caso en concreto, la opción de continuar el contrato debió evaluarse luego de aprobar el Expediente Técnico. Para materializar dicha opción, se ha mencionado que Provias Nacional podía optar por los adicionales de obra y es que “un adicional de obra es un ejemplo de expresión del principio de eficacia en la contratación pública porque la administración pública tiene la oportunidad de reaccionar, ante un cambio de condiciones contractuales, sin la necesidad de resolver el contrato para iniciar los trámites de uno nuevo, ya que basta con modificar lo inicialmente acordado con la finalidad de complacer el interés general” (Sanz, 2009, 715).

Sin perjuicio de que Provias Nacional contaba con las opciones anteriormente mencionadas, la Entidad insistió en no considerar la necesidad de los pilotes. A pesar de que, “resultaba indispensable instalar pilotes en la estructura para asegurar los pilares de los puentes, siendo estos necesarios para poder cumplir con la segunda parte del contrato que era la ejecución de la obra” (Voto en discordia Exp. 1908-308-18, 2020, 8). Siendo ello así, el no contar con los pilotes provocaría una obra disfuncional ya que no contaría con el sostén necesario para soportar la carga de la edificación.

Asimismo, al tratarse de una obligación no prevista en los documentos del procedimiento de selección tal y como se concluyó en el Laudo Arbitral 1651-51-18; los pilotes **deben ser considerados como adicionales de obra al no haberse contemplado dentro de los requerimientos de la Entidad.**

Es más, advertir la necesidad de los pilotes en el Expediente Técnico fue una muestra de **debida diligencia** ya que se hizo un contraste entre lo requerido inicialmente por la Entidad y lo que en los hechos era indispensable para cumplir con la finalidad pública. **El Consorcio no podía omitir lo indispensable que resultaban ser los pilotes por más que estos resulten ser más onerosos, ya que de hacerlo habría incurrido en un actuar reprochable por negligencia inexcusable.** (Voto en discordia Exp. 1908-308-18, 2020, 9). (El resaltado el agregado).

Entonces, en atención a lo indispensable que resultaban ser los pilotes para la obra, consideramos que si bien la normativa -generalmente- impedía variar el precio ofertado en un contrato bajo el sistema de contratación de suma alzada en modalidad de concurso oferta, Provias Nacional no advirtió que contaba con alternativas que podía efectuar durante la etapa de ejecución contractual, después de aprobar el Expediente Técnico.

Estas alternativas variaban en grado de complejidad, siendo la resolución contractual la salida más práctica y la conservación del contrato aquella opción que resultaba más compleja ya que estaba sujeta a diálogo e incluso la intervención de terceros. No obstante, consideramos que no debió negarse la aprobación del Expediente Técnico solo porque en su momento no se tenía certeza de quién iba a asumir el sobrecosto a futuro.

Asimismo, reiteramos que, antes de negar la posibilidad del adicional de obra y optar por la resolución contractual, era menester de la Entidad al menos intentar aprobar el adicional porque los pilotes eran necesarios. De esta forma, se evitaba la disolución del vínculo contractual, teniendo como única justificación el no acuerdo entre las partes sobre un adicional de obra que ni siquiera se había discutido entre las partes.

5.3. ¿El Tribunal Arbitral motivó debidamente su decisión de que el Consorcio no levantó las observaciones efectuadas al Expediente Técnico?

De la revisión del Laudo Arbitral, se advierte que el Tribunal Arbitral llega a la conclusión de que no se puede aprobar el Expediente Técnico debido a las tres razones siguientes:

- i) **No se puede variar el precio ofertado y por tanto el presupuesto de ejecución de obra debió ser igual al monto del precio inicialmente ofertado.**
- ii) **No se ha brindado una justificación que permita al Consorcio modificar el precio pactado para la obra contratada.**
- iii) **No se puede levantar las observaciones realizadas por Provias Nacional.**

Al respecto, se procederá a desarrollar nuestra posición, rebatiendo cada una de las razones señaladas por el Tribunal Arbitral:

i) Sobre la imposibilidad de variar el precio inicialmente ofertado y que el presupuesto de ejecución de obra debía ser menor o idéntico al monto inicialmente ofertado.

El Tribunal Arbitral realiza un análisis focalizado en si el precio ofertado debe o no variar debido al tipo de contrato que celebraron las partes. Es decir, si cabe la posibilidad de variar los montos fijados en un contrato bajo la modalidad de concurso oferta a suma alzada. El Tribunal Arbitral concluye que, dado que no se puede variar el precio inicialmente ofertado, el presupuesto de ejecución de obra tampoco debía variarse y debió ser igual o menor al monto del precio inicialmente ofertado.

Al respecto, ya hemos argumentado que efectivamente la normativa indica que - generalmente- no se puede realizar variaciones sobre el precio inicialmente ofertado, pero esa razón de inamovilidad del precio no debería ser motivo para pensar de manera literal que el precio de ejecución de obra siempre deberá ser idéntico al precio que inicialmente se ofertó. El Tribunal Arbitral hace un detalle extenso sobre lo que considera bajo la modalidad de Concurso Oferta a Suma Alzada, pero confunde dos términos: i) precio ofertado y ii) presupuesto de ejecución contractual.

Consideramos que este equívoco ocurriría porque se contempla al vínculo contractual como una situación ideal donde no hay ningún impase. Un caso en donde se espera que el precio ofertado inicialmente incluya todas las condiciones del Perfil brindado por la Entidad y por tanto el presupuesto de ejecución de obra no sobrepase o sea idéntico al precio inicialmente ofertado.

Eso es lo que se esperaría que ocurra en un escenario en donde las condiciones contractuales se hayan cumplido a cabalidad por ambas partes; ya que, se tiene confianza en que toda la información ha sido entregada al Contratista adecuadamente.

Sin embargo, en el presente Contrato se ha demostrado que los documentos en los que se basó el procedimiento de selección omitían información (la cimentación profunda por pilotes) y esto desencadenó un efecto de bola de nieve que afectó la elaboración del Expediente Técnico, el cual dependía de dicha información. Esta fue la razón por la que el Expediente Técnico arroja un presupuesto de ejecución de obra distinto al precio inicialmente ofertado.

Asimismo, el Tribunal Arbitral omitió mencionar la necesidad de los pilotes dentro de su argumentación. Pese a que, como ya hemos demostrado, Provias Nacional sabía que esta alternativa de los pilotes no la habían previsto en la documentación entregada al Contratista, esto significaba que el precio inicialmente ofertado no iba a contemplar la alternativa de la cimentación profunda porque ni siquiera la Entidad la había previsto. La Entidad conocía de la relevancia de la cimentación profunda para la correcta elaboración de la obra, pero de acuerdo con el tipo de contrato suscrito, Provias Nacional sabía que solo podían pagar un monto fijo al Consorcio como contraprestación.

Consideramos que la preocupación de la Entidad radicaba en que cuando se afirmase mediante una comunicación que el presupuesto de ejecución de obra debía ser distinto al precio inicialmente ofertado, entonces esto significaría comprometer a la Entidad a un

pago adicional. Sin embargo, al afirmar ello se estaba negando la aprobación del Expediente Técnico, ya que se consideraba que al aprobar este documento con un monto de presupuesto de ejecución de obra más elevado, necesaria y obligatoriamente dicha suma debería pagarse al Consorcio.

Sin embargo, consideramos que dicha preocupación no tenía fundamentos. Sobre ello, en el voto en discordia del Exp. 1908-308-18 se mencionó lo siguiente: “Mediante laudo arbitral se puede disponer que se ha cumplido cabalmente el servicio de elaboración del Expediente Técnico y que por dicho servicio se debe pagar el monto previsto, **pero ello no implicará brindar ningún título que sirva al Consorcio para reclamar un pago adicional al que ya estaba señalado en el Contrato. Ello en virtud de que el Expediente Técnico y la Ejecución de obra son prestaciones distintas que se ven en momentos diferentes**”. (2020, 10). (El resaltado es agregado).

Es decir, en otras palabras, se trata de prestaciones independientes. Por un lado, la elaboración de Expediente Técnico consiste en una prestación de servicio que tiene como finalidad la expedición de un documento que sirva de parámetro para la construcción de la obra. Por otro lado, la prestación de ejecución de la obra consiste en la edificación de lo requerido por la Entidad. Si bien ambas prestaciones tienen están relacionadas, se trata de prestaciones independientes que ocurren en momentos distintos.

Entonces, no se podía perder de vista que la elaboración del Expediente Técnico y la ejecución de obra **eran prestaciones diferentes** y que el Consorcio nunca varió el monto del pago del servicio de elaboración del Expediente Técnico, manteniendo dicha prestación incólume. Al contrario, este monto se mantuvo, solo que se advirtió un incremento del presupuesto de la ejecución de obra por razones técnicas que debieron tomarse en cuenta por la Entidad y cuya omisión son completamente atribuibles a esta.

Cabe recordar que, **la controversia del presente arbitraje justamente se centraba en si correspondía aprobar o no el Expediente Técnico**. El hecho que el Expediente Técnico haya generado un presupuesto de ejecución de obra mucho más alto al previsto implicaría una discusión posterior sobre cómo deberá asumirse ese sobre costo durante la ejecución de la obra. Ante dicha situación y luego de aprobar el Expediente Técnico, la Entidad debía evaluar sus opciones: O no continuar con el contrato o buscar la preservación de este para cumplir con la satisfacción del interés general.

Entonces, después de aprobar el Expediente Técnico y pagar por dicho servicio, la Entidad debía examinar si era viable la resolución del contrato u optar por la opción del adicional de obra. Recordemos que la salida de la resolución era la más práctica. Lo complejo era el adicional ya que la normativa indica una intervención única de la propia Entidad de hasta un 15 % y de haberse cumplido con determinados requisitos, se podía extender hasta un 50 % con previa autorización de la Contraloría General de la República.

Debido a ello, advirtiendo las particularidades anteriormente mencionadas, consideramos que el Tribunal Arbitral pudo pronunciarse estableciendo que el Expediente Técnico debía aprobarse y retribuirse por dicho servicio, para que luego

ambas partes puedan debatir sobre si había formas para continuar o no continuar con el Contrato.

ii) **Sobre la inexistencia de una justificación válida que permita al Consorcio modificar el precio pactado para la obra contratada:**

El Tribunal Arbitral considera que no existe una justificación válida que permita al Consorcio modificar el precio pactado para la obra contratada. Sin embargo, discrepamos de dicha posición por dos motivos: a) La razón válida que respaldaría una variación del presupuesto de la ejecución de la obra era justamente la elaboración de los pilotes. b) No se agotaron todas las vías para que el Tribunal Arbitral determine si la cimentación profunda por pilotes era o no la única alternativa posible para la ejecución de la obra.

a. **Sobre la razón válida que respaldaría una variación del presupuesto de la ejecución de la obra:**

Respecto al primer punto, al revisar los requerimientos de la Entidad, se advierte que en cuatro (4) de los siete (7) puentes (Ccaccachupa, Pucramayo, Cobremayo y Colquemayo) **no hay una referencia ni se requirió una cimentación por pilotes**. Es más, esta alternativa técnica no se tuvo en cuenta cuando se elaboró dicho perfil. Las Bases se elaboraron tomando información incompleta que no había contemplado la posibilidad de requerir la elaboración de estructuras con una cimentación profunda y que era indispensable para que la construcción resulte viable.

Puentes del paquete OBRA 2	Exigencia de pilotes	de	Tipo de cimentación requerida
1. Puente Cahuasiri	Sí (Pág. 177)		Cimentación sobre pilotes (Pág. 132)
2. Puente Ayaviri	Sí (Pág. 180)		Cimentación sobre pilotes (Pág. 133)
3. Puente Ccaccachupa	No (Pág. 183)		Cimentación sobre directa (Pág. 134)
4. Puente Ventilla	Sí (Pág. 186)		Cimentación sobre pilotes (Pág. 135)
5. Puente Pucramayo	No (Pág. 189)		Cimentación sobre directa (Pág. 136)
6. Puente Cobremayo	No (Pág. 192)		Cimentación sobre directa (Pág. 137)
7. Puente Colquemayo	No (Pág. 195)		Cimentación sobre directa (Pág. 138)

Elaboración propia - Estudio de Perfil del Proyecto Reemplazo de 19 puentes en el Corredor Vial Nacional

Resulta lógico pensar que una cimentación profunda requerirá mayor tiempo de edificación y repercutirá en mayores gastos para su realización, que una cimentación superficial o directa. En ese sentido, se puede establecer que, al no haberse contemplado esta exigencia entre los requerimientos de la Entidad, esto no fue advertido en el procedimiento de selección ya que se contaba con data incompleta que no era

acorde a la realidad; por lo que, la posibilidad de una variación del monto del presupuesto de ejecución de obra debió evaluarse. Esta razón técnica que consiste en la estabilidad de los puentes es el justificante requerido para analizar si el incremento del presupuesto de ejecución de la obra era indispensable o no.

b. Sobre la necesidad de una pericia en el caso materia de informe.

Al respecto, si bien resulta ser una facultad opcional del Tribunal Arbitral, sostenemos que dadas las características técnicas y especializadas del presente caso era necesaria la actuación de dicho medio probatorio.

En todo el desarrollo del presente trabajo se ha afirmado que una revisión de la parte técnica del caso hubiera sido sumamente importante ya que de este modo se habría obtenido una perspectiva más completa del caso. Por lo que, consideramos que el Tribunal Arbitral **sí debió requerir una pericia de oficio.**

Llegados a este punto nos preguntamos si requerir una pericia era posible en este arbitraje o si existía algún impedimento para solicitarla. Para ello se debe realizar una revisión del convenio arbitral, el Reglamento de Arbitraje de la institución arbitral, la Ley de arbitraje y la Ley de contrataciones con el Estado.

Solicitud de dictamen pericial	
Convenio arbitral (Cláusula 25.11 del Contrato)	Existen dos opciones: i) las partes podían ofrecer la actuación de una pericia. ii) El Tribunal Arbitral podía requerirla de oficio En ambos casos, el Tribunal Arbitral debía encomendar dicha diligencia a un especialista en la materia.
Reglamento de Arbitraje CARC PUCP 2012 (Artículos 49° y 52°)	El Reglamento señala que los árbitros tienen potestad para encomendar a las partes la presentación de prueba que consideren necesaria. Esto incluye a las pericias; por lo que, el colegiado en caso lo requiera puede nombrar a un versado en la materia ya sea por iniciativa propia o por requerimiento de las partes.
Ley de arbitraje (Artículo 44.1°)	“El colegiado podrá designar (de oficio o a pedido de las partes) a un experto para que efectúe un dictamen pericial. En razón a ello, las partes cooperarán con este profesional brindando toda la data necesaria para efectuar una pericia idónea”
Decreto Legislativo 1017 (LCE)	“Indica que se aplicará el reglamento vigente en caso se trate de un arbitraje institucional que como ya se ha mencionado permite la actuación de pericias de oficio”.

Elaboración propia

Entonces, teniendo en cuenta que en la controversia se discutía temas técnicos tan puntuales; a nuestro entender, se necesitaba imponderablemente una respuesta especializada en ingeniería para dicho fin. Al respecto, Juan Figueroa indica que “en algunos procesos arbitrales como en los de construcción puede suceder que haya ciertos aspectos técnicos que requieran precisión como; por ejemplo, en caso de fallas en el diseño o la existencia de algún vicio en la estructura. De ser ese el caso, y ante el

desconocimiento sobre la materia controvertida, el Tribunal Arbitral requerirá la opinión de peritos especializados en la materia”. (s/f, 50).

Sobre esta facultad en el mundo arbitral, José Carlos Taboada y Renzo Mayor advierten que “no resulta necesaria la prueba de oficio en un proceso arbitral, a menos que el caso en específico lo requiera debido a la materia controvertida”. (2018, 255).

En ese sentido, era determinante verificar si la opción de la cimentación profunda por pilotes era la única alternativa que tenía el Consorcio para edificar los puentes. Con esto se podía establecer si el Consorcio cumplió o no con elaborar un Expediente Técnico con una alternativa indispensable para cumplir la ejecución de la obra. Ello le hubiera dado otra visión al Tribunal Arbitral para determinar si era posible o no entregar un Expediente Técnico con una alternativa menos costosa porque de ser el caso, entonces habría un incumplimiento contractual. En cambio, si se determinaba que era la única opción para construir los puentes, entonces existía una clara justificación de por medio que debía ser atendida. Por lo que, reiteramos que el Tribunal Arbitral debió procurar la actuación de una pericia de oficio en el Arbitraje materia de análisis.

De hecho, tan necesaria era la actuación de dicha pericia que ello se puede verificar al momento de contrastar lo resuelto en el Expediente N° 1908-308-18 (Laudo materia de análisis) y el Expediente N° 1651-51-18 (Laudo cuya controversia consistió en el mismo contrato, con similares características):

Tribunal Arbitral del Exp. 1908-308-18 (materia del presente informe)	Tribunal Arbitral del Exp. 1651-51-18 (Laudo sobre el mismo contrato)
Se consultó al Tribunal Arbitral si se había entregado un Expediente Técnico acorde a los Términos de Referencia del Contrato N° 012-2017-MTC/20	Se consultó si la alternativa de los pilotes que había sido aprobada por Provias Nacional no estaba incluida en los Términos de Referencia del Contrato N° 012-2017-MTC/20
Para responder ello, no se realizó una pericia.	Para responder ello, sí se realizó una pericia
No se tomó en cuenta la alternativa señalada por el Consorcio sobre la cimentación profunda por pilotes.	Sí se tomó en cuenta la alternativa señalada por el Consorcio sobre la cimentación profunda por pilotes.
Se llegó a la conclusión de que el Consorcio no cumplió con elaborar un Expediente Técnico acorde a los Términos de Referencia.	Se llegó a la conclusión de que la alternativa de los pilotes no fue incluida en los Términos de Referencia como en los demás documentos integrantes del contrato.

Elaboración propia

Esto nos lleva a la conclusión de que una pericia podía determinar si la exigencia de los pilotes era o no parte de los alcances del Contrato y eso pudo ayudar al Tribunal Arbitral del caso materia de análisis a responder si podía entregarse un Expediente Técnico acorde o no a los Términos de Referencia. No descartándose de plano que no se dio ninguna razón técnica que justifique una flexibilidad de una exigencia tan rígida de los Términos de Referencia.

iii) Sobre la imposibilidad de levantar las observaciones realizadas por Provias Nacional.

En tercer lugar, el Tribunal Arbitral afirma que no se pueden levantar las observaciones efectuadas por Provias Nacional sobre las especialidades: i) Metrados, costos y presupuestos y Especificaciones Técnicas. ii) Informe de verificación de viabilidad. Sin embargo, consideramos que dicha posición es cuestionable.

Al respecto, considero que el Tribunal Arbitral realizó un análisis laxo sobre el caso en concreto al no considerarse la necesidad de los pilotes. Al respecto, estimamos que, las observaciones meramente económico-presupuestales dirigidas a estas dos especialidades debieron analizarse desde un punto de vista técnico y si la Entidad quería exigir una reducción en cuanto al monto del presupuesto de la ejecución de obra resultante, debía primero verificar si dicha reducción era viable, de lo contrario estaría exigiendo un imposible fáctico.

