

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe jurídico sobre el Laudo Arbitral del Expediente
N.º 1908-308-18-PUCP (Consorcio Puentes del Norte vs
PROVIAS NACIONAL)**

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

Fhara Jane Torres Ayala

ASESOR:

Lenin William Mayorga Elías

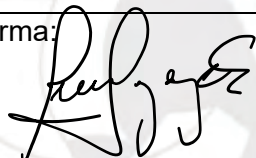
Lima, 2025

Informe de Similitud

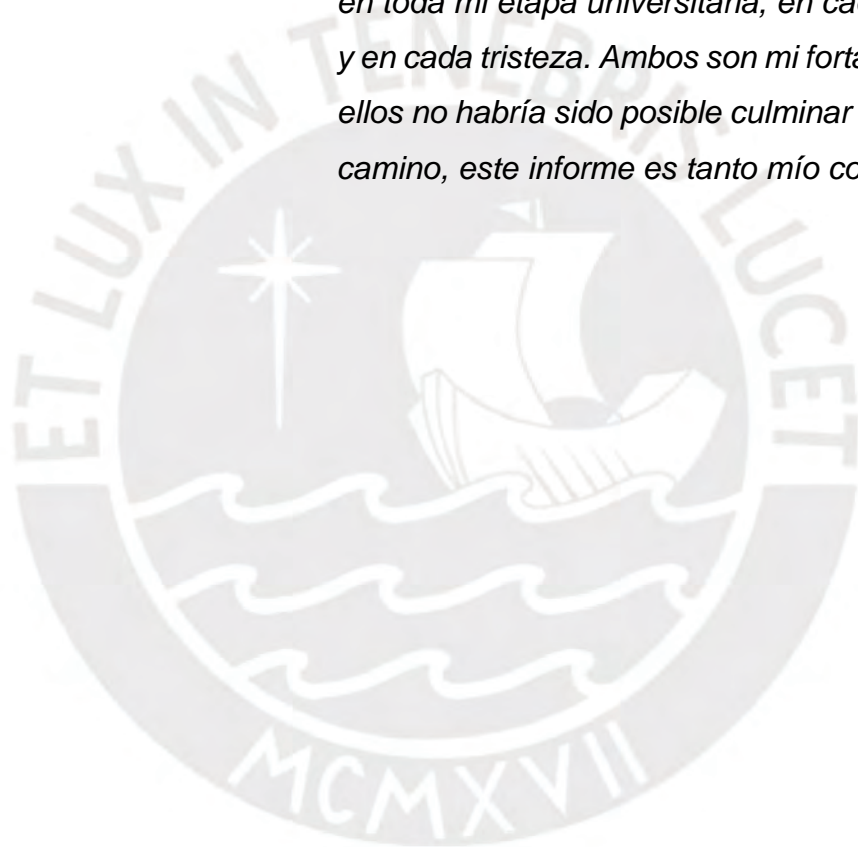
Yo, LENIN WILLIAM MAYORGA ELIAS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre el Laudo Arbitral del Expediente N° 1908-308-18-PUCP (Consortio Puentes del Norte vs PROVIAS NACIONAL", del autor(a) FHARA JANE TORRES AYALA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y 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, 14 de julio del 2024

<u>LENIN WILLIAM MAYORGA ELIAS</u>	
DNI: 44109914	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1637-8318	

Dedico el presente informe a mis padres, Jane y Luis, quienes confiaron en mí y me apoyaron en toda mi etapa universitaria, en cada alegría y en cada tristeza. Ambos son mi fortaleza y sin ellos no habría sido posible culminar este largo camino, este informe es tanto mío como suyo.



RESUMEN

El presente informe jurídico tiene por finalidad analizar la controversia que nace al momento de determinar si una empresa privada cumple con su obligación de elaborar el Expediente Técnico en el marco de un contrato bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada a pesar de la existencia de un incremento económico que no estaba contemplado inicialmente para la ejecución de obra.

¿Qué sucede cuando el incremento del monto incide directamente en la prestación de ejecución de obra, más no en la elaboración de ET? En el presente caso se demostrará que el análisis del cumplimiento de ambas prestaciones debe realizarse de manera independiente, es decir, atendiendo a su naturaleza jurídica propia.

Asimismo, se probará que el aumento del presupuesto ofertado resultaba ser la única solución viable para garantizar una estructura segura y funcional de la obra. También se analizará cómo se ha establecido la gestión de riesgos en los contratos bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada. Finalmente, a la luz de la LCE y el RLCE, se demostrará que la decisión de no emitir conformidad del ET no fue llevada a cabo conforme a los parámetros establecidos, careciendo de sustento objetivo. Todo ello, para concluir que en el presente caso el contratista cumplió con la elaboración del ET en el marco de contratación sobre el cual se suscribió.

Palabras clave

Contrato de obra pública - Concurso Oferta - Suma Alzada - Expediente Técnico
- Términos de Referencia

ABSTRACT

The purpose of this legal report is to analyze the controversy that arises at the moment of determining whether a private company complies with its obligation to prepare the Technical File in the framework of a contract under the lump sum

bidding system despite the existence of an economic increase that was not initially contemplated for the execution of the work.

¿What happens when the increase in the amount directly affects the performance of the work, but not the preparation of the Technical File? In the present case it will be shown that the analysis of the compliance of both services must be carried out independently, that is to say, according to their own legal nature.

Likewise, it will be proven that the increase of the tendered budget was the only viable solution to guarantee a safe and functional structure of the work. It will also be analyzed how risk management has been established in the contracts under the competitive bidding and lump sum system. Finally, in light of the LCE and the RLCE, it will be demonstrated that the decision of not issuing conformity of the TF was not carried out according to the established parameters, lacking objective support. All this, to conclude that in the present case the contractor complied with the elaboration of the TF in the contracting framework on which it was subscribed.

Keywords

Public Works Contract - Tender Offer - Lump Sum - Technical File - Terms of Reference

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
I. INTRODUCCIÓN	6
1.1 Justificación de la elección de la resolución	6
1.2 Presentación del caso y del análisis	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	8
2.1 Antecedentes	8
2.2 Hechos relevantes del caso	9
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
3.1 Problema principal	12
3.2 Problemas secundarios	12
3.3 Problemas complementarios	12
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	13
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	13
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	15
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	16
5.1. Problema principal	16
5.2. Problemas secundarios:	16
5.3. Problema complementario	42
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	46
BIBLIOGRAFÍA	48
ANEXOS	50

Abreviaturas, siglas y acrónimos (en orden alfabético)

- ❖ **BI: Bases Integradas**
- ❖ **CARC PUCP: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP**
- ❖ **Contrato: Contrato N° 012-2017-MTC/20**
- ❖ **Consortio: Consorcio Puentes del Norte**
- ❖ **EEF: Equilibrio económico financiero**
- ❖ **EP: Estudio de perfil**
- ❖ **ET: Expediente técnico**
- ❖ **LCE: Ley de Contrataciones con el Estado (aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificado por la Ley N° 29873)**
- ❖ **LP: Licitación Pública N° 0014-2015-MTC/20 “Construcción por puentes de reemplazo en Puno”**
- ❖ **RLCE: Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 080-2014)**
- ❖ **RLGCE: Nuevo Reglamento de la Ley N° 32069, Ley General de Contrataciones con el Estado (aprobado por Decreto Supremo N° 009-2025-EF)**
- ❖ **OBRA 2: Construcción por reemplazo de los puentes: Cahuasiri, Ayaviri, Ccaccachupa