Sobre el particular, en el Voto en discordia del Expediente N° 1908-308-18 se señaló lo siguiente: “El requerimiento de Provias Nacional de variar el presupuesto de ejecución de obra resultaría inconcebible, a menos que exista alguna alternativa que permita reducir los gastos de forma significativa, reemplazando de esta manera la opción de los pilotes por alguna opción más módica, pero igual de efectiva”. (2020, 10).

Asimismo, resulta inverosímil las actitudes de la Entidad. Cabe recordar que Provias Nacional alerta sobre la necesidad de una opción menos onerosa recién en el segundo bloque de observaciones. Al respecto, consideramos que si el precio era tan relevante para la Entidad **esto debió ser cuestionado por Provias Nacional en su primer bloque de observaciones y no en el segundo.**

Es más, cuando la Entidad presenta su segundo bloque de observaciones cuestiona el presupuesto de la ejecución de obra, pero levanta las observaciones de las demás especialidades cuya suma en total resultan ser el monto del presupuesto final de la ejecución de la obra. Ello no resulta lógico, es más, es contradictorio. Esto es, en la práctica, la Entidad afirmó que se encontraba conforme con la propuesta de la cimentación profunda por pilotes, pero al mismo tiempo no la aceptaba porque era muy onerosa.

De este modo condicionó al Contratista solicitándole que reduzca el presupuesto de ejecución de obra, pues de lo contrario no se aprobaría el Expediente Técnico cuya alternativa de los pilotes ya había sido aceptada por la Entidad como idónea. Aquí, es notoria la contradicción por parte de Provias Nacional.

De hecho, en el voto en discordia del Exp. 1908-308-18 se indica que el Consorcio justificó en su oportunidad la implementación de pilotes de forma diligente: “(...) era inevitable que el Consorcio advierta sobre la necesidad de la cimentación profunda de los pilotes, ya que no hacerlo implicaría un actuar doloso o de negligencia inexcusable que hubiera generado controversias futuras durante la ejecución de la obra”. (2020, 9).

Continuar con la construcción reduciendo precios y presentando alternativas precarias hubiera significado resultados ineficientes, prescindiendo del grado de relevancia que tienen los pilotes en la obra. Recordemos que se trata de la estructura que da soporte a puentes y que, si no están bien edificados, entonces la estructura colapsaría.

“Una falla en la cimentación profunda de una estructura de gran envergadura tiene consecuencias que resultan ser menos factibles de solución ya que en el caso de las cimentaciones, las fallas implican llevar a niveles extremos de inseguridad a la estructura puesto que se estaría a punto de ceder y poco o nada se podría hacer, sin que se irroguen gastos más onerosos a los previstos”. (Dunham, 1968, 17).

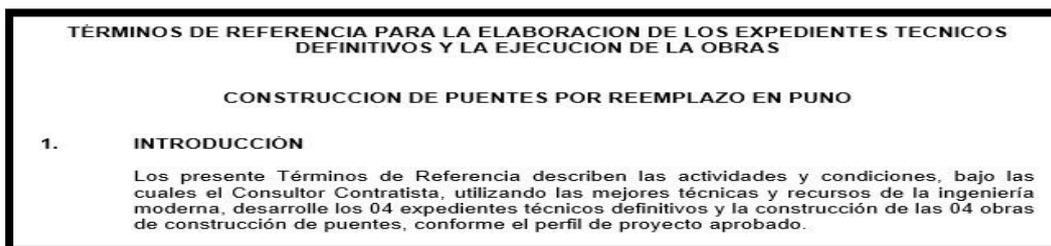
Entonces, esta conducta precavida del Consorcio que busca alertar a la Entidad sobre este defecto entre los requerimientos iniciales denota que el Contratista siempre buscó **dar solución a una omisión generada por la propia Entidad** ya que se procuró encontrar opciones que aseguren la construcción de puentes de calidad, lo cual evidentemente generaría la asunción de un mayor costo debido a que se estaban implementando medidas que no estaban inicialmente en el Contrato y los documentos del procedimiento de selección.

No obstante, este actuar del Consorcio no fue considerado ni por la Entidad ni por el Tribunal Arbitral ya que se limitaron a considerar inviable el levantamiento de las observaciones realizadas por Provias Nacional únicamente por el monto señalado por el Consorcio sin siquiera analizar el motivo por el cual la cuantía había incrementado.

Por todo lo anteriormente explicado, consideramos que el Colegiado no motivó adecuadamente su decisión para determinar que el Consorcio no cumplió con su obligación de elaborar el Expediente Técnico conforme a lo requerido en los Términos de Referencia del Contrato, debido a que no se tomó en cuenta ni se hizo un análisis sobre la alternativa de los pilotes, siendo que, incluso, el propio Tribunal Arbitral afirmó que no se habría brindado justificación por parte del Contratista para modificar el presupuesto de ejecución de obra; cuando los pilotes son precisamente esta razón, la cual, aparentemente, fue ignorada por dicho colegiado.

5.4. ¿Las Bases Integradas y los Términos de Referencia son documentos con cláusulas rígidas y definitivas o existe alguna excepción?

Como previamente se advirtió, en las Bases Integradas, así como en los Términos de Referencia, se indicaba que el Consorcio debía elaborar el Expediente Técnico definitivo **en atención a los datos del Perfil del Proyecto** de Inversión tal como se aprecia a continuación:



Lo mismo se indicó en la sección de generalidades de las Bases Integradas:

El desarrollo del Expediente Técnico Definitivo y Ejecución de Obra, será efectuado en las siguientes etapas:

- **Primera Etapa:** A nivel de Expediente Técnico Definitivo, será desarrollado por el Consultor-Contratista al cual se le adjudique la buena pro, en base a las evaluaciones correspondientes, elaborará las disciplinas necesarias para plantear los tratamientos y soluciones más adecuadas según corresponda y en concordancia con las alternativas planteadas en el Perfil Aprobado del Proyecto de Inversión Pública.

Página 18 de las Bases Integradas

Asimismo, en los Términos de Referencia se advierte qué ocurre cuando por algún motivo la Entidad omite alguna alternativa en el Perfil del Proyecto de Inversión, e indica lo siguiente:

7.1. PRIMERA ETAPA: ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO DEFINITIVO

7.1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

- Los expedientes técnicos definitivos deberán plantear sistemas constructivos con aplicación de tecnologías modernas, sin irrogar mayores costos.
- Si el Proyectista sustenta la conveniencia técnica y funcional de una alternativa que no está incluida en el perfil del proyecto, éste debe plantearla a Provias Nacional (tal como se menciona en el CME N° 16 Contenidos Mínimos Específicos de Estudios de Preinversión a Nivel de Perfil de Proyectos de Inversión Pública de Reemplazo de Puentes en la Red Vial Nacional, aprobado mediante Resolución Directoral N° 002-2013-EF/63.01 de la Dirección General de Política de Inversiones del MEF). Provias Nacional gestionará su inclusión como alternativa del proyecto, sin irrogar mayores costos.
- De cualquier modo, las soluciones definitivas que se planteen deberán ser racionales y económicas.

Página 09 de las Bases Integradas

Esto quiere decir que, si la Entidad omite alguna alternativa en el Perfil del Proyecto de Inversión, **entonces el Contratista deberá proponer dicha alternativa**, precisándose que sea razonable y costeable para Provias Nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso en concreto surgen las siguientes preguntas: ¿Qué ocurre si la alternativa que omitió la Entidad no es posible de incluirse dentro del precio inicialmente ofertado por el Contratista? ¿Qué sucedería si esa información era tan relevante y necesaria que inevitablemente implicaría una alteración del presupuesto de ejecución de obra? De hecho, nos encontramos ante una situación en la que la información omitida (cimentación profunda por pilotes) ni siquiera fue contemplada por la Entidad, cuando hemos demostrado que sí resultaba ser necesaria para construir las estructuras.

Ante las dudas planteadas en el párrafo anterior, abogando en favor de Provias Nacional, podríamos plantear la siguiente pregunta: ¿Por qué si era tan relevante dicha información no se alertó a la Entidad durante el procedimiento de selección antes de que se integren las Bases? Sobre todo, si el Anexo Único del Anexo de Definiciones del RLCE señala que:

“las bases integradas son reglas definitivas del proceso de selección cuyo texto contempla todas las aclaraciones y/o precisiones producto de la absolución de consultas, así como todas las modificaciones y/o correcciones derivadas de la absolución de observaciones y/o del pronunciamiento del Titular de la Entidad o del OSCE; o, cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones”.

De hecho, durante el procedimiento de selección, “(...) las Bases pueden ser cuestionadas en dos etapas: i) consultas y ii) observaciones. Se trata de dos fases diferentes, pero ambas buscan conseguir claridad para evitar interpretaciones imprecisas que impidan al Estado conseguir ofertas especializadas y accesibles”. (Retamozo, 2014, 188).

Ante ello, si bien la etapa ideal para realizar cambios a las Bases era justamente durante las consultas u observaciones, se debe precisar que la información brindada por la Entidad en esa oportunidad no permitía al postor establecer que era indispensable la incorporación de los pilotes. Esto debido a la concurrencia de dos motivos:

En primer lugar, vale recordar lo señalado en el laudo arbitral del Expediente N° 1651-51-18 entre las mismas partes y por el mismo contrato mediante el cual se concluyó que “dentro de los documentos del procedimiento de selección no se había incorporado a los pilotes como parte de las prestaciones que debía cumplir el Consorcio”. (Tribunal de arbitraje, 2021, 22). Esto nos lleva a preguntarnos cómo se le podría exigir al Consorcio una prestación que ni siquiera había sido contemplada o requerida por la Entidad en la obra.

Es cierto que, “(...) en el transcurso del proceso de selección, los participantes cuentan con la posibilidad de plantear interrogantes y comentarios respecto a las Bases. En este contexto, las consultas implican las aclaraciones sobre el contenido de las Bases, mientras que las observaciones implican cuestionamientos ante posibles incumplimientos de las condiciones previstas en contratos estatales u otras regulaciones”. (Opinión OSCE N° 087-2018/DTN, 2018, 3).

De hecho, “(...) la etapa de consultas y observaciones sirve para solicitar precisiones sobre el contenido indicado en las Bases y la finalidad es que las respuestas a dichas preguntas sean parte integrante del Contrato” (Retamozo, 2014, 189). Sin embargo, ello no puede conllevar a que se efectúen consultas u observaciones sobre información que ni siquiera había sido contemplada como exigencia en la obra por parte de Provias Nacional, ya que, de la revisión del Estudio de Perfil del Proyecto Reemplazo, se observa que en 4 de los 7 puentes (Ccaccachupa, Pucramayo, Cobremayo y Colquemayo) **no hay una referencia expresa a una cimentación por pilotes.**

En segundo lugar, no era posible advertir la necesidad de pilotes para los puentes durante las etapas de consultas y observaciones del procedimiento de selección ya que solo resultaba posible advertir dicha necesidad cuando se efectuaron los estudios especializados del terreno al momento de elaborar el Expediente Técnico. Es decir, en una etapa posterior a la culminación del procedimiento de selección.

Ello obedece a la naturaleza propia de los pilotes y cómo es que puede detectarse la necesidad de estos. Recordemos que, “los pilotes son piezas cuyo propósito es permitir la edificación de estructuras donde no son propicias las condiciones del suelo”. (Mehdi, 2004, 11). De hecho, el Ingeniero Zaven Davidian nos ilustra indicando que “(...) el componente más relevante en la cimentación profunda por pilotes es la estabilidad brindada por la resistencia del suelo ya que se tratan de componentes en forma de sólidos geométricos que perforan el terreno buscando la estabilidad de una zona del suelo más rígida”. (1977, 2).

De esta manera, se puede advertir que la finalidad de llevar a cabo una exploración del lugar implica la evaluación detallada de la superficie del terreno y la calidad del suelo, lo que permite determinar las dimensiones necesarias de los pilotes en caso de ser solicitados. De esta forma, existe como requisito la revisión previa del terreno para la preparación de estudios periciales que son efectuados durante la elaboración del Expediente Técnico para determinar si los pilotes son imprescindibles o no. Siendo que, no podría descartarse dicha necesidad en la obra sin antes realizar una inspección del suelo de la obra.

Tan es así, que en el Expediente N° 1651-51-18, se tuvo que llevar a cabo una pericia ya que el Tribunal Arbitral de dicho arbitraje no tenía la certeza de si la exigencia de los pilotes en la obra formaba parte de las prestaciones a las cuales se había comprometido el Consorcio. La duda planteada en dicho arbitraje era la misma que en el presente caso pues cada parte mantenía una posición personal sobre la necesidad de los pilotes en la obra. Ante esa duda, el Tribunal Arbitral solicitó la actuación de una pericia a fin de dilucidar qué posición era más acorde a la realidad. No obstante, dicha forma de proceder no fue replicada por el Tribunal Arbitral del presente arbitraje.

En consecuencia, se puede concluir que no podría reclamarse al Consorcio una prestación que ni siquiera se había previsto por la Entidad y tampoco resultaría exigible de parte del Consorcio que formule una consulta u observación sobre la opción de implementar los pilotes, durante el procedimiento de selección, cuando ni siquiera se había contemplado la necesidad de dicha alternativa por la propia Entidad Contratante.

Ante esta situación, vale preguntarse ¿Cómo la Entidad podría afirmar que los Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases Integradas se deben aplicar de forma tan rígida, cuando fue esta quien omitió una información tan relevante para efectuar la estructura? Aquí es donde la aplicación en conjunto de los principios de seguridad jurídica y buena fe pueden ayudarnos a elaborar una respuesta.

Por un lado, solo se podría exigir al Consorcio la elaboración de los pilotes siempre que se haya previsto como una obligación en los documentos que forman parte de la relación contractual. Como ya se ha mencionó, los pilotes no fueron incorporados como una obligación entre los documentos del procedimiento de selección, motivo por el cual se ofertó un monto que no incorporaba este componente en la estructura. Por otro lado, en caso las condiciones contractuales sufran alguna variación, entonces resulta necesario aplicar la buena fe contractual a fin de procurar la preservación del equilibrio económico del contrato y así evitar prestaciones desproporcionadas entre las partes.

El hecho objetivo es que la Entidad nunca mencionó la necesidad imperante de incluir los pilotes en la obra, pues no fue mencionada en ningún extremo de los documentos del procedimiento de selección. La necesidad de estos fue detectada luego de la elaboración del Expediente Técnico, toda vez que fue advertido por el Consorcio demostrando una conducta diligente. Pese a ello, la Entidad se niega a la aprobación del Expediente Técnico, siendo que aquí radica el centro de la controversia.

Esta situación surge con un descuido por parte de la Entidad que generó un efecto dominó, pues falencias en el Perfil del Proyecto de inversión, repercutieron de manera negativa en la elaboración del Expediente Técnico. Entonces, nos preguntamos ¿De quién es responsabilidad efectuar un adecuado Proyecto de Inversión? Consideramos que era responsabilidad de Provias Nacional y en base a ello era menester de dicha Entidad procurar tomar acciones efectivas como la aprobación del Expediente Técnico y la posterior resolución contractual; o, en todo caso procurar con la continuación de la ejecución del contrato gestionando la posibilidad de aprobar prestaciones adicionales.

5.5. ¿Era posible de alguna manera aprobar un adicional de obra en el contrato N° 012-2017-MTC/2? ¿El no aprobar el adicional de obra vulneraría el principio de equilibrio económico financiero del contrato?

Si determinado Contratista acude ante una Entidad durante la aprobación del Expediente Técnico con una solicitud de un adicional de obra para la etapa de ejecución contractual de 58,17%, la respuesta que muy probablemente emitiría la Administración contratante sería negativa. Esto se debería a que: 1) El monto del adicional de obra excedería el 50% del monto contractual; y, 2) El momento en el que se estaba solicitando el adicional no era el idóneo, ya que, de acuerdo a la norma aplicable, se puede solicitar un adicional durante la ejecución del contrato y no durante la elaboración del Expediente Técnico.

Sin embargo, la pregunta que se ha realizado es si este adicional era posible de efectuarse de alguna manera y corresponde hacer un análisis más profundo que el de la sola aplicación literal de la norma, para verificar si la Entidad podía optar o no por la prosecución y conservación del Contrato, procurando la tutela del interés general.

Por un lado, respecto al primer punto, al realizar una operación aritmética se podría indicar, a simple vista, que el monto del presupuesto de ejecución de obra excedía en 58,17% al monto contractual y ello superaba el monto establecido por el ordenamiento que dispone como tope un 50%. Incluso, la normativa aplicable, ante dicho supuesto, dispone que la **consecuencia sería la resolución contractual**, aspecto sobre el cual ahondaremos en los siguientes párrafos.

De hecho, el Artículo 41° de la LCE y el Artículo 208° del RLCE señalan las siguientes condiciones:

PORCENTAJES PERMITIDOS SEGÚN LA NORMA	
Adicional de obra	La Entidad puede ordenar en caso de ser necesario para alcanzar la finalidad contractual.
En caso de bienes y servicios	Hasta el 25 % de prestaciones adicionales
En caso de obras	Hasta el 15 % de prestaciones adicionales. En caso sea un monto superior al 15% puede llegar hasta un tope de 50 % solo en dos supuestos (Deficiencias del expediente técnico y situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato). Para ello, se requiere autorización de contraloría para proceder con la ejecución. En caso se supere dicho porcentaje se procederá con la resolución contractual.
En caso de supervisión	Hasta el 15 % de prestaciones adicionales
EVENTUALES CONSECUENCIAS	
La decisión de aprobar o no los adicionales	No puede ser sometida a arbitraje.
No es obligación de la Entidad aprobar un adicional de obra	Alternativamente puede resolver el contrato

Elaboración propia

Cabe recordar que el Contrato N° 012-2017-MTC/2 es un contrato a suma alzada bajo la modalidad de concurso oferta y ello complejiza el panorama. Por ejemplo, si tan solo fuera un contrato a suma alzada en donde no se tiene la obligación de realizar el expediente técnico, sería de aplicación la Opinión OSCE N° 008-2012/DTN que señala lo siguiente: “Es posible variar el precio pactado si la Entidad aprueba adicionales de obra. Ello ocurriría en caso los planos y/o especificaciones técnicas del Expediente Técnico o del Contrato hayan sufrido modificaciones durante la ejecución contractual y se busque cumplir con la finalidad pública”. (2012, 4).

De ser solo así, se abre la posibilidad de una prestación adicional durante la etapa de ejecución contractual cuando se requiera hacer variaciones a las especificaciones técnicas que estaban contempladas en el Expediente Técnico.

Sin embargo, no sería posible que el Consorcio aspire a dicha posibilidad cuando él mismo ha suscrito un contrato **que a su vez contempla la obligación de elaborar el Expediente Técnico**. Es decir, en el caso de un contrato bajo modalidad contractual de concurso oferta, no podría contemplarse dicha situación.

Ello es mencionado también en la Opinión OSCE N° 151-2015/DTN: “(...) no es factible la aprobación de un adicional de obra cuando la modalidad es concurso oferta ya que quien se comprometió a diseñar el Expediente Técnico es el mismo que realizará la obra y, por ello, quien debe asumir los errores en dicho documento es el mismo contratista, incluyéndose los efectos presupuestales adversos.” (2015, 9).

Ante la duda de si no existe alguna excepción ante dicho supuesto, la Opinión OSCE N° 100-2012/DTN nos da el siguiente alcance: “En un contrato bajo la modalidad concurso oferta la regla general sería la inalterabilidad de precio ofertado en la licitación, salvo que, por medio de adicionales de obra, la Entidad apruebe su variación.” (2012, 2).

Es decir, en los contratos bajo la modalidad de concurso oferta, se deja a discreción de la Entidad el aprobar o no el adicional de obra y esta decisión dependerá del origen de las modificaciones de las especificaciones técnicas. En consecuencia, para que proceda la aprobación de un adicional de obra para el Contrato N° 012-2017-MTC/2 se requiere cumplir con los siguientes requisitos:

Adicional de obra en el Contrato N° 012-2017-MTC/2
1. Que exista una indudable necesidad del adicional para que la obra se pueda concretar.
2. Que sea solicitado durante la etapa de ejecución contractual.
3. Que el adicional se encuentre en el margen de los porcentajes permitidos.
4. Que en caso supere el 15% el tope llegaría hasta 50 % del monto contractual. En estos casos, se podrían aprobar los adicionales siempre que se trate de un supuesto de excepción de situaciones imprevisibles posteriores a cuando se firmó el contrato; o, por errores en el Expediente Técnico.

Elaboración propia

Ahora bien, si bien es cierto que el adicional de obra requerido en el caso concreto es por el 58.17% del monto ofertado, el cual excede el porcentaje previsto en la norma, también es cierto que la Entidad podría negociar con el Consorcio cómo distribuir este porcentaje, respetando siempre los límites que permite la norma. Esto es, mediante el **trato directo** podría llegarse a un acuerdo entre las partes para poder aprobar el adicional dentro de los límites permitidos y que el Consorcio asuma el excedente (que sería del 8.17%), con la finalidad de conservar el Contrato.

Sobre ello, consideramos que era menester de las partes entablar comunicación mediante un trato directo para, en primer término, aprobar el Expediente Técnico; y, una vez realizado ello, proceder a evaluar si corresponde o no la aprobación de un adicional de obra. De ser afirmativa dicha interrogante, se pasaría a determinar la distribución de los porcentajes por el adicional de obra. Claro está que la Entidad no podría aceptar costear la totalidad del adicional de obra porque excede el límite normativo, pero sí podría distribuirse ese elevado porcentaje luego de una negociación con el Contratista.

Sin embargo, las condiciones que establece el RLCE no permitirían una asunción de la totalidad del adicional de obra solicitado por el Consorcio, pues de acuerdo con el Artículo 41° de la LCE, solo se pueden aprobar adicionales de obra por montos superiores al 15% y hasta el 50% del monto ofertado cuando:

“Artículo 41°: Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

(...)

*4.2. (...) En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra, **por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato**, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas”. (El resaltado es agregado).*

Esto es, la única forma en la que se podría aprobar un adicional de obra en las condiciones señaladas, **sería que existan deficiencias en el Expediente Técnico o por situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato**, las cuales, lamentablemente, no se vislumbran en el presente caso. Sin embargo, por medio de la Opinión OSCE N° 049-2018/DTN, se establece que: “la decisión de aprobación de adicionales de obra ante alteraciones en los planos y especificaciones técnicas ocurriría siempre y cuando se trate de causas no atribuibles al Contratista ya que es el Contratista quien en los contratos a concurso oferta está obligado a elaborar adecuadamente el Expediente Técnico”. (2018, 4).

Como se puede observar, por medio de la citada opinión se permitiría que se aprueben adicionales **por causas no atribuibles al contratista**, situación que se refleja en el presente caso, pues la no inclusión de pilotes para la ejecución de la obra es una omisión atribuible completamente a la Entidad contratante.

Ahora bien, no olvidemos que de acuerdo con lo establecido en el numeral 41.5 del artículo 41° de la LCE, la decisión de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, **no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra** y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

En ese sentido, **no podría discutirse en sede arbitral estas posibilidades**, quedando en la voluntad de las partes, por medio del trato directo, y con la finalidad de conservar el Contrato, que se llegue a un consenso para la ejecución de las prestaciones adicionales en base a la citada opinión.

Sobre el particular, quedará siempre la discusión de la vinculatoriedad de las Opiniones del OSCE, pues según la Tercera Disposición Complementaria Final del RLCE, estas son de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, en aplicación de la **jerarquía normativa**, las disposiciones del RLCE, actualmente siempre primaran sobre el contenido de las Opiniones.

Al respecto, Franco Arias nos precisa que debido a las modificaciones del RLCE indicadas en el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, las opiniones del OSCE obtuvieron calidad de pronunciamientos vinculantes; no obstante, la vinculatoriedad se advertirá en la etapa contractual solo en aquellos casos en los que se manifieste una prerrogativa de parte de una Entidad y la vinculatoriedad se traduce en adoptar la jerarquía normativa

de aquello que se absuelve ya sea una norma de rango legal o de índole reglamentario (2015, 400)

Al respecto, se debe tener en cuenta que actualmente, la normativa no le brinda a las Opiniones OSCE la característica de vinculatoriedad; es más, se puede mencionar la Opinión OSCE N° 211-2017/DTN que indica que actualmente estos pronunciamientos administrativos ya no cuentan con dicho atributo. (2017, 4).

Por ello, teniendo en cuenta que la Opinión OSCE N° 049-2018/DTN indica un requisito adicional no previsto en el RLCE aplicable al presente caso y está fuera del rango de aplicación de dicho cuerpo normativo; entonces prevalecerá el RLCE ya que no resultaría vinculante dicha opinión. Sobre ello, Barra (s/f) precisa que “los efectos de las opiniones OSCE que no son vinculantes solo serían similares a los de la doctrina en un sentido amplio”. (Como se citó en Franco, 2015, 401)

En ese sentido, el adicional requerido para resolver esta situación, solo podría ser realizable en la medida que existan deficiencias del Expediente Técnico o nos encontremos ante situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato. Sin perjuicio de ello, siempre quedará la posibilidad de que las partes empleen lo dispuesto en la Opinión OSCE N° 049-2018/DTN, para poder dar sustento a la aprobación del adicional mediante el trato directo. No obstante, ello requiere del esfuerzo y voluntad de las partes, pero, sobre todo, de la Entidad. En la medida que, ésta es quien está llamada a tutelar el interés general que se resguarda en la celebración de contratos administrativos. Esta es una discusión que se puede plantear a futuro y que excede los alcances del presente informe.

En tal sentido, ello nos deja con una sola solución, siendo dicha alternativa la resolución del contrato, pero con la previa aprobación del Expediente Técnico. Si bien estaba en manos de Provias Nacional procurar la continuación del Contrato pues se debió analizar que existieron omisiones de información por parte de ésta que alteraron las condiciones específicas del Contrato, lo cual ameritaba un compromiso adicional en la búsqueda de la satisfacción del interés general, lo cierto es que la alternativa más acorde al principio de legalidad es la resolución del contrato.

Al respecto, el artículo 208° del RLCE, indica:

*“Artículo 208°: Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)
(...)*

*Las prestaciones adicionales de obra no podrán superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso [de] que superen este límite **se procederá a la resolución del contrato**, no siendo aplicable el último párrafo del artículo 209°, debiéndose convocar a un nuevo proceso por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista”. (El resaltado es agregado).*

Conforme se puede apreciar, en las situaciones en las que el adicional de obra supere el 50% del monto del contrato original, **se deberá de resolver el contrato**. Sin embargo,

si bien esta es la salida legal, no debe perderse de vista que ello no es impedimento para que la Entidad apruebe el Expediente Técnico.

Entre las razones que tendría Provias Nacional para aprobar el Expediente Técnico y luego optar por la vía de la resolución contractual se pueden enlistar las siguientes:

- En primer lugar, como se ha reiterado en varias oportunidades, el Consorcio sí ha cumplido con efectuar un Expediente Técnico acorde a la realidad de la situación geográfica de la obra, pese a la omisión de información por parte de la Entidad. Se trató de un actuar diligente que de hecho advirtió a la Entidad sobre la falencia en la que habría incurrido, mostrando una conducta proba por parte del Contratista; por lo que, se le debe retribuir por el servicio brindado.

Sobre ello, el Artículo 180° del RLCE señala lo siguiente:

“Artículo 180°: Oportunidad del pago

“Todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación (...) La Entidad podrá realizar pagos periódicos al contratista por el valor de los bienes o servicios contratados en cumplimiento del objeto del contrato, siempre que estén fijados en las Bases y que el contratista los solicite presentando la documentación que justifique el pago y acredite la existencia de los bienes o la prestación de los servicios. (...)” (El resaltado es agregado).

De la revisión del párrafo anterior, resulta claro que el Contratista tiene derecho a un pago por el cumplimiento de las prestaciones. En caso no se le reconozca el pago al Consorcio, la Entidad estaría obteniendo un Expediente Técnico a título gratuito que sin ningún inconveniente podría emplearse en otra licitación pública.

Es cierto que, en el Contrato N° 012-2017-MTC/20, el Consorcio también había asumido obligaciones desde un inicio de acuerdo con el tipo de Contrato que suscribió con Provias Nacional y que, por lo exigido en este, deberá recibir como contraprestación un monto en específico; no obstante, la Entidad no puede pretender que el Contratista asuma el 100% del riesgo de la prestación adicional ya que fue Provias Nacional quien desde un inicio omitió la información relevante en los requerimientos del procedimiento de selección.

“De hecho, la naturaleza de los contratos a suma alzada radica en que se cumpla por parte de la Entidad con definir al cien por ciento lo que se va a ejecutar para que el Contratista brinde debidamente el precio ofertado”. (Sologuren, 2016, 94).

Pensar lo contrario abriría la oportunidad a que la Administración Pública quede exenta de responsabilidad en caso omite información relevante que era imposible detectar durante el procedimiento de selección.

- En segundo lugar, ante los hechos descritos del presente caso, no sería posible aprobar un adicional de obra, pues no se cumplen con los requisitos establecidos para dicho fin; por lo que, la salida legal más práctica que tiene Provias Nacional es la resolución contractual. No olvidemos que ello no es óbice para que al Consorcio no se le reconozca el pago por la elaboración del Expediente Técnico.

Al respecto, la opinión OSCE N° 136-2018/DTN nos indica: De acuerdo con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1017, **en un contrato bajo la modalidad concurso oferta en ciertas ocasiones** ocurrían supuestos de incumplimiento de las prestaciones previstas en el Contrato, siendo una razón de ello la imposibilidad de ejecutarlas; por lo que, **existía la posibilidad de resolver el contrato en caso solo se hubiera cumplido con ejecutar la prestación relativa a la elaboración del Expediente Técnico.** (2018, 4). (El resaltado es agregado).

Con esta salida, la Entidad podría tomar la decisión de únicamente aprobar el Expediente Técnico con la finalidad de retribuir al Consorcio por el servicio brindado, pero inmediatamente después, resolver el Contrato ya que la única forma de continuar con la etapa de ejecución contractual es aprobando un adicional de obra el cual resultaría inviable debido a que este excedería los porcentajes previstos en la norma.

- En tercer lugar, el hecho de que se le pague al Contratista por haber cumplido con la Elaboración del Expediente Técnico Definitivo no otorga un derecho que le permita al Consorcio exigir adicionales de obra ya que la aprobación de estos resulta ser potestad discrecional de la Entidad.

Con relación a ello, en el Voto en discordia del Exp. 1908-308-18 se indica que no se debe olvidar que la Elaboración del Expediente Técnico y la Ejecución de la obra son prestaciones independientes y cada una de ellas debería ser tratada de forma independiente; por lo que, el pago del primer servicio no habilitaría reclamos a un pago adicional posterior al pactado en el contrato". (Voto en discordia Exp., 2020, 8).

Estas tres razones nos hacen concluir que la vía más práctica para Provias Nacional fue la resolución contractual. A pesar de que, Provias Nacional cometió una falencia desde el procedimiento de selección, con la resolución del Contrato se abre la posibilidad de cumplir con la contraprestación del pago a favor del Consorcio por el servicio brindado, para luego convocar a una nueva licitación, pero esta vez contando con un Expediente Técnico acorde a la realidad de la locación de la obra.

Ahora bien, consideramos que en caso la Entidad termine obligando al Contratista a asumir la totalidad del exceso del presupuesto de ejecución de obra, entonces sí se afectaría el equilibrio económico financiero del Contrato ya que Provias Nacional estaría pagando una suma inferior a lo que le costaría al Consorcio culminar con la totalidad de la obra. Esto rompería la equivalencia entre las prestaciones de las partes.

Al respecto, cabe precisar que, si bien el principio del equilibrio económico financiero del contrato es una figura recién prevista en la Ley N° 30225, vale recordar que se fundamenta en el principio de Equidad el cual sí estaba previsto en el Decreto Supremo N° 184-2008-EF aplicable al caso materia del presente informe. Entonces, el análisis que se realizará en esta última sección será evaluando lo señalado en la doctrina.

Sobre la figura del equilibrio económico financiero del Contrato, De Laubadere & Gaudemet nos indica que consiste en lo siguiente:

“Desde el inicio hasta el fin de la relación contractual, deben permanecer equivalentes aquellos acuerdos pactados entre las partes que surgieron como producto de las condiciones durante el procedimiento de selección o la celebración del contrato. En caso se resquebraje dicha equivalencia, el afectado puede solicitar alguna compensación monetaria a fin de restablecer dicho quiebre”. (2001, 706).

En relación con lo anterior, Ramón Huapaya, nos precisa lo siguiente: “Se parte de la premisa en que una vez que los contratos públicos quedan perfeccionados existe una adecuada equivalencia económica entre las prestaciones que el contratante particular se ha comprometido en satisfacer y por el precio o retribución que el Estado, actuando mediante Concedente o Contratante, se compromete a realizar”. (2013, 46)

De esta forma, una vez suscritos los contratos, se configura una relación de correspondencia entre las obligaciones a las que el privado y el sector estatal se han comprometido; esto es, que se retribuya una remuneración por parte de la Entidad debido al cumplimiento de las prestaciones que el privado asumió.

Asimismo, Luis Villavicencio Benites nos ilustra sobre el principio de equilibrio económico financiero del Contrato indicándonos lo siguiente:

“Este principio procura la estabilidad de la simetría entre de las partes durante un contrato administrativo. Evita desajustes que afecten los intereses de las partes debido a alteraciones no previstas en la relación jurídica primigenia. Se trata así de una sinergia entre derechos y deberes: Por un lado, la Administración Pública quien tiene el deber de no afectar la armonía entre las obligaciones señaladas en el contrato. Por otro lado, el Contratista quien tiene derecho de no perjudicarse cuando el Estado ejecute sus potestades exorbitantes características de un contrato administrativo”. (2019, 176).

A estas definiciones, se puede añadir lo interpretado en los siguientes laudos arbitrales peruanos:

- En el Expediente entre SAGEN PERU WORK vs ESSALUD, se ha indicado que las condiciones que motivaron los acuerdos a los que llegan las partes deben mantenerse durante la ejecución contractual hasta la conclusión del Contrato. **En caso dichas condiciones se alteren y ello produzca un quiebre del equilibrio económico financiero del contrato, entonces se debe restablecer este equilibrio para mantener la simetría inicial.** (Tribunal Arbitral de Arbitraje, 2015, 25).

- En el Expediente entre el Consorcio Grau vs Provias Nacional, el Colegiado interpreta que los acontecimientos que provoquen una necesidad de restaurar el equilibrio económico del contrato deben ser ajenos a las partes o **no deben tener como origen la propia conducta del solicitante de la restauración**” (Tribunal de arbitraje, 2018, 37).
- En el Expediente entre Consorcio Equipador Ves vs Ministerio de Salud, **el Colegiado enumera cuatro condiciones de las alteraciones que afectan el equilibrio económico financiero del Contrato:** i) La alteración no debe ser imputable al reclamante del restablecimiento. ii) Debe ocurrir luego de la presentación de la propuesta o celebración del contrato, iii) Debe superar el álea normal y iv) teniendo en cuenta la variación en las condiciones contractuales se debe afectar gravemente la economía del contrato y el perjudicado debe probar tal situación”. (Tribunal Arbitral de arbitraje, 2018, 10).

Esta resulta ser una lista de condiciones que en la doctrina fue propuesta por Libardo Rodríguez, quien la utilizó para explicar que no todas las alteraciones contractuales implican un quiebre del equilibrio económico financiero del contrato y solo aquellas que sigan dichas condiciones. (2011, 60).

- En el Expediente entre Consorcio COSAPI-TRANSLEI vs PROVIAS DEPARTAMENTAL, el Árbitro Único detalló que en la legislación comparada es casi uniforme que la forma de solucionar el desequilibrio económico del Contrato sea de las siguientes formas: i) Que se reajusten precios, por razones de equidad, en casos de inflación o devaluación a fin de compensar el decremento económico. ii) **Que se reconozca el pago de los trabajos no contemplados inicialmente que surgen por adicionales de obra o ampliaciones de plazo.** iii) Que se reconozca los gastos producidos por la suspensión de la ejecución de obra. (Tribunal Arbitral Unipersonal de Arbitraje, 2005, 29).

Conforme se puede apreciar de los mencionados Laudos, en primer lugar, se debe detectar aquella alteración que no había sido prevista en un inicio de la relación contractual y que implica una variación en las condiciones originales de esta. En el caso materia de informe, la alteración afecta el presupuesto de ejecución de obra. Claramente, la variación es ocasionada por la elaboración de cimentación profunda por pilotes en los puentes, la cual sería una prestación adicional no prevista en el Contrato primigenio.

Ahora bien, consideramos que no se podría exigir al Consorcio la elaboración de la cimentación profunda por pilotes porque como ya se ha fundamentado anteriormente, esta no formaba parte de los documentos del procedimiento de selección y por tanto no resultaba una obligación exigible para el Consorcio. Asimismo, se ha demostrado que la omisión de la Entidad provino de una etapa previa a la suscripción del contrato. Es más, incluso fue durante el procedimiento de selección.

En relación con lo anterior, cabe indicar que no es un hecho controvertido en el presente caso que el presupuesto de ejecución de obra incrementó en 58.17%, sino el pago por

la elaboración del Expediente Técnico. Sin perjuicio de lo anterior, si el Consorcio asume dicho exceso íntegramente, entonces se afectaría de forma drástica su patrimonio, ya que asumiría un riesgo que no fue previsto inicialmente en el Contrato.

Aunado a ello, como bien lo hemos establecido, el Consorcio sí advirtió a la Entidad sobre la necesidad de la cimentación profunda por pilotes en los siete (7) puentes toda vez que el suelo no iba a resistir la carga de las estructuras. Prueba de ello fue la presentación del Expediente Técnico que fue elaborado luego de realizarse los estudios del terreno, los cuales arrojaron la insoslayable necesidad de dicha alternativa que no fue contemplada por Provias Nacional cuando elaboró el Perfil del Proyecto de Inversión desde un inicio.

Por tanto, si eventualmente Provias Nacional pretendiese que el Consorcio asuma la totalidad del nuevo monto del presupuesto de ejecución de obra, entonces sí estaría afectando el equilibrio económico financiero del Contrato. A fin de evitar ello, insistimos en que era necesario que la Entidad busque alternativas para la continuación del Contrato o en todo caso opte por la resolución del Contrato, no sin antes aprobar y reconocer el pago por la elaboración del Expediente Técnico.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

- ❖ Provias Nacional forma parte de la Administración Pública peruana pues es uno de los tantos entes que ejercen función administrativa y prioriza la satisfacción del interés público. Su finalidad es la concreción de proyectos a nivel nacional. Por ello, es menester de la Entidad justificar adecuadamente sus decisiones durante la etapa de ejecución contractual; sobre todo si sus decisiones pueden provocar efectos en los ciudadanos.
- ❖ En el presente caso materia de análisis, tanto Provias Nacional como el Tribunal Arbitral no justificaron adecuadamente la negativa a la aprobación del Expediente Técnico debido a que se tomó una postura únicamente económico-presupuestal de acuerdo con el tipo de Contrato que se había suscrito entre las partes (Un Contrato a Suma Alzada y Concurso Oferta). En ese sentido, se negó la aprobación del Expediente Técnico solo porque el presupuesto de ejecución de obra no coincidía con el precio ofertado inicial, sin tomar en consideración la necesidad de las razones técnicas explicadas por el Consorcio cuando entregó dicho Expediente.
- ❖ **La principal razón técnica que ameritaba un análisis sobre el cambio en el presupuesto de ejecución de obra era la necesidad de cimentación profunda por pilotes.** Una pieza fundamental en la estructura que brindaba la estabilidad de la obra, evitando que esta colapse.
- ❖ La naturaleza de un Contrato bajo la modalidad Suma Alzada y Concurso Oferta, implica que el Consorcio se comprometa a lo siguiente:
 - ✓ El Contratista se compromete a dos prestaciones: i) la elaboración de un Expediente Técnico y ii) la ejecución de la obra.
 - ✓ El Contratista se compromete a realizar las prestaciones anteriormente

mencionadas por un plazo y montos fijos, generalmente invariables.

- ❖ En una situación ideal del Contrato, donde las condiciones iniciales de éste se mantengan, el pago que recibiría el Consorcio sería igual al monto ofertado durante la licitación, pero en caso estas reglas varíen y modifiquen las prestaciones a las que se comprometieron las partes, entonces se tendrá que evaluar una modificación del precio que inicialmente se ofertó. Sobre todo, cuando el precio inicialmente ofertado obedecía a la información brindada por la Entidad durante el procedimiento de selección. Cabe recordar que, fue en este momento en el que se omitió precisar la necesidad de implementación de pilotes.
- ❖ Si bien la normativa indica que no se podría variar el precio inicialmente ofertado, **consideramos que Provias Nacional se negó a aprobar el Expediente Técnico sin tomar en cuenta que luego de aprobarlo podía evaluar alternativas para continuar con la preservación del contrato.** Lo cual implicaría una aceptación de un presupuesto de ejecución de obra diferente al previsto.
- ❖ Las dos opciones que tenía la Entidad ante esta situación eran las siguientes: 1) No procurar con la continuidad del contrato optándose por el remedio de la resolución contractual o 2) procurar la prosecución del Contrato, aprobando primero el Expediente Técnico para luego evaluar un eventual adicional de obra en el futuro.
- ❖ Provias Nacional debía procurar o al menos intentar la continuación del Contrato debido a que fue la Entidad la que originó la necesidad de incorporar la cimentación por pilotes como consecuencia de la omisión de información en los documentos del procedimiento de selección y sobre todo porque **existía un interés general pendiente de atención.**
- ❖ El Tribunal Arbitral no motivó adecuadamente su decisión para determinar que el Consorcio no cumplió con su obligación de elaborar el Expediente Técnico conforme a lo requerido en los Términos de Referencia del Contrato, debido a que no se tomó en cuenta ni se hizo un análisis sobre la alternativa de los pilotes, siendo que, incluso, **el propio Tribunal Arbitral afirmó que no se habría brindado justificación por parte del Contratista para modificar el presupuesto de ejecución de obra; cuando los pilotes son precisamente esta razón,** la cual, aparentemente, fue ignorada por dicho colegiado.
- ❖ Asimismo, **consideramos que el Tribunal Arbitral debió actuar una pericia de oficio debido al carácter técnico de la materia controvertida del presente arbitraje.** Una muestra de la necesidad de este tipo de prueba fue lo ocurrido en el Expediente N° 1651-51-18 (entre las mismas partes y por el mismo contrato) en donde se determinó incluso que los pilotes no formaban parte de las obligaciones a las que se había comprometido el Consorcio. **Una pericia le hubiera dado una óptica más integral al Tribunal Arbitral ya que se hubiera contado con la opinión de un especialista sobre la necesidad de los pilotes.**
- ❖ Los cambios en las condiciones iniciales del Contrato ameritan una flexibilización de la imposición de las Bases ya que no cuentan con información acorde a la realidad.

Ello en virtud del principio de buena fe contractual, seguridad jurídica y la no vulneración del principio del equilibrio económico financiero del Contrato.

- ❖ Si bien la etapa ideal para realizar cambios a las Bases era justamente durante las consultas u observaciones, se debe precisar que la información brindada por la Entidad en esa oportunidad no permitía al postor establecer que era indispensable la incorporación de los pilotes. Ello debido a que, se requieren estudios de suelo en el lugar de la obra para obtener total certeza sobre la necesidad de la implementación de los pilotes.
- ❖ De acuerdo con el tipo de Contrato suscrito entre las partes y de acuerdo con las condiciones señaladas, la única forma en la que se podría aprobar un adicional de obra, **sería que existan deficiencias en el Expediente Técnico o por situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato**, las cuales, lamentablemente, no se vislumbran en el presente caso. Sin perjuicio de ello, siempre quedará la posibilidad de que las partes empleen la opción del trato directo la cual de por sí requiere del esfuerzo y voluntad de ambas partes, pero, sobre todo, de la Entidad, en la medida que esta es quien está llamada a tutelar el interés general que se resguarda en la celebración de contratos administrativos.
- ❖ La alternativa de la Entidad más acorde al principio de legalidad es la resolución del contrato, sin que ello impida la aprobación del Expediente Técnico de manera previa. De esta manera, se abre la posibilidad de cumplir con la contraprestación del pago a favor del Consorcio por el servicio brindado, para luego convocar a una nueva licitación, pero esta vez contando con un Expediente Técnico acorde a la realidad de la locación de la obra.
- ❖ Finalmente, consideramos que en caso la Entidad termine obligando al Contratista a asumir la totalidad del exceso del presupuesto de ejecución de obra, entonces sí se afectaría el equilibrio económico financiero del Contrato ya que Provias Nacional estaría pagando una suma inferior a lo que le costaría al Consorcio culminar con la totalidad de la obra. Esto rompería la equivalencia entre las prestaciones de las partes.

Normativa aplicable:

1. Decreto Legislativo 1071. Ley de arbitraje, https://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf
2. Ley de Contrataciones con el Estado 1017, modificada por ley N° 29873 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF y Decreto Supremo N° 080-2014-EF.
3. Reglamento de Arbitraje PUCP 2012 https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2019/04/22214350/arb_norm_04_reg-arb.pdf
4. Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley

del Procedimiento Administrativo General. (2019)
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1226958>

PRONUNCIAMIENTOS OSCE:

1. OSCE OPINIÓN N° 008-2012/DTN (2012) Consultado el 12 de mayo de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/738266-opinion-n-008-2012-dtn>
2. OSCE OPINIÓN N° 100-2012/DTN (2012) Consultado el 25 de abril de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/738358-opinion-n-100-2012-dtn>
3. OSCE OPINIÓN N° 107-2012/DTN (2012) Consultado el 15 de mayo de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/738365-opinion-n-107-2012-dtn>
4. OSCE OPINIÓN N° 151-2015/DTN (2015) Consultado el 26 de abril de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737980-opinion-n-151-2015-dtn>
5. OSCE OPINIÓN N° 211-2017/DTN (2017) Consultado el 04 de julio de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737558-opinion-n-211-2017-dtn>
6. OSCE OPINIÓN N° 049-2018/DTN (2018) Consultado el 28 de abril de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737182-opinion-n-049-2018-dtn>
7. OSCE OPINIÓN N° 087-2018/DTN (2018) Consultado el 04 de julio de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737220-opinion-n-087-2018-dtn>
8. OSCE OPINIÓN N° 130-2018/DTN (2018) Consultado el 20 de mayo de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737263-opinion-n-130-2018-dtn>
9. OSCE OPINIÓN N° 136-2018/DTN (2018) Consultado el 05 de julio de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737269-opinion-n-136-2018-dtn>
10. OSCE OPINIÓN N° 065-2019/DTN (2019) Consultado el 20 de mayo de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/290901-opinion-n-065-2019-dtn>
11. OSCE OPINIÓN N° 001-2020/DTN (2020) Consultado el 17 de mayo de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/426461-opinion-n-001-2020-dtn>

12. OSCE OPINIÓN N° 081-2022/DTN (2022) Consultado el 24 de mayo de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/3620707-opinion-n-081-2022-dtn>
13. OSCE OPINIÓN N° 008-2023/DTN (2023) Consultado el 19 de mayo de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/3836951-opinion-n-008-2023-dtn>

BIBLIOGRAFÍA:

1. Balbín, C. (2023) Bases constitucionales del derecho administrativo y organización administrativa. PUCP. Módulo 1. Consultado el 20 de marzo de 2023.
<https://drive.google.com/drive/folders/10dDMxMN1OijRq6VqgSgYQ6w-3jJDldgT?usp=sharing>
2. Castro Guillén, M (2022) *Solución de Controversias en materia de contratación Pública: ¿Sigue siendo el arbitraje la vía idónea?* Pág. 20. Consultado el 20 de abril de 2023. <https://castillofreyre.com/libros/volumen-103-solucion-de-controversias-en-materia-de-contratacion-publica-sigue-siendo-el-arbitraje-la-via-idonea/>
3. Davidian, Z. (1977) Pilotes y cimentaciones sobre pilotes: Exposición de distintos tipos de pilotes capacidad portante y estabilidad de los pilotes datos numéricos ejemplos de aplicaciones prácticas. Barcelona: Editores Técnicos Asociados. Segunda edición. Pág. 2
4. De Laubadere, André & Gaudemet Yves. (2001) *Traité de droit administratif*. Tomo I, Décimo sexta edición. Paris : LGDJ, p. 706
5. Dunham, C. (1968) "Cimentaciones de estructuras" New York: McGraw-Hill. Segunda edición. Pág. 17.
6. Estudio de perfil del proyecto reemplazo de 19 puentes en el corredor vial nacional ruta PE 3S: KM-KM. Consultado el 11 de mayo de 2023.
<https://docplayer.es/90005128-Estudio-de-perfil-del-proyecto-reemplazo-de-19-puentes-en-el-corredor-vial-nacional-ruta-pe-3s-km-km.html>
7. Farrés Cavagnaro, J. (1982) *Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma. Pág. 121
8. Figueroa Valdés, J. (s/f) La facultad del tribunal arbitral de actuar de oficio en la producción de la prueba arbitral. 43-52. Consultado el 24 de mayo de 2023.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/16685/17016/>
9. Franco Arias, B. (2015). El Carácter Vinculante de las Opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. *Derecho & Sociedad*, (44), 391-402.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/14420>

10. Guzmán Napurí, C. (2013) Manual del procedimiento administrativo general. Capítulo VIII: Colaboración entre entidades. 349. Consultado el 10 de junio de 2023.
11. Huapaya Tapia, R. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú). *IUS ET VERITAS*, 23(46), 323.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11973>
12. Laudo arbitral en mayoría y disidente. EXP. N° 1908-308-18 (2020) CONSORCIO PUENTES DEL NORTE Vs. PROVÍAS NACIONAL. Consultado el 12 de abril de 2023. <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2020/096-2020.pdf>
13. Laudo arbitral. EXP. N° 1651-51-18. (2021) CONSORCIO PUENTES DEL NORTE Vs. PROVÍAS NACIONAL. Consultado el 11 de mayo de 2023.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2353990/A-000040-2018-PVN%20Laudo%20Consortio%20Puentes%20del%20Norte%20con%20PVN%20%28Tercer%20Trimestre%2012.08.21%29.pdf>
14. Laudo arbitral. EXP. 1189-2017. (2018) CONSORCIO EQUIPADOR VES vs MINSA. Consultado el 04 de junio de 2023.
<https://www.minsa.gob.pe/Recursos/OTRANS/03AdquisicionBS/Archivos/laudos/2019/03 LEGAJO 2179-2016.pdf>
15. Laudo arbitral. EXP. I 533-2014 (2015) SAGEN PERU WORK SAC vs ESSALUD. Consultado el día 05 de junio de 2023.
<http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2015/111.pdf>
16. Laudo arbitral. EXP. S/N (2005) CONSORCIO COSAPI-TRANSLEI vs PROVIAS DEPARTAMENTAL. Consultado el día 06 de junio de 2023.
<http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2005/077/N%C2%B0%2077.pdf>
17. Laudo arbitral. EXP. 0014-2017-CCL (2018) CONSORCIO GRAU vs PROVIAS NACIONAL. Consultado el día 05 de junio de 2023.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2966085/A-0010-2017%20Laudo%20Consortio%20Grau%20con%20PVN%20%28Cuarto%20Trimestre%2005.11.2018%29.pdf?v=1649462521>
18. Lifante Vidal, I. (2013) Seguridad jurídica y previsibilidad. Consultado el 24 de junio de 2023. Pág. 86-105. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32119.pdf>
19. Linares, M. (2019) El Acto Administrativo Contractual. Consultado el 13 de mayo de 2023. <https://prometheo.pe/el-acto-administrativo-contractual/>
20. Mehdi Hadi, M. (2004) Criterios constructivos de cimentaciones. El ingeniero civil -- No. 132. Pág. 11

21. Martín Tirado, R. (2011) "El Concepto de Entidad Pública en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su Incidencia en el Régimen de Organización de la Administración Pública. *Derecho & Sociedad*; Núm. 36; P.p. 104". Consultado el 27 de abril de 2023.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13218/13829>
22. Morón Urbina, J. & Aguilera, Z. (2017) Aspectos jurídicos de la contratación estatal. Colección lo esencial del derecho 9. (63-65)
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170356/Aspectos%20juridicos%20de%20la%20contratacion.pdf>
23. Muñoz Machado, S. (2018) Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo XIII Contratos del sector público. Segunda edición. Boletín oficial del Estado. Pág. 14. Consultado el 21 de mayo de 2023.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-76
24. OECD (2017), *La Contratación Pública en el Perú: Reforzando Capacidad y Coordinación*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, Paris, Pág. 23. <https://doi.org/10.1787/9789264281356-es>.
25. Podetti, H. (2004) "Contrato de Construcción". Buenos Aires: Editorial Astrea.
26. Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (s/f) Información institucional ¿Qué hacemos? Consultado el 05 de mayo de 2023.
<https://www.gob.pe/institucion/pvn/institucional>
27. Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Derecho PUCP*, (66), 55-87. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201101.002>
28. Rodríguez Villegas, M y Torpoco Huayllani, F (2015) Manual de construcción e instalación de pilotes según la práctica de empresas especializadas en el Perú. Consultado el 11 de mayo de 2023.
<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6627>
29. Retamozo, A. (2014) Manual de Preguntas y Respuestas de la Ley de Contrataciones del Estado. Lima: Gaceta Jurídica.
30. Rojas, P. (2015). Administración Pública los Principios del Derecho Administrativo en Perú. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 13, 193-210.
31. Salazar Chávez, R. (s/f) El concepto de Administración Pública en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y algunos conceptos vinculados, necesarios para su comprensión. Pág. 38.
32. Sanz Rubiales, I. "Eficacia en la contratación administrativa". En: Cuarto Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Lima. 2009. Pág. 707- 720. Consultado el 21 de mayo de 2023.

<https://app.vlex.com/#!/search/jurisdiction:PE/Eficacia+en+la+contrataci%C3%B3n+administrativa/vid/eficacia-contratacion-administrativa-337623022>

33. Sologuren Calmet, H. (2016). La desnaturalización de los contratos a suma alzada en la ley de contrataciones del estado en el caso de obras. *Ius Et Tribunalis*, 1(1). <https://doi.org/10.18259/iet.2016016>
34. Soria, A. & Yamada, L. (2021) El abuso del derecho y la buena fe como límites del derecho de las partes en la contratación estatal. *Contrataciones con el Estado: perspectivas desde la práctica del derecho*. (89-99) Consultado el 17 de junio de 2023. <http://dx.doi.org/10.21678/978-9972-57-479-5>
35. Taboada Mier, J. C., & Mayor Mayor, R. (2018). La prueba de oficio en el arbitraje. *Derecho & Sociedad*, (50), 249-257. Consultado el 24 de mayo de 2023 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20391>
36. Tribunal Constitucional (Sentencia del TC, EXP N° 00728-2008-PHC/TC) Consultado el 09 de junio de 2023. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>
37. Tribunal Constitucional (Sentencia del TC, EXP N° 06256-2013-PA/TC) Consultado el 09 de junio de 2023. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/06256-2013-AA.pdf>
38. Tribunal Constitucional (Sentencia del TC, EXP N° 0016-2002-AI/TC) Consultado el 24 de junio de 2023. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>
39. Villavicencio Benites, L. F. (2019). El equilibrio económico financiero del contrato y las prestaciones adicionales en las contrataciones del Estado: A propósito de las materias no sujetas a los mecanismos de solución de controversias. *Círculo de Derecho Administrativo*, (18), 176. Consultado el 06 de junio de 2023 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22861>
40. Yepes Piqueras, V (2019) *Concepto y Clasificación de las cimentaciones*. Universidad Politécnica de Valencia. Consultado el 28 de abril de 2023. <https://victoryepes.blogs.upv.es/2019/01/09/concepto-y-clasificacion-de-las-cimentaciones/>

Exp. N° 1908-308-18 - PUCP

**CONSORCIO PUENTES DEL NORTE vs. PROYECTO ESPECIAL DE
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL - PROVÍAS NACIONAL**

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: **Consortio Puentes del Norte** (en adelante,
CONSORCIO, Contratista, Demandante)

DEMANDADO: **Proyecto Especial de Infraestructura de
Transporte Nacional - Provías Nacional** (en
adelante, PROVÍAS, Entidad, Demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL: **César Augusto Guzmán-Barrón Sobrevilla**
Presidente
Francisco José Arturo Barrón Veliz
Árbitro
Pierina Mariela Guerinoni Romero
Árbitra

SECRETARIA ARBITRAL: **Alex Sandro Salinas Villaorduña**
Secretario Arbitral del Centro de Análisis y
Resolución de Conflictos de PUCP

Decisión N° 11

En Lima, a los quince días del mes de julio del año 2020, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. ANTECEDENTES

1. El día 9 de febrero de 2017 el CONSORCIO y PROVÍAS NACIONAL suscribieron el Contrato N° 012-2017-MTC/20 (en adelante, el

CONTRATO) con la finalidad de que se ejecute la obra "Construcción de Puentes por reemplazo en Puno", por un monto de S/ 39'717,551.60 (treinta y nueve millones setecientos diecisiete mil quinientos cincuenta y uno y 60/100 soles).

2. En el presente proceso arbitral el demandante es el CONSORCIO y el demandado es PROVÍAS NACIONAL.

II. EL CONVENIO ARBITRAL

3. De conformidad con la Cláusula Vigésimo Quinta del CONTRATO, sobre Solución de Controversias, las partes establecieron lo siguiente:

"25.1 Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del presente Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785, y sus modificaciones como en la Ley 29622 publicada el 07.12.2010, así como las demás que por su naturaleza sean excluidas por Ley.

(...)

25.6 Las partes acuerdan que el proceso arbitral será de tipo institucional, el mismo que se realizará bajo la organización, administración, Reglamento y normas complementarias del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de Pontificia Universidad Católica del Perú, sin perjuicio de lo establecido en este Convenio Arbitral. Por normas complementarias se entiende, enunciativamente, a los Estatutos, Códigos de Ética, Reglamento de Aranceles y Pagos y demás aplicables por el Centro Institucional para el desarrollo del proceso arbitral.

(...)".

III. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

4. El día 2 de octubre de 2018, el CONSORCIO solicitó al Centro de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP (en adelante, el CENTRO) el inicio del proceso arbitral para solucionar la controversia sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales,

designando como árbitro de parte al abogado Francisco Barrón Velis.

5. El día 5 de noviembre de 2018, PROVÍAS NACIONAL absolvió la solicitud de arbitraje, designando como árbitra de parte a la abogada Pierina Mariela Guerinoni Romero.
6. Mediante Comunicación N° 3, de fecha 10 de diciembre de 2018, se comunicó a las partes las aceptaciones a las designaciones como árbitros en el presente arbitraje.
7. Ambos árbitros nombraron al abogado César Augusto Guzmán Barrón como Presidente del Tribunal Arbitral, cargo que fue aceptado mediante carta de fecha 18 de enero de 2019.

IV. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

DEMANDA ARBITRAL Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

8. Con fecha 5 de abril de 2019, el CONSORCIO presentó su escrito de demanda arbitral.
9. Con fecha 20 de mayo de 2019, PROVÍAS NACIONAL presentó su escrito de contestación de demanda arbitral.

DE LAS DECISIONES

10. Mediante Decisión N° 4, de fecha 4 de junio de 2019, el Tribunal Arbitral fijó los puntos controvertidos y admitió los medios probatorios ofrecidos por las partes.

Los puntos controvertidos fueron los siguientes:

SOBRE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS

- **Primera Cuestión Controvertida referida a la primera pretensión principal:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el CONSORCIO cumplió con su obligación de elaborar el Expediente Técnico conforme a lo requerido en los Términos de Referencia del Contrato.

- **Segunda Cuestión Controvertida referida a la segunda pretensión principal:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al PROVÍAS NACIONAL pagar al CONSORCIO la suma de S/ 3'540,000.00 (tres millones quinientos cuarenta mil con 00/100 soles), incluido IGV e intereses por concepto de contraprestación por la elaboración del Expediente Técnico.
 - **Tercera Cuestión Controvertida referida a la pretensión sobre costos y costas:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no condenar a PROVÍAS NACIONAL a asumir íntegramente los costos y costas derivados del presente proceso arbitral.
11. Con fecha 17 de julio de 2019 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones.
 12. Con fecha 28 de octubre de 2019 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales.
 13. Mediante Decisión N° 9, de fecha 3 de febrero de 2020, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles, prorrogables por diez (10) días hábiles adicionales.

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

14. En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el Tribunal Arbitral en el presente arbitraje, corresponde señalar que:

Del marco legal

- (i) De acuerdo con el convenio arbitral las partes establecieron que el arbitraje será de derecho y que se resolverá de acuerdo a las reglas pactadas en el Convenio Arbitral y por el Reglamento de Arbitraje del CENTRO.

De la competencia de los miembros del Tribunal

- (ii) La designación de los árbitros se efectuó de acuerdo a las reglas establecidas en el Convenio Arbitral y en el Reglamento del

CENTRO. Ambas partes aceptaron la designación de los árbitros. Ni el CONSORCIO ni PROVÍAS NACIONAL recusaron a los miembros del Tribunal Arbitral, ni impugnaron o reclamaron contra las disposiciones del procedimiento.

Del ejercicio legítimo de defensa de las partes

- (iii) El CONSORCIO presentó su demanda y PROVÍAS NACIONAL fue debidamente emplazado con la misma.
- (iv) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, respetando en todo momento el Tribunal Arbitral el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.

Del laudo

- (v) El laudo firmado por el Tribunal Arbitral será depositado en el Centro para su notificación a las partes conforme el artículo 57° del Reglamento del CENTRO. Cualquier voto particular de los árbitros podrá también ser notificado dentro de este plazo.
 - (vi) El Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.
15. Asimismo, el Tribunal Arbitral considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo a lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.
16. De igual forma, el Tribunal Arbitral deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado. De ser el caso, si decide pronunciarse sobre alguno de ellos, y de ello resulta que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, omitirá pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.
17. Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio,

análisis y consideración del presente arbitraje ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia expresa a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

VI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

18. En el presente Laudo arbitral, las decisiones arbitrales se adoptan, bajo el siguiente esquema:
- A. Cumplimiento de obligaciones
 - B. Orden de pago
 - C. Costos arbitrales
19. A continuación, el Tribunal Arbitral procede a desarrollar la motivación de cada punto, a saber:

A. Determinar si corresponde o no declarar si Consorcio cumplió con su obligación de elaborar el Expediente Técnico conforme a lo requerido en los Términos de Referencia

POSICIÓN DEL CONSORCIO

20. PROVÍAS convocó a Licitación Pública N° 0014-2005-MTC/20 para la selección del Contratista que elabore los expedientes técnicos y ejecución de obras de puentes por reemplazo en el departamento de Puno conforme a los alcances técnicos definidos por PROVÍAS en los Términos de Referencia.
21. Seguido el proceso de selección, PROVÍAS otorgó la Buena Pro al Consorcio el día 12 de enero de 2017, por el monto de su oferta económica. Dicho monto asciende a la suma de S/163'182,141.08, desglosado en cuatro (04) paquetes de obra conforme se establece en el numeral 5 de los Términos de Referencia. Para la formalización del acuerdo contractual, el numeral 20.3 de los Términos de Referencia estableció que PROVIAS y el Consorcio debían suscribir cuatro (4) contratos, uno por cada paquete de obra según el numeral 5 de ese mismo documento.

22. La controversia suscitada entre el Consorcio y PROVÍAS está referida a la OBRA 2 de la licitación que contempla la ejecución de los puentes: Cahuasiri, Ayaviri, Ccaccachupa, Ventilla, Pucramayo, Cobremayo y Colquemayo. Para la ejecución de la OBRA 2, el 9 de febrero de 2017, PROVÍAS y el Consorcio suscribieron el Contrato N° 012-2017-MTC/20 para el diseño y ejecución de los puentes mencionados anteriormente. El presupuesto acordado se divide en dos etapas. Por un lado, el presupuesto designado a la Elaboración del Expediente Técnico es de S/3'540,000.00 incluido IGV. Por otro lado, para la Ejecución de la Obra se acordó la suma de S/36'177,551.60 incluido IGV. Con respecto a los plazos de ejecución se acordó lo siguiente: la Elaboración del Expediente Técnico tenía un plazo de 270 días calendario y la Ejecución de la Obra, se le otorgó un plazo de 510 días calendario.
23. PROVÍAS aprobó todas las especialidades técnicas del Expediente Técnico, salvo la especialidad de Metrados, Costos y Presupuestos y por conexión- el Informe de Viabilidad que dependía de la aprobación del anterior. La controversia entre las partes surge cuando PROVIAS decide no aprobar "de forma injustificada" el Expediente Técnico a pesar de que el Consorcio completó su obligación de elaborarlo según los Términos de Referencia del Contrato.
24. En el proceso de elaboración del diseño de la subestructura, el Consorcio advirtió la necesidad de ejecutar pilotes para asegurar la estructura de puesto. Debido a ello, el Consorcio elaboró el Expediente Técnico considerando los costos de la solución de subestructura que debía realizarse y PROVÍAS dio la conformidad técnica a esta solución planteada por parte de Consorcio. Es decir, PROVIAS estaba de acuerdo con la construcción de los pilotes que componen la Obra 2. No obstante, esta decidió no aprobar el Expediente Técnico.
25. En cumplimiento de sus obligaciones y de acuerdo con el Cronograma para la elaboración de los Expedientes Técnicos, mediante Carta N° 00176-2018-LIC/PUNO, del 04 de junio del 2018, el Consorcio presentó el Expediente Técnico Definitivo de la Obra 2, que incluyó el desarrollo de las especialidades técnicas requeridas según los Términos de Referencia. En respuesta, mediante Oficio N° 700-2018-

MTC/20.11 del 14 de junio de 2018, PROVIAS comunicó una serie de observaciones a distintas especialidades del Expediente Técnico. Después de esto, mediante Carta N°00181-2018-LIC/PUNO, del 29 de junio de 2018, el Consorcio presentó el levantamiento a las observaciones realizadas por PROVIAS. No obstante, mediante Oficio N° 776-2018-mtc/20.11 del 5 de julio de 2018, la Entidad remitió la evaluación del Expediente Técnico presentado, el cual mantuvo observaciones únicamente en las especialidades de Metrados, Costos y Presupuestos y el Informe de Verificación de Viabilidad, la cual se basaba exclusivamente en que el presupuesto de la obra excede la suma ofertada.

26. Hasta el momento, PROVIAS ya había dado conformidad al diseño de los siete puentes de la Obra 2; sin embargo, persistía en que no podría levantar la observación en la especialidad de presupuesto. Es decir, PROVIAS dio su conformidad a las cantidades y precios unitarios del Contrato, pero objetó el costo final del Expediente Técnico sin hacer una observación respecto de alguna deficiencia u omisión del Contratista.
27. El Consorcio ha cumplido con la elaboración de la sección de Metrados, Costos y Presupuestos a cabalidad de acuerdo al Contrato y los Términos de Referencia. La discrepancia de PROVIAS respecto de esta especialidad, no es de una observación. Por ende, no existe obligación pendiente de cumplimiento por parte del Consorcio respecto del diseño.
28. El Contrato fue suscrito bajo la modalidad de suma alzada, por lo que los precios unitarios no se refieren al método de pago previsto en la normativa de Contrataciones del Estado para contratos de obra pública, sino al valor económico que el contratista le otorga a una unidad de concepto determinado.
29. Es importante señalar que existe una discrepancia respecto de quién deberá asumir el sobrecosto del Expediente Técnico elaborado frente al monto contractual ofertado; sin embargo, ello no es materia de la presente controversia, pues el Consorcio se limita a que el Tribunal declare que este ha cumplido con la obligación de diseño del Expediente Técnico. De este modo, no es lógico pretender que el

diseño de la obra contenga una determinada cantidad de metrados según las partidas necesarias para la ejecución de la obra y que el presupuesto final del diseño no corresponda con el resultado de la suma total de los precios por partida, como pretende la Entidad.

30. El Consorcio absolvió las observaciones realizadas por PROVÍAS. De esta manera, se aprecia que las únicas especialidades con observaciones vigentes a la segunda presentación del Expediente Técnico son las que se encuentran relacionadas al costo de ejecución de obra. Por tanto, no es controvertido que el diseño de los puentes se encuentra aprobado y la observación vigente radica en el costo de la obra.
31. El Consorcio elaboró la especialidad de Metrados, Costos y Presupuestos conforme a los Términos de Referencia. La Entidad dio su conformidad a dicha especialidad. El Contratista realizó su trabajo bajo los puntos establecidos en el numeral 7.1.3.5 de los Términos de Referencia y el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Dicho esto, cumplió con los Términos de Referencia, el Contrato y la Ley de Contrataciones de Estado en formular el presupuesto de obra de acuerdo con las necesidades del Proyecto.
32. El Tribunal deberá comprobar que PROVÍAS no basa su observación en el proceso de cálculo de presupuesto final de obra, tampoco respecto de las cantidades de obra y sus precios unitarios. En otras palabras, no se sostiene en una deficiencia u omisión observada en el Expediente Técnico.
33. PROVÍAS solo menciona que el presupuesto final debe ceñirse al Contrato, lo cual es una discusión contractual ajena a la idoneidad del Expediente Técnico. Asimismo, no observa los precios unitarios, ni los métodos de medición de pago, ni las cantidades de obra.
34. En los oficios de revisión del Expediente Técnico, PROVÍAS planteó que al Consorcio le corresponde asumir cualquier sobrecosto, incluso el que se genere como consecuencia de la necesidad de realizar trabajos no contemplados en los alcances originales del contrato. La Entidad interpreta que la tercera cláusula del contrato establece: *“El Contratista se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias*

para la ejecución de la obra por el precio ofertado en su Propuesta Económica” y que le corresponde plantear los tratamientos y soluciones más adecuadas según corresponda sin irrogar mayores costos.

35. Dicho esto, el Consorcio señala los siguientes argumentos. En primer lugar, sí es posible modificar el precio de un contrato concurso-oferta, puesto que la cláusula tercera del Contrato no restringe la posibilidad de modificar el precio del Contrato a través de la aprobación de una prestación adicional. En segundo lugar, el Contratista sí cumplió con sus obligaciones de diseño al presentar soluciones técnicas, las cuales fueron aprobadas por la Entidad. En tercer lugar, en la etapa de diseño y en el arbitraje no es relevante la discusión de quién asume el sobrecosto correspondiente a la prestación adicional de ejecución de obra.
36. Con respecto al primer argumento de Consorcio: *“Es posible modificar el precio de un contrato concurso-oferta, puesto que cláusula tercera del Contrato no restringe la posibilidad de modificar el precio del Contrato a través de la aprobación de una prestación adicional”*, este señala que el régimen de contrataciones del Estado sí permite la modificación del precio en contratos concurso-oferta. De este modo, cita la OPINIÓN N°081-2015/DTN del OSCE, así como la OPINIÓN N° 203-17/DTN. Al respecto, menciona que el Perfil tuvo en cuenta información errónea o incompleta respecto de las características geológicas e hidráulicas del suelo y subsuelo de los Puentes Colquemayo, Cahuasiri y Ventilla, las cuales fueron comunicadas a la Entidad. De este modo, la cláusula tercera del Contrato no restringe la posibilidad de que el precio se modifique si corresponde que se planteen soluciones distintas a las planteadas en los alcances del contrato.
37. Siguiendo al segundo argumento planteado por el Consorcio: *“El Contratista sí cumplió con sus obligaciones de diseño al presentar soluciones técnicas, las cuales fueron aprobadas por la Entidad”*, la Recomendación por parte de PROVÍAS en el Oficio N°1225-2018-MTC/20.11 del 15 de octubre de 2018 que el Consorcio se ajuste a los establecido en el Contrato, es incorrecta y obstruye el desarrollo de la obra. Ello debido a que el Consorcio planteó una solución técnica necesaria que no estaba prevista en los alcances según los cuales se

suscribió el Contrato y que PROVÍAS aprobó el diseño y la solución planteada. De esta forma, el Consorcio ha demostrado que ha actuado con la diligencia debida y cumplió con sus obligaciones.

38. Por último, se menciona el tercer argumento del Consorcio: *“En la etapa de diseño y, por tanto, en el presente arbitraje no es relevante la discusión de quién asume el sobrecosto correspondiente a la prestación adicional de ejecución de obra”*. El Consorcio no solicita al Tribunal el reconocimiento o pago del costo adicional por la ejecución de la obra, ya que ambos se encuentran en la primera fase del Contrato, es decir, en la fase de la elaboración del Expediente Técnico. El Consorcio solo solicita la confirmación de que ha ejecutado las obligaciones a su cargo respecto de la elaboración del Expediente Técnico.

POSICIÓN DE PROVÍAS NACIONAL

39. Con su primera pretensión, el Consorcio pretende que se declare haber cumplido con su obligación de elaborar el Expediente Técnico conforme a los Términos de Referencia del Contrato, argumentando que la Entidad estaría de acuerdo con el diseño de los siete puentes que componen la Obra 2. Asimismo, que la controversia radica en que la Entidad ha decidido no aprobar “injustificadamente” el Expediente Técnico por el presupuesto final de este, ya que supera el monto del contrato, el cual sería ajeno al contenido de este diseño y por tanto, irrelevante para su aprobación
40. Al respecto, PROVÍAS manifiesta que, a la fecha, el Expediente Técnico presentado por el Consorcio, se encuentra observado, debido a que fue elaborado sin tener en consideración las siguientes disposiciones establecidas en los Términos de Referencia:

- **Numeral 5 Alcances:** (...) *El desarrollo de los expedientes técnicos definitivos abarca las siguientes actividades que se constituyen en obligaciones esenciales (...).*
- **Numeral 5.1.2 Alcances:** (...) *No se aceptarán estimaciones o apreciaciones del Consultor Contratista sin el debido respaldo técnico y/o económico (...).*
- **Numeral 7.1. Primera Etapa. Elaboración del Expediente Técnico Definitivo:** (...) *Los expedientes técnicos definitivos*

deberán plantear sistemas constructivos con aplicación de tecnologías modernas, sin irrogar mayores costos (...).

- **Numeral 7.1. párrafo 10:** (...) *Si el Proyectista sustenta la conveniencia técnica y funcional de una alternativa que no está incluida en el perfil del proyecto, este debe plantearla a Provías Nacional, que gestionará su inclusión como alternativa del proyecto, sin irrogar mayores costos (...).*
- **Numeral 7.1.1. párrafo 11:** (...) *De cualquier modo, las soluciones definitivas que se planteen deberán ser racionales y económicas (...).*
- **Numeral 7.1.1. párrafo 13:** (...) *El Consultor debe tener presente que la contratación de la ejecución de las obras es bajo el Sistema de Concurso Oferta (...).*
- **Numeral 7.1.3.9 párrafo a:** (...) *Los metrados, análisis de precios unitarios y especificaciones técnicas se corresponderán estrechamente y estará compatibilizados entre sí en procedimientos constructivos, métodos de medición y bases de pago (...).*

41. El 4 de junio de 2018, el Consorcio con Carta N°00176-2018-lic/PUNO, presentó a PROVÍAS el Estudio Definitivo del Contrato de Ejecución de Obra N° 012-2017-MTC/20- Obra 2, con documentación incompleta, y con un Presupuesto de Ejecución de Obra, por la suma de S/57'220.570.92 (cincuenta y siete millones doscientos veinte mil quinientos setenta con 92/100), incluido IGV, el cual es superior al monto de la Propuesta Económica del Consorcio en un 58.17%.
42. Tal como lo establece la Cláusula Tercera del Contrato, se debió haber respetado el Presupuesto Económico Ofertado, así como el numeral 7.1.1 de los Términos de Referencia del Contrato.
43. De lo expuesto, se debe evidenciar que Consorcio debió formular alternativas técnicas- económicas, para que se enmarque dentro del Contrato, sin irrogar mayores costos y por el precio ofertado en su propuesta económica, teniendo en cuenta que la modalidad de ejecución contractual es el concurso oferta a suma alzada, esto quiere decir que el Consorcio debía proyectar la obra y ejecutarla. Asimismo, debió respetar las Especificaciones Técnicas establecidas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertado en su propuesta

económica.

44. Al respecto, el OSCE en diversas opiniones ha señalado que en las obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada implica, como regla general la invariabilidad del precio pactado. En otras palabras, el Consorcio se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para ejecución de la obra por el precio y en los plazos ofertados en su propuesta económica y técnica.
45. Por tanto, el Contratista al no haber cumplido con lo establecido en el Contrato, Términos de Referencia, su Propuesta Económica y la normativa de contrataciones del Estado, es que con fecha 14 de junio de 2018 con el Oficio N° 700-2018-mtc/20.11, PROVÍAS le comunicó que su propuesta presentada del Estudio Definitivo se encontraba en calidad de OBSERVADO e incompleto.
46. El Consorcio no cumplió con el levantamiento de las observaciones del Expediente Técnico, tampoco formuló ni presentó propuestas y alternativas compatibilizadas para que refleje en los costos y en el producto entregable por resultado del Contrato.
47. PROVÍAS ha previsto en los documentos contractuales suscritos con el Consorcio, que su relación contractual de prestación de servicio es de obligación por resultado por parte del Consultor Contratista, no existe una obligación por medios (entregables), la elaboración del Estudio Definitivo es integral y compatibilizado con todas las especialidades con alternativa de ingenierías de solución hasta que se enmarque dentro de su propuesta económica.
48. En ese sentido, Consorcio debe reformular y presentar propuestas y alternativas compatibilizadas del Expediente Técnico, para que refleje los costos y en el producto entregable del Contrato. No obstante, mantiene la negativa de levantar las observaciones dadas en las especialidades de Metrados, Costos y Presupuestos. Hasta que no se cumpla con el levantamiento de las observaciones, PROVÍAS no podrá proceder con su aprobación.
49. Asimismo, hay un atraso en el levantamiento de observaciones. El Consorcio debía presentar el levantamiento de las observaciones en

los plazos establecidos en los Términos de Referencia. Sin embargo, esto ha sido presentado fuera de plazo. El atraso ha sido un total de trecientos veinte cinco (325) días. A la fecha no ha levantado las observaciones, la misma que ha sido notificado mediante Oficio N° 766-2018-MTC/20.11, con un plazo improrrogable de 10 días calendario.

50. Sobre las observaciones en el estudio del Expediente Técnico, el Consorcio señala que ha cumplido con elaborar la ingeniería del proyecto correctamente, independientemente de quien deba asumir los mayores o menores costos resultantes, conforme al Contrato. No obstante, esto no puede ser posible, ya que el Consorcio se obligó a realizar las prestaciones necesarias para la ejecución de la obra por el precio ofertado en su Propuesta Económica- teniendo en cuenta la modalidad contratación que Concurso Oferta a Suma Alzada, y sin irrogar mayores costos, conforme así lo dispone el Contrato, los Términos de Referencia y la normativa de Contratación Pública.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

51. En el Contrato de Ejecución de Obra N° 012-2017-MTC/20, del 9 de febrero de 2017, se establecieron el objeto y el monto contractual en las cláusulas segunda y tercera, de conformidad con lo siguiente:

"CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO

El presente contrato tiene por objeto la ejecución de la Obra: CONSTRUCCIÓN DE PUENTES POR REEMPLAZO EN PUNO-OBRA 2 (Puente Cahuasiri, Puente Ayavari, Puente Ccaccachupa, Puente Ventilla, Puente Pucramayo, Puente Cobremayo, Puente Colquemayo), bajo la modalidad de Concurso Oferta y Sistema de Contratación a Suma Alzada.

OBRA N°	Cantidad Puentes	NOMBRE	PROGRESIVA	CARRETERA
2	1	Cahuasiri	1216+530	PE-3S: Tramo: Cusco- Desagüadero
	2	Ayaviri	1218+700	
	3	Ccaccachupa	1218+955	
	4	Ventilla	1232+380	

	5	Pucramayo	1246+753
	6	Cobremayo	1260+800
	7	Colquemayo	1261+500

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

3.1 El monto total del presente Contrato asciende a la suma de S/ 39 717 551,60 (treinta y nueve millones setecientos diecisiete mil quinientos cincuenta y uno con 60/100 Soles) incluido I.G.V. (18%), cuyos detalles y totales, constan en los documentos integrantes del presente Contrato, el que se ejecutará con financiamiento proveniente de Recursos Ordinarios, Capítulo I Generalidades, Sección Específica de las Bases Integradas de la Licitación Pública, desagregada en conforme al siguiente detalle:

- a) **Elaboración Expediente Técnico**, que asciende a S/ 3'540 000,00 (tres millones quinientos cuarenta mil con 00/100 Soles), incluido el IGV.
- b) **Ejecución de la Obra**, que asciende a S/ 36'177 551, 60 (treinta y seis millones ciento setenta y siete mil quinientos cincuenta y uno con 60/100), incluido el IGV.

(...)

3.2 EL CONTRATISTA se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para la ejecución de la Obra por el precio ofertado en su Propuesta Económica”.

52. De conformidad con lo anterior, el Contrato suscrito por las partes establece claramente que las obligaciones principales a cargo del Consorcio son la elaboración del Expediente Técnico y la ejecución de la Obra, bajo la modalidad de Concurso Oferta y Sistema de Contratación a Suma Alzada. Por su parte, corresponde a la Entidad pagar el precio pactado ascendente a S/ 39'717,551.60 en dos partes: i) en contraprestación del expediente técnico (S/ 3'540,000.00); y ii) en contraprestación de la ejecución de la Obra (S/ 36'177,551.60).

Al respecto, cabe precisar que en el presente caso nos encontramos en la primera etapa del contrato, esto es, la elaboración del expediente técnico, debiendo el Tribunal Arbitral limitarse únicamente a analizar los derechos y obligaciones de las partes relacionadas de forma

exclusiva a esta etapa, de acuerdo a lo dispuesto en los puntos controvertidos fijados durante el arbitraje.

53. Sin perjuicio de lo anterior e independientemente que no se haya iniciado la ejecución de obra, habiendo las partes pactado una modalidad y sistema de contratación específica, corresponde al Tribunal Arbitral analizar tales particularidades del Contrato en función de la normativa de contratación pública aplicable, siendo esta el Decreto Legislativo N° 1017 modificado por la Ley N° 29873 y su Reglamento – Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF y Decreto Supremo N° 080-2014-EF, los cuales establecen:

“Artículo 40°.- Sistemas de Contratación

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 26°, inciso e) de la Ley, las Bases incluirán la definición del sistema de contratación.

- 1. Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. **El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.***

Tratándose de obras, el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato, es referencial. El mismo orden de prelación se aplicará durante la ejecución de la obra.

(...)

Artículo 41°.- Modalidades de Ejecución Contractual

Cuando se trate de bienes u obras, las bases indicarán la modalidad en que se realizará la ejecución del contrato, pudiendo ésta ser:

(...)

- 2. Concurso oferta: Si el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se*

*convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo **la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de la obra***". Enfatizado nuestro.

54. Atendiendo al marco normativo aplicable, se tiene, por un lado, que el sistema de contratación de suma alzada implica un monto fijo integral y un plazo determinado a propuesta del postor ganador; mientras que la modalidad de contratación concurso oferta se aplica necesariamente en caso de elaboración de expediente técnico conjuntamente con la ejecución de la obra.
55. Asimismo, resulta pertinente citar las Opiniones N° 081-2015/DTN, del 20 de febrero de 2015 y N° 203-2017/DTN, del 15 de septiembre de 2017, que desarrollan el sistema de contratación y la modalidad establecida por las partes, con la finalidad de clarificar los alcances de las particularidades pactadas para el presente arbitraje:

Opinión N° 081-2015/DTN

"Como puede apreciarse, si bien la modalidad de concurso oferta tiene como finalidad última la ejecución de una obra, para alcanzarla es necesario ejecutar varias prestaciones de naturaleza distinta: (i) una consultoría de obra, al elaborar el expediente técnico de obra, (ii) la ejecución de la obra en sí y, de ser el caso, (iii) el terreno. Cabe precisar que estas prestaciones son independientes y de ejecución sucesiva.

En esa medida, cuando una Entidad determine la conveniencia de ejecutar una obra bajo la modalidad de concurso oferta, en tanto la información del expediente técnico no está disponible al momento de la presentación de propuestas –dado que su elaboración constituye una prestación del contratista al momento de ejecutar el contrato–, la propuesta del postor (tanto la técnica como la económica) debe formularse en función al alcance y costo de la totalidad de las prestaciones establecidas en las Bases, y demás condiciones aplicables de conformidad con la normativa que regula el objeto de la convocatoria.

Adicionalmente, es necesario señalar que el primer párrafo del numeral 1) del artículo 40 del Reglamento establece que en el caso de obras convocadas bajo el sistema de contratación a suma alzada “(...) El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.” (El subrayado es agregado).

Así, al presentar sus propuestas, el postor se obliga a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, las que son parte del contrato¹; a su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

De ello se desprende, como regla general, la invariabilidad del precio pactado en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada.

En esa medida, en las obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta –en tanto se ejecutan bajo el sistema a suma alzada–, el contratista debe elaborar el expediente técnico de obra y la Entidad aprobarlo, de conformidad con el monto contratado”. Subrayado nuestro.

Opinión N° 203-2017/DTN

*“Por lo expuesto, se puede apreciar que **tanto la Entidad –desde el ámbito de competencia de sus órganos–, como los participantes del proceso de selección,** al advertir la existencia de información técnica imprecisa, incongruente o defectuosa, en la definición de las características técnicas correspondientes al objeto de la contratación, **podían realizar la actuación que resultara pertinente, a efectos de poner a consideración del área usuaria de la Entidad la modificación de dicha información;** situación que solo tenía lugar hasta antes de la integración de las Bases, pues una vez que éstas quedaban integradas constituían las reglas definitivas del proceso de contratación y no podían ser cuestionadas en ninguna otra vía, ni modificadas por autoridad administrativa”*

¹ De conformidad con el primer párrafo del artículo 142 del Reglamento.

alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 del anterior Reglamento.

Precisado lo anterior, corresponde señalar que el numeral 2) del artículo 41 del anterior Reglamento definía al concurso oferta como una modalidad de ejecución contractual en virtud de la cual “(...) el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a **suma alzada** y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el integro de la obra.” (El resaltado es agregado).

Como puede apreciarse, si bien la modalidad de concurso oferta tenía como finalidad última la ejecución de una obra, para alcanzarla era necesario ejecutar varias prestaciones de naturaleza distinta: **(i) una consultoría de obra, al elaborar el expediente técnico de obra, (ii) la ejecución de la obra en sí** y, de ser el caso, (iii) el terreno. Cabe precisar que estas prestaciones eran independientes y de ejecución sucesiva.

En esa medida, cuando una Entidad determinaba la conveniencia de ejecutar una obra bajo la modalidad de concurso oferta, en tanto la información del expediente técnico no estaba disponible al momento de la presentación de propuestas –dado que su elaboración constituía una prestación del contratista al momento de ejecutar el contrato–, la propuesta del postor (tanto la técnica como la económica) debía formularse en función al alcance y costo de la totalidad de las prestaciones establecidas en las Bases (integradas), y demás condiciones aplicables de conformidad con la normativa que regulaba el objeto de la convocatoria.

Adicionalmente, es necesario indicar que de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 1) del artículo 40 del anterior Reglamento, en los procesos de selección convocados aplicando el sistema a suma alzada, **el postor debía formular su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.**

*En esa medida, **al presentar sus propuestas, el postor se obligaba a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad -de acuerdo al estudio que determinó el valor referencial de la obra y que formaba parte de las Bases- en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, las que formaban parte del contrato;** por su parte, la Entidad se obligaba a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.*

*De esta manera se advertía, como regla general, **la invariabilidad del precio pactado** en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada.*

Así, en las obras ejecutadas por concurso oferta, en tanto se ejecutaban bajo el sistema a suma alzada, el precio pactado para la ejecución de la totalidad de las prestaciones involucradas (la elaboración del expediente técnico de la obra, la ejecución de la obra en sí y, de ser el caso, el terreno) era, como regla general, invariable". Subrayado nuestro.

56. De conformidad con lo anterior advertimos que la modalidad de concurso oferta, bajo el sistema de suma alzada tiene las siguientes características:
- (i) Invariabilidad del precio ofertado².
 - (ii) Las propuestas técnica y económica son finales.
 - (iii) La propuesta ganadora forma parte del contrato y obliga al contratista a ejecutar la obra en el plazo y por el monto acordado.
 - (iv) En caso se pacte la elaboración de expediente y la ejecución de obra, las obligaciones son independientes y de prestación sucesiva.
57. A su vez, las características identificadas coinciden con lo señalado por PODETTI³: *"En el sistema de ajuste alzado o suma global o cerrada se define el precio como inmodificable. En consecuencia, ambas partes*

² Salvo la excepción relacionada con adicionales, lo cual será analizado líneas abajo, al ser un cuestionamiento abordado expresamente por ambas partes.

³ PODETTI, Humberto. «Contrato de Construcción». Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005. p. 251.

han establecido sus obligaciones de modo definitivo, con la aspiración de que ni el objeto ni el precio ni las condiciones externas en que ellos se pactaron, cambien hasta el momento de la finalización de los trabajos, entrega de la obra y liquidación final de cuentas”.

58. Adicionalmente, dadas las características del tipo de contratación descrita, el Tribunal Arbitral advierte que, una vez la Entidad acepta la oferta del contratista, este último asume todos los riesgos contractuales propios de su ejecución, debiendo cumplir con entregar la obra en el tiempo acordado y por el monto pactado, dependiendo su rentabilidad principalmente de su experiencia en la gestión de este tipo de proyectos.
59. Ahora, habiendo descrito el marco normativo aplicable al contrato materia de controversia, corresponde analizar el primer punto controvertido de acuerdo a lo pretendido. Al respecto, el Tribunal Arbitral coincide con el contratista en que la obligación de elaboración de expediente técnico es independiente de la ejecución de obra aunque formen parte de un mismo contrato. Debido a ello, corresponde a los árbitros determinar si el Consorcio cumplió o no con su primera obligación principal de elaboración del expediente técnico.
60. Sobre el particular, se tiene que la cláusula octava del Contrato establece como partes integrantes del mismo a las Bases Integradas, la Oferta Ganadora y los documentos derivados del proceso de selección, esto es, los términos de referencia entre otros.
61. Por su parte, obra en el expediente los Términos de Referencia para la Elaboración de los Expedientes Técnicos definitivos y la Ejecución de las Obras, en los cuales se establecieron las siguientes reglas:

“5. ALCANCES

(...)

Para la etapa de Elaboración de Expedientes Técnicos Definitivos, el Consultor-Contratista, desarrollará los documentos técnicos sobre el cual, previa aprobación mediante Resolución Directoral de Provías Nacional, ejecutará las obras contratadas.

Sin exclusión de las obligaciones que le corresponden conforme a los

dispositivos legales vigentes, y que le son inherentes como tal, el Desarrollo de los Expedientes Técnicos Definitivos abarca las siguientes actividades que se constituyen en obligaciones esenciales:

(...)

b. Trabajo de Gabinete

(...)

- *Elaborar el Expediente Técnico Definitivo que incluya entre otros; costos, presupuestos y programación de actividades.*

(...)

6. CONSIDERACIONES

6.1 CONSIDERACIONES GENERALES

(...)

- *Los expedientes técnicos definitivos deberán abordar entre otras las siguientes áreas de Estudio: Topográfico, Tráfico y carga, Geológico – Geotécnico; Hidrología y Drenaje, Obras de Arte y Drenaje, Canteras, Fuente de Agua y Botaderos, Suelos y Pavimentos, estructuras, **Evaluación Económica**, Señalización y Seguridad Vial, Impacto Ambiental y otros de importancia. Enfatizado nuestro.*

(...)”.

62. De acuerdo a lo anterior, el expediente técnico deberá ser aprobado por Resolución Directoral de la Entidad, debiendo contener, entre otros, los costos y presupuestos, por ser obligaciones de carácter esencial. Debido a ello, el Contratista no solo debe cumplir con los aspectos técnicos, sino también debe satisfacer los aspectos económicos relacionados al expediente definitivo, a fin de que pueda darse cumplimiento a la obligación a su cargo.

63. A su vez, en los citados Términos de Referencia también se dispuso lo siguiente:

“7.1 PRIMERA ETAPA: ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO DEFINITIVO

7.1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

(...)

- *Los expedientes técnicos definitivos deberán plantear sistemas constructivos con aplicación de tecnologías modernas, **sin***

irrogar mayores costos.

- *Si el proyectista sustenta la conveniencia técnica y funcional de una alternativa que no está incluida en el perfil del proyecto, éste debe plantearla a Provías Nacional (tal como se menciona en el CME N° 16 Contenidos Mínimos específicos de Estudios de Preinversión a Nivel de Perfil de Proyectos de Inversión Pública de Reemplazo de Puentes en la Red Vial Nacional, aprobado mediante Resolución Directoral N° 002-2013-EF/63.01 de la Dirección General de Política de Inversiones del MEF), **Provías Nacional gestionará su inclusión como alternativa del proyecto, sin irrogar mayores costos.***

(...)

- *El Consultor-Contratista debe tener presente que la contratación de la ejecución de las obras es bajo el Sistema de concurso oferta, y en ese sentido, un deficiente desempeño suyo en el Servicio, y específicamente en el desarrollo de las disciplinas comprendidas, ya sea porque no empleó el personal profesional idóneo, o porque no actuó con la diligencia debida, o por cualquier otra causa atribuible al Consultor-Contratista, **serán de su entera responsabilidad en todos los aspectos.** Enfatizado nuestro.*

(...)”

64. Tal como lo señalan los Términos de Referencia, , ambas partes pactaron que los sistemas constructivos planteados en el Expediente Definitivo no pueden irrogar mayores costos en la ejecución del contrato, esto es, en la construcción de la obra. Incluso las alternativas de métodos constructivos que no hayan sido previstas en el proyecto deben ser consultadas con la Entidad, y no pueden generar mayores costos en la etapa de ejecución.

A su vez, se establece claramente que el Consorcio será responsable de todos los aspectos del Expediente Técnico, entendiéndose tanto la viabilidad técnica como la económica, lo que implica que no existe posibilidad de modificar el precio de la obra acordados por ambas partes.

65. En síntesis, el Tribunal Arbitral determina que el cumplimiento de la obligación esencial de Elaboración del Expediente Técnico Definitivo implica satisfacer todas las áreas de estudio, tanto técnicas como

económicas.

Incluso, la evaluación económica constituye un capítulo propio dentro del Expediente Técnico, tal como se señala en los siguientes numerales de los Términos de Referencia:

“7.1.3.10 Verificación de Vialidad del Proyecto

(...)

La evaluación económica deberá presentarse como un capítulo aparte, en el expediente Técnico definitivo.

Este capítulo debe contener:

1. Informe de verificación de viabilidad del proyecto

Introducción

Antecedentes

Objetivo del proyecto

Puentes que conforman el proyecto (descriptivo de los puentes)

2. Actualización del Presupuesto

2.1 Metrados

2.2 Análisis de precios unitarios

2.3 Gastos Generales (fijos y variables)

2.4 Análisis comparativo de los Costos (inversión y costos de mantenimiento, etc.) según viabilidad.

2.5 Justificación de la variación en la inversión según declaratoria de viabilidad y respecto a las últimas modificaciones en la etapa de inversión registrada que tenga el proyecto.

3. Actualización del Estudio de Tránsito

3.1 Metodología

3.2 Análisis de tráfico (IMD a resultante, tasas de crecimiento, tráfico proyectado, etc.)

3.3 Justificación de la variación en el flujo vehicular

4. Actualización de la evaluación económica

4.1 Metodología (explicación de la alternativa a analizar)

4.2 Estrategias de construcción y mantenimiento consideradas

4.3 Parámetros de evaluación

4.4 Beneficios

4.5 Resultados de la evaluación económica

4.6 Análisis de sensibilidad

5. Análisis comparado entre los resultados obtenidos en el estudio con la Declaratoria de viabilidad del proyecto y con las últimas

verificaciones de viabilidad y/o registro de modificaciones en la etapa de inversión.

5.1 Flujo vehicular

5.2 Costos de inversión

5.3 Parámetros de evaluación económica

6. Conclusiones y recomendaciones

7. Anexos

7.1 Datos de evaluación

7.2 Datos de Tráfico

7.3 Presupuesto actualizado

7.4 Formato SNIP 16 y 17 (de ser el caso)

7.5 Documentos de la Declaratoria de viabilidad del proyecto

*Documentos de los Registros de Variaciones en la Etapa de Inversión”
Enfatizado nuestro.*

66. En tal sentido, correspondía al Consorcio cumplir con el capítulo de evaluación económica, así como todas las especificaciones detalladas en el numeral anterior.
67. Ahora bien, en el presente caso, el Consorcio indica que cumplió con todos los aspectos o áreas del expediente técnico, habiendo PROVÍAS observado injustificadamente las secciones de Metrados, Costos y Presupuestos.
68. Sobre el particular, obra en el expediente la Carta N° 00176-2018-LIC/PUNO, del 4 de junio de 2018, a través de la cual el Consorcio presentó ante la Entidad el Expediente Técnico, detallando como presupuesto referencial de la obra la suma de S/ 57'220,572.92 (cincuenta y siete millones doscientos veinte mil quinientos setenta y dos con 92/100 soles), la cual es considerablemente superior al precio pactado en el contrato ascendente a S/ 39'717,551.60. Por su parte, la Entidad, observó el referido documento en los apartados de costos y presupuestos, metrados, especificaciones técnicas, mediante Informe N° 010-2018/EJDN-AC.PP, del 14 de junio de 2018, el mismo que se basó en los Informes N° 055-2018-MTC/20.11.2/WTL, del 7 de junio de 2018, y N° 034-2018-MTC/20.11.2/RCCH, del 12 de junio de 2018, de conformidad con lo siguiente:

Informe N° 055-2018-MTC/20.11.2/WTL

*“Tengo el agrado de dirigirme a Usted para saludarlo cordialmente y a la vez hacerle de conocimiento que se está devolviendo **la Especialidad de Costos, Metrados y Presupuestos del Expediente Técnico**: “Construcción de Puentes por Reemplazos en Puno” correspondiente a la Obra 02.*

*La razón por la cual se hace la devolución de la Especialidad, es que la Especialidad ha llegado incompleta, lo mismo que a generar **incertidumbre con respecto al monto del Presupuesto de la Obra.***
(...)

Conclusiones:

- *Se concluye que la Especialidad de Metrados, Costos y Presupuestos carece de sustento técnico en el desarrollo de sus componentes*
- *No presentó el Componente de ESPECIFICACIONES TÉCNICAS*
- *Por lo tanto la especialidad de Metrados, Costos y Presupuestos queda en calidad de OBSERVADO*
- *Devolver la Especialidad de Costos, Metrados y Presupuestos, hasta levantar las observaciones y completar la Especialidad en sus 03 Componentes Presupuesto, Metrados y Especificaciones Técnicas.*
- *Devolver, ya que NO cumple con las exigencias técnicas señaladas en los Términos de Referencia”.*

Informe N° 034-2018-MTC/20.11.2/RCCH

*“a) La evaluación económica de proyectos de inversión pública se realiza a través de costos y beneficios sociales, los costos sociales vienen dados por los gastos en que el Estado a través de sus entidades incurre con la finalidad de ejecutar obras a fin de generar bienestar social. Teniendo en consideración que la obra va ser ejecutada bajo la modalidad de concurso oferta existe un precio pactado para la ejecución de las prestaciones involucradas (Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de Obra), **en este sentido considerando que el monto contractual es el efectivo para La Entidad es con este costo que se debe realizar la Verificación de Viabilidad.** Enfatizado nuestro.*
(...)

Por lo anteriormente expuesto el Informe de Verificación de Viabilidad se encuentra en calidad de OBSERVADO, de existir posteriores modificaciones deberán ser incorporadas en el Informe. Asimismo se

indica que el planteamiento técnico deberá ser revisado por las especialidades correspondientes”.

69. De acuerdo a lo anterior, las observaciones de la Entidad se centraron en la especialidad de metrados, costos y presupuestos, por carecer de sustento técnico. Adicionalmente, en el Informe N° 055-2018-MTC/20.11.2/WTL si bien no se efectuó una observación detallada sobre el presupuesto referencial de la obra ascendente a S/ 57'220,572.92, lo cierto es que la Entidad puso de manifiesto que advirtió una irregularidad sobre dicho concepto (en el segundo párrafo del documento), al indicar que se ha generado incertidumbre sobre el monto del presupuesto de la totalidad de la obra.

Por su parte, en el Informe N° 034-2018-MTC/20.11.2/RCCH se observó la viabilidad del proyecto, precisando que dicho aspecto debe ser verificado en función al monto contractual, por encontrarse bajo la modalidad de concurso oferta.

70. En respuesta a las observaciones formuladas por la Entidad, el Consorcio presentó la Carta N° 0181-2018-LIC/PUNO, del 18 de junio de 2018, cumpliendo con dar respuesta a las cuestiones técnicas consignadas en el Informe N° 055-2018-MTC/20.11.2/WTL. No obstante, en la absolución del contratista no se hizo referencia al aumento de precio en el presupuesto total de la obra, es más se citó cuadros relacionados al monto referencial de S/ 57'220,572.92, ratificándose de esta forma en la necesidad de un aumento de precio pactado en el contrato.
71. En virtud de lo anterior, a través de la Oficio N° 766-2018-MTC/20.11, del 5 de julio de 2018, la Entidad manifestó lo siguiente:

“(...) el monto para la ejecución de la obra presentado sobrepasa la suma ofertada en su propuesta económica; lo cual no se condice a la modalidad y sistema de contratación en el que se enmarca nuestra relación contractual, imposibilitando con ello su aprobación.

Como consecuencia de lo antes precisado, se le otorga un Plazo improrrogable de 10 días calendario, para que vuestra representada optimice el planteamiento en el Expediente Técnico Definitivo y se

enmarque en el Contrato de Ejecución de Obra N° 012-2017-MTC/20 – Obra 2, y cumplido que sea ello, proceda a presentarlo a nuestra entidad, para culminar con la mencionada etapa y no perjudicar el normal desarrollo de la ejecución de la obra”.

72. A su vez, cabe indicar que también se emitió el Informe N° 63-2018-MTC/20.11.2/WTL, del 5 de julio de 2018, en el cual se levantaron las observaciones de carácter técnico detalladas en el Informe N° 055-2018-MTC/20.11.2/WTL. No obstante, en el primer informe mencionado también se cuestionó el precio del presupuesto de la obra, tal como se puede observar en el siguiente detalle:

“Efectivamente el Presupuesto de obra presentado en el Estudio definitivo asciende a S/. 57'220,572.92 incluyendo los impuestos, estando por encima de la Propuesta económica ofertada por el consultor – contratista, la misma que asciende a S/. 36'177,551.60 incluyendo los impuestos.

El presente Presupuesto de obra del Estudio Definitivo presentado por el Consultor – Contratista excede en S/. 21'043,021.32 equivalente a un 58.17% del Presupuesto Ofertado.

(...)

Así, al presentar sus propuestas, el postor se obligaba a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad en el plazo y por el monto ofertado en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, las que eran parte del contrato; a su vez, la Entidad se obligaba a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

De ello se desprende, como regla general, la invariabilidad del precio pactado en las obras contratadas bajo la modalidad de Concurso Oferta y sistema a suma alzada.

Así mismo indicar que el Presupuesto Ofertado es propio del Consultor – Contratista; por ende la Propuesta Técnica analizada, evaluado y diseñada según la Ingeniería óptima desplegada por el mismo, debe reflejar el valor de su propuesta Económica.

Conclusiones

- *Que se han levantado las observaciones, sin embargo no es compatible el Presupuesto de Obra presentado en el Estudio Definitivo, con el presentado en su Propuesta Económica (con la que fue firmada el contrato) excediendo en S/: 21'043,021.32 equivalente a un 58.17% de su Propuesta Económica Ofertada.*
 - *El presente Estudio definitivo está incumpliendo la Cláusula 03 del Contrato N° 012-2017-MTC/20 – Obra 02 ya que NO cumple con el Monto Ofertado en la ejecución de la Obra.*
 - *Se concluye que la Especialidad de Metrados, Costos y Presupuestos, se encuentra OBSERVADO el Componente de Costos”.*
73. Con Carta N° 00229-2018-LIC/PUNO, del 17 de julio de 2018, en respuesta del Oficio N° 766-2018-MTC/20.11, el Consorcio manifestó que el presupuesto reflejaba fielmente el resultado de los estudios que conformaban el diseño, el cual fue aprobado por la Entidad, por lo que no existían observaciones.
74. No obstante, con Oficio N° 1089-2018-MTC/20.11, del 7 de septiembre de 2018, la Entidad precisó lo siguiente:
- “(…) el monto para la ejecución de la obra es mayor al monto de su propuesta económica y contrato suscrito; lo cual no se condice a la modalidad y sistema de contratación en el que se enmarca nuestra relación contractual, imposibilitando con ello su aprobación; precisando que a la fecha el Consultor – Contratista (...) no levanta la observación formulada mediante el Oficio N° 766-2018-MTC/20.11 de fecha 05.07.2018.*
- Como consecuencia de lo antes precisado, se comunica a vuestra representada optimice el planteamiento en el Expediente Técnico Definitivo y se enmarque de acuerdo a los Términos de Referencia, Propuesta Económica y Contrato de Ejecución de Obra N° 012-2017-MTC/20 – Obra 2, para que Provías Nacional pueda continuar con la revisión y de ser el caso la aprobación con el acto del mismo y culminar con la mencionada etapa y no perjudicar el normal desarrollo de la ejecución de la obra”.*
75. Luego de este punto, las partes cursaron comunicaciones entre ellas

reiterando cada una su posición. De lado del Consorcio, se tiene la Carta N° 00226-2018-LIC/PUNO, del 16 de julio de 2018, la Carta N° 00248-2018-LIC/PUNO, del 7 de agosto de 2018, la Carta N° 00326-2018-LIC/PUNO, del 17 de septiembre de 2018, y la Carta N° 00371-2018-LIC/PUNO, del 18 de octubre de 2018, a través de las cuales insiste en que no existen observaciones por subsanar. En contraposición, con Oficio 1225-2018-MTC/20.11, del 12 de octubre de 2018, e Informe N° 069-2018-MTC/20.11-ACCH, del 12 de octubre de 2018, PROVÍAS reitera que el Consorcio debe subsanar la observación relacionada a presupuesto.

76. Asimismo, el Consorcio manifiesta que habiendo la Entidad indicado que habrían levantado las observaciones técnicas, implica que se habría dado la conformidad.

Sobre el particular, si bien la Entidad, efectivamente, dio por levantada una serie de observaciones, también efectuó una salvedad en relación al presupuesto, reiterando que dicho concepto se mantenía en calidad de “observado”. En tal sentido, encontrándose el apartado de presupuesto pendiente de subsanación, se advierte que la Entidad no brindó la conformidad.

77. A su vez, en las comunicaciones emitidas por el Consorcio, citadas líneas arriba, el Tribunal Arbitral advierte que no se ha brindado una respuesta específica sobre el aumento del presupuesto, limitándose a indicar que habiendo conformidad con las cuestiones técnicas, el apartado económico debería aprobarse automáticamente.

Al respecto, el Consorcio no analiza ni responde a una cuestión fundamental, esto es, el marco normativo de un contrato a suma alzada, que establece como principal característica la invariabilidad del precio. Debemos notar que en las comunicaciones del Consorcio, este no señala por qué en este caso el precio puede variar pese al sistema de contratación, o por qué no se debe aplicar las normas pactadas en el contrato, o qué normas o instrumentos le permiten al Consorcio variar el precio para este caso en específico.

78. Entonces, no habiendo el Consorcio brindado una respuesta directa a la observación concreta de PROVÍAS (No es posible variar el precio

ofertado), ni brindado una justificación que le permita modificar el precio pactado para la obra contratada; este Tribunal Arbitral considera que no se ha levantado las observaciones realizadas por PROVÍAS, por lo que, no es posible dar por cumplida en este punto la obligación de elaboración de expediente técnico definitivo a cargo del Consorcio.

79. A su vez, cabe indicar que en los Términos de Referencia se estableció un procedimiento para la presentación del expediente técnico, observaciones y absolución de las mismas, de acuerdo al siguiente detalle:

“SUPERVISIÓN DE LOS ESTUDIOS Y REVISIÓN DE LOS EXPEDIENTES TÉCNICOS DEFINITIVOS

(...)

- *(...)*
Concluida la elaboración de los expedientes técnicos definitivos, lo presentará a la supervisión (con conocimiento a Provías Nacional). La supervisión dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la recepción de los mismos lo revisará y de ser el caso, comunicará al Consultor-Contratista sus observaciones, con conocimiento a Provías Nacional.
El Consultor-Contratista tendrá diez (10) días calendario para subsanar o aclarar las observaciones de PROVÍAS NACIONAL.
- *Los plazos de revisión y subsanación de observaciones indicados en el punto anterior, constituyen plazos máximos y no están incluidos en el plazo del Servicio. Tampoco darán derecho al Consultor-Contratista a reclamar pagos adicionales.*
- *El Consultor-Contratista **presentará el expediente técnico definitivo con los contenidos mínimos señalados en los Términos de Referencia**, y suscritos por los especialistas responsables de las disciplinas que forman parte de cada informe, sin cuyo requisito se calificarán como incompletos, procediéndose a su devolución y a la aplicación de la penalidad correspondiente por atraso en su presentación. Enfatizado nuestro.*
(...)
- *La presentación del expediente técnico definitivo incluirá toda la información exigida en los alcances del estudio y sus sustentos*

correspondientes, sin cuyo requisito se calificará como incompleto, procediéndose a su devolución y la aplicación de la penalidad correspondiente por atraso.

- *Al término del proceso de levantamiento de observaciones, el Consultor-Contratista presentará una nueva versión completa corregida en original y copia.*
(...)

7.3.4 APROBACIÓN DE LOS EXPEDIENTES TECNICOS DEFINITIVOS

- *Al término del proceso de levantamiento de observaciones, el Consultor-Contratista presentará una nueva versión completa corregida en original, copia y en versión digital, a la supervisión, quien lo revisará en un plazo no mayor de 5 días calendarios (contados al día siguiente de recibido del consultor contratista) y con su informe de conformidad lo remitirá a Provías Nacional.*
- *Provías Nacional, dentro de los 10 días calendario (contados al día siguiente de recibido de la supervisión) a través de la Unidad Gerencia de Puentes e Intervenciones Especiales, lo revisará administrativamente y con el informe de aprobación emitido por el administrador de contrato, Provías Nacional emitirá resolutiveo directoral de aprobación dentro de los 05 (cinco) días calendarios.*
(...)

15. SISTEMA DE CONTRATACIÓN

Será a Suma Alzada tanto para la elaboración del Expediente Técnico como para la Ejecución de Obra.

(...)

18. CONFORMIDAD

18.1 En la elaboración del Expediente Técnico

18.1.1. La Supervisión revisará y dará conformidad técnica a los componentes de todo el contenido del expediente técnico definitivo.

(...)

18.1.4. Si el Consultor – Contratista presenta el expediente técnico definitivo sin que cuenten con la documentación completa de acuerdo a lo requerido en los Términos de Referencia o sin el sello y firma del Jefe del Estudio en todas sus páginas y de cada Especialista en lo que le

corresponda, el expediente técnico definitivo se dará por no presentado al margen de las observaciones que se formulen.

(...)”

80. De acuerdo a lo anterior, tenemos un procedimiento específico para la presentación y aprobación del expediente definitivo, debiéndose resaltar que no basta con la remisión del referido documento, sino que la Entidad tiene el derecho a formular observaciones, las cuales de no ser absueltas, permiten a la Entidad denegar la conformidad.
81. En el presente caso, teniendo en consideración los documentos que obran en el expediente, el Tribunal Arbitral advierte que PROVÍAS no otorgó la conformidad al expediente definitivo en su totalidad, manteniendo el apartado de presupuesto como observado. En consecuencia, no habiendo conformidad del servicio prestado, no corresponde a los árbitros dar por cumplida la obligación a cargo del Consorcio.
82. Por último, en la demanda arbitral, el Consorcio ha indicado que sí es posible modificar el precio de un contrato oferta a suma alzada a través de prestaciones adicionales. A su vez, manifiesta que al encontrarse en la etapa de diseño, no resulta relevante discutir qué parte asumiría el sobre costo correspondiente a la prestación adicional de ejecución de obra.
83. Sobre el particular, tal como lo señala el Consorcio, efectivamente, es posible aprobar prestaciones adicionales que modifiquen el precio. No obstante, para que se configure dicha situación es necesario que se cumplan determinados requisitos establecidos en la normativa de contratación pública:

Ley de Contrataciones del Estado

“Artículo 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

41.1 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean

indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. (...).

42.1 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad”.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

“Artículo 207°.- Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15%)

Sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

(...)

En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos

adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial ajustados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los montos asignados en el valor referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del valor referencial multiplicado por el factor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente. Enfatizado nuestro.

(...)

Artículo 208°.- Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)

Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República.

(...)”.

84. A su vez, dichas normas han sido desarrolladas en las opiniones N° 081-2015/DTN y N° 203-2017/DTN, de acuerdo al siguiente detalle:

Opinión N° 081-2015/DTN

“2.4 Sin embargo, de conformidad con lo indicado en el artículo 41 de la Ley, una Entidad puede modificar un contrato –y con ello su precio–, entre otros supuestos, al ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales, siempre que estas resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato.

Sobre el particular, debe precisarse que, en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, la Entidad solo puede aprobar la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.

No sucede lo mismo con la ejecución de mayores metrados, ya que en estos supuestos la liquidación final de obra se realiza teniendo en

cuenta únicamente los metrados contratados, de tal forma que el costo de la ejecución de mayores metrados es asumido por el contratista y, en consecuencia, la Entidad no debe efectuar pago adicional alguno.

En virtud a lo expuesto, en las obras que se ejecutan bajo el sistema a suma alzada pueden aprobarse prestaciones adicionales cuando la Entidad requiera modificar los planos y especificaciones técnicas originales con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.

2.5 Ahora bien, debe considerarse que, en el caso de obras bajo la modalidad de concurso oferta –si bien se ejecutan bajo el sistema a suma alzada–, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reduce a aquellas situaciones en las que, para alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requiere modificar las características técnicas y/o condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en las Bases y/o aquellas que resulten aplicables en función a la normativa que regula el objeto de la convocatoria, pues los planos y especificaciones técnicas definitivas no forman parte de los documentos del proceso de selección, ya que su elaboración es parte de las prestaciones del contratista durante la ejecución del contrato.

Asimismo, debe precisarse que, aún cuando el segundo párrafo del numeral 41.2 del artículo 41 de la Ley permite a las Entidades aprobar prestaciones adicionales de obra por deficiencias o errores del expediente técnico, dicha prerrogativa no resulta aplicable a las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, dado que en ellas el contratista es proyectista y ejecutor de obra a la vez, por lo que asume entera responsabilidad por su diseño, debiendo asumir económicamente los errores que en él se adviertan.

En consecuencia, en un contrato ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta, si bien debe ejecutarse bajo el sistema a suma alzada, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reduce a aquellas situaciones en las que, para alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requiera modificar las características técnicas y/o las condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en el contrato, situación que podría tener su origen, por ejemplo, en la emisión de normas de obligatorio cumplimiento.

2.6 *Abundando en lo anterior, es importante tener en consideración que para ejecutar una prestación adicional, sea para la elaboración del expediente técnico o para la ejecución de la obra, debe haberse aprobado, previamente, la prestación adicional correspondiente.*

Así, cuando una Entidad requiere modificar las características técnicas y/o las condiciones originales de ejecución de la obra durante la elaboración del expediente técnico de obra, será necesario que, previamente, apruebe la prestación adicional correspondiente, para que, en virtud a ella, el contratista incorpore en dicho expediente las nuevas características y/o condiciones de la obra requeridas por la Entidad, las cuales podrían implicar el incremento del presupuesto de la obra con relación al monto contratado para la ejecución de dicha prestación, el mismo que debe ser aprobado por la Entidad previamente a su ejecución.

Cabe señalar que, en caso el incremento del presupuesto de obra supere el quince por ciento (15%) del monto correspondiente a la ejecución de la obra, dicho incremento debe aprobarse por la Contraloría General de la República de manera previa a su ejecución, de conformidad con lo señalado en el artículo 208 del Reglamento. Esta disposición es aplicable con la finalidad de garantizar el adecuado control del incremento del monto contratado”.

Opinión N° 203-2017/DTN

“2.1.7 Sin perjuicio de lo antes señalado, el artículo 41 de la anterior Ley establecía que una Entidad -excepcionalmente y previa sustentación del área usuaria de la contratación- podía modificar un contrato –y con ello, su precio- entre otros supuestos, al autorizar u ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra, siempre que estas fueran necesarias para alcanzar la finalidad de la contratación.

*Bajo dicho supuesto, en aquellos contratos de ejecución de obras bajo el sistema a suma alzada, la Entidad **solo** podía aprobar la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas originales establecidas en el estudio que determinó el valor referencial de la obra y que formaba parte de las bases, habían sido modificados*

durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.

En la línea de lo expuesto, corresponde precisar que en los contratos de obra bajo la modalidad de concurso oferta, si bien debían ejecutarse aplicando el sistema a suma alzada, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reducía a aquellas situaciones en las que, con el fin de alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requería modificar -durante la etapa de ejecución contractual-, las características técnicas y/o condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en el estudio que determinó su valor referencial y que formaba parte de las Bases, pues los planos y especificaciones técnicas definitivas no formaban parte de los documentos del proceso de selección, toda vez que su elaboración conformaba una de las prestaciones del contratista durante la ejecución del contrato.

No obstante, cabe precisar que no sucedía lo mismo con la mayor ejecución de metrados, ya que en estos supuestos la liquidación final de obra se realizaba **teniendo en cuenta los metrados contratados**, de tal forma que el costo de la ejecución de mayores metrados era asumido por el contratista; en consecuencia, la Entidad no debía efectuar pago adicional alguno.

En ese mismo sentido, el costo de la ejecución de menores metrados debía ser asumido por la Entidad, dado que esta se encontraba obligada a pagar el íntegro del precio ofertado por el postor en su propuesta, atendiendo a la naturaleza del sistema a suma alzada.

2.1.8 Ahora bien, debe indicarse que aun cuando el numeral 41.2 del artículo 41 de la anterior Ley permitía a las Entidades aprobar prestaciones adicionales de obra por deficiencias o errores del Expediente Técnico de la obra, tal prerrogativa no resultaba aplicable a aquellas obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, puesto que en dichas contrataciones el contratista era proyectista y ejecutor de obra a la vez, por lo que contraía entera responsabilidad de su diseño; debiendo asumir económicamente los errores que se advertían en el mismo.

Por tanto, considerando que en las contrataciones de obras convocadas bajo la modalidad de ejecución contractual concurso oferta, el contratista tenía entera responsabilidad del diseño del Expediente Técnico de obra, al ser el proyectista y ejecutor de obra a la vez, éste debía asumir económicamente los errores o deficiencias que se hubieran advertido en él durante la etapa de ejecución contractual.

2.2 “En un contrato por Concurso Oferta a Suma Alzada, cuando la Entidad ha aprobado un expediente técnico por un monto diferente al monto presentado por el contratista en su propuesta económica al margen de las responsabilidades. ¿A quién le corresponde corregir el expediente técnico aprobado, a la Entidad o al Contratista?”

2.2.1 De acuerdo a lo indicado en el numeral 2.1.6 de la presente Opinión, en los procesos de selección convocados aplicando el sistema a suma alzada, el postor debía formular su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.

En dicho contexto, al presentar sus propuestas, el postor se obligaba a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, las que formaban parte del contrato; por su parte, la Entidad se obligaba a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

De esta manera, la invariabilidad del precio pactado era la regla general en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada.

2.2.2 Finalmente, conforme a lo indicado al absolver la consulta anterior, considerando que en las contrataciones de obras convocadas bajo la modalidad de ejecución contractual concurso oferta, el contratista tenía entera responsabilidad del diseño del Expediente Técnico de obra, al ser el proyectista y ejecutor de obra a la vez, éste debía asumir económicamente los errores o deficiencias que se hubieran advertido en él durante la etapa de ejecución contractual.

(...)"

85. De lo anterior, podemos observar que la aprobación de prestaciones adicionales es una figura excepcional, cuya configuración depende del cumplimiento de los siguientes requisitos:
- (i) Procede excepcionalmente solo para cumplir la finalidad del Contrato.
 - (ii) Aprobación por el Titular de la Entidad.
 - (iii) Disponibilidad presupuestal.
 - (iv) En contratos concurso - oferta, procede adicionales cuando la Entidad requiera modificar las características técnicas y/o condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en el estudio que determinó su valor referencial y que formaba parte de las Bases.
 - (v) En necesaria la aprobación del Contraloría General de la República, cuando sea indispensables adicionales entre el 15% y 50% del monto contractual, por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato.
86. Tal como se ha indicado, la procedencia de una prestación adicional corresponde exclusivamente de una decisión institucional, debiendo ser aprobada por la Entidad contratante (menor al 15%) y por la Contraloría General de la República (mayor al 15%), lo cual inclusive se encuentra sujeto a disposición presupuestaria. A su vez, en los contratos concurso - oferta la procedencia de adicionales se encuentra aún más limitada, ya que solo puede autorizarse durante la ejecución contractual, en caso la Entidad considere necesario modificar las condiciones originales del estudio que respalden las bases del proceso de selección, que hayan dado origen al contrato.

En tal sentido, resulta indudable el interés público que la norma pretende proteger, a través de un resguardo de los recursos estatales, lo cual se puede evidenciar con la necesidad de un presupuesto específico y de la aprobación de la Contraloría General de la República (autoridad fiscalizadora ajena a las partes). Asimismo, siendo una figura jurídica excepcional, no es posible evadir el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos necesarios para el otorgamiento de

una prestación adicional.

87. En el presente caso, no se han configurado ninguno de los requisitos señalados en los numerales anteriores. Tampoco se ha iniciado la etapa de ejecución contractual, no existe aprobación de la Contraloría General de la República ni respaldo presupuestal, por lo que no corresponde una prestación adicional.

Asimismo, a consideración del Tribunal Arbitral permitir que en la etapa de elaboración de expediente técnico se modifiquen los presupuestos, implica una modificación indirecta del precio de un contrato concurso oferta a suma alzada, obligando unilateralmente a una futura aprobación de prestaciones adicionales. Una interpretación en dicho sentido configuraría una vulneración a la normativa de contrataciones públicas, la cual ha regulado las prestaciones adicionales como una figura excepcional.

88. Por último, en sus alegatos, el Consorcio ha señalado que se debe tener en consideración la diferencia conceptual entre el costo proyectado de la obra y el monto contractual. Esto debido a que no habría norma que disponga que el precio deba ser igual al presupuesto, por lo que no existiría impedimento para aprobar un presupuesto mayor al precio de ejecución de obra.
89. Sobre el particular, efectivamente, a nivel conceptual existen diferencias específicas entre presupuesto y monto contractual, siendo el primero el valor económico de la obra estructurada en partidas, precios unitarios, gastos generales, utilidad e impuestos; mientras que el segundo configuraría la contraprestación otorgada por el cumplimiento efectivo de una obligación contractual.

A su vez, se tiene que no existe una norma específica que equipare tales conceptos. No obstante, corresponde observar el último párrafo del numeral 3.1 de la cláusula tercera del Contrato, el cual establece:

“CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

(...)

*El monto total comprende el costo de la elaboración del Expediente Técnico y ejecución de **LA OBRA**, seguros e impuestos, así como todo*

aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del presente Contrato". Enfatizado nuestro.

90. De acuerdo a lo anterior, se tiene que el monto contractual correspondiente a la contraprestación a favor del Consorcio comprende específicamente el costo de la ejecución de obra, entendiéndose así que incluye el presupuesto. Debido a ello, un aumento del presupuesto o del costo de ejecución de la obra incidiría directamente en el monto contractual, lo cual no resulta posible de acuerdo a la modalidad y sistema de contratación pactados por las partes.
91. En conclusión y por las consideraciones expuestas, no habiendo justificación para variar el precio ofertado por el Consorcio ni habiéndose determinado el cumplimiento de la obligación consistente en presentar el expediente técnico, el cual se encuentra actualmente en calidad de "observado", corresponde declarar infundada la primera pretensión principal de la demanda.

B. Determinar si corresponde o no ordenar a PROVÍAS pagar al CONSORCIO la suma de S/3'540,000.00 (Tres millones quinientos cuarenta mil con 00/100 soles), incluido IGV e intereses por concepto de contraprestación por la elaboración del Expediente Técnico.

POSICIÓN DE CONSORCIO

92. Tal como lo mencionó en su primera pretensión principal, el Consorcio menciona que el diseño elaborado está aprobado y no es controvertido pues PROVÍAS aprobó las diversas especialidades que la componen, incluyendo las cantidades de obra y precios unitarios. En consecuencia, el Contratista cumplió con sus obligaciones.
93. Asimismo, el Consorcio señala que no existe obligación pendiente de cumplimiento a su cargo y que, corresponde a la Entidad, formalizar la aprobación del Expediente Técnico. La cláusula quinta del Contrato establece el derecho del Consorcio a la contraprestación por la aprobación del Expediente Técnico. Es decir, el Consorcio se liberará de su obligación de diseño una vez que culmine con la prestación de elaborar el Expediente y PROVÍAS a su vez se liberará de su propia

obligación con la formalización de la aprobación del Expediente Técnico y el pago correspondiente.

94. En el presente caso, PROVÍAS ha retardado la aprobación del Expediente Técnico formulando observaciones que no estaban referidas a deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones del Consorcio. Además el Consorcio ha demostrado haber cumplido íntegramente con la prestación exigida en los Términos de Referencia. En tal sentido se debe aplicar el artículo 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones: *“Luego de haberse dado la conformidad a prestación se genera el derecho al pago del contratista”*.
95. En virtud de lo anterior y conforme a la Cláusula Tercera del Contrato, correspondería reconocer a favor del Contratista la suma de S/3'540,000.00 (tres millones quinientos cuarenta mil con 00/100 soles), incluido IGV más intereses.

POSICIÓN DE PROVÍAS NACIONAL

96. A través de su segunda pretensión, el Consorcio pretende que PROVÍAS le pague la suma de S/3'540,000.00 por un servicio de Consultorías pese a que éste se encuentra observado y por ende no cuenta con la conformidad correspondiente.
97. Al respecto, se debe tener en cuenta la Cláusula Quinta del Contrato, así como los artículos 177 y 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Teniendo en cuenta el marco normativo expuesto, para que la Entidad pueda otorgar la conformidad y proceda con el pago correspondiente, el Consultor debe ejecutar la prestación de servicios de Consultoría de la Obra, conforme a los Términos de Referencia.

De acuerdo al pago de intereses solicitados por el Consultor, la misma Cláusula Quinta del Contrato establece lo siguiente: *“En caso de retraso en el pago de las valoraciones, por razones imputables a PROVIAS, el Contratista tendrá derecho al pago de intereses”*. Asimismo, el artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado señala: *“En caso de retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconocerá al*

contratista los intereses legales correspondientes". En el presente caso, no corresponde el pago de intereses, debido a que PROVÍAS no ha incurrido en retraso alguno; más por lo contrario, el incumplimiento por parte de Consorcio, al no elaborar el Expediente Técnico de acuerdo a la establecido en la Cláusula Tercera del Contrato, los Términos de Referencia y su Propuesta Económica ha ocasionado un perjuicio social y económico a PROVÍAS.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

98. Habiéndose declarado infundada la primera pretensión principal, y determinado que el Consorcio no ha cumplido con levantar las observaciones de Provías Nacional relacionadas al presupuesto, no es posible para el Tribunal Arbitral dar por cumplida la obligación del demandante consistente en elaborar el expediente técnico.
99. En tal sentido, no corresponde ordenar a PROVÍAS el pago al Consorcio por concepto de contraprestación, debiéndose declarar infundada la segunda pretensión principal de la demanda.
100. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral debe precisar que no se ha dado por incumplida la obligación del Consorcio relacionada a la Elaboración del Expediente Técnico Definitivo, manteniéndose los documentos relacionados al presupuesto en calidad de "observado", teniendo entonces el Consorcio la posibilidad de efectuar las subsanaciones que sean pertinentes, y así obtener la conformidad del pago correspondiente.

DE LOS COSTOS ARBITRALES

C. Determinar si corresponde o no que Provías Nacional asuma el pago de la totalidad de las costas y costos incurridos en el presente proceso arbitral, debiendo ordenarse el reembolso a favor del Consorcio.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

101. Debe considerarse la actitud de PROVÍAS en la ejecución del Contrato, ya que se habría negado injustificadamente en aprobar el expediente técnico, el cual fue debidamente elaborado.

POSICIÓN DE PROVÍAS NACIONAL

102. No existe obligación de la Entidad de asumir los costos arbitrales, porque la demanda carece de fundamentos.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

103. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, que constituye el tercer punto controvertido, el artículo 69° de la Ley de Arbitraje dispone que las partes tienen la facultad de adoptar reglas relativas a los costos del arbitraje, sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales. A falta de acuerdo, el Tribunal Arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.

104. A su vez, el numeral 1) del artículo 72° de la misma Ley dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal⁴. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral⁵; además, tal norma legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

105. En el presente caso, se tiene que el convenio arbitral no ha establecido

⁴ Artículo 70.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Artículo 72.- Anticipos 1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo.

⁵ Artículo 73.- Asunción o distribución de costos. 1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

pacto alguno respecto a la distribución de los costos arbitrales. En ese sentido, corresponde que el Tribunal Arbitral determine ello.

106. Al respecto, se tiene que mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 20 de febrero de 2019, se efectuó la liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/. 21,603.60 netos por cada árbitro.
Gastos Administrativos del CENTRO	S/. 19,855.10 más IGV.

107. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes conforme el artículo 83° del Reglamento del CENTRO.

108. Sobre dichos montos, se tiene que el CONSORCIO canceló los honorarios arbitrales y los gastos administrativos a su cargo. Asimismo, el CONSORCIO canceló, en subrogación, los costos arbitrales a cargo de PROVÍAS.

Las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N° 9, N°10 y N°12, de fecha 24 de julio, 19 de agosto y 21 de noviembre de 2019, respectivamente.

109. Atendiendo a lo indicado y si bien se ha declarado infundadas las dos (2) pretensiones de la demanda, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han basado sus respectivas posiciones en razones para litigar que a su criterio resultan atendibles. Asimismo, durante las actuaciones arbitrales, las partes han participado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.

110. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50% de los honorarios de los árbitros y de los costos administrativos del Centro.

Además, cada parte debe correr con sus gastos de defensa del presente proceso.

VII. LAUDO

El Tribunal Arbitral, en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas en el presente laudo, resuelve:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral. **PRECÍSESE** que no se ha determinado en el presente arbitraje el incumplimiento de la obligación a cargo del Consorcio, encontrándose actualmente el expediente definitivo presentado ante la Entidad en calidad de “observado”.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda arbitral.

TERCERO: ORDENAR que las partes asuman los costos arbitrales en proporciones iguales; en consecuencia, que el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional restituya al Consorcio Puentes del Norte el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios arbitrales y gastos administrativos que pagó en subrogación de la Entidad. Asimismo, **ORDENAR** que cada parte asuma los costos de su defensa y patrocinio.

CUARTO: DISPONER que el Centro de Arbitraje, cumpla con notificar el presente Laudo Arbitral a las partes.

QUINTO: ENCARGAR al Centro de Arbitraje la custodia del expediente arbitral por el plazo legal establecido en las normas vigentes, bajo responsabilidad, así como cumplir con sus obligaciones, de acuerdo con la normatividad vigente.

SEXTO: DISPONER la publicación del presente laudo arbitral en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE.



CESAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA
Presidente

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'P. Guerinoni Romero'.

PIERINA GUERINONI ROMERO
Árbitra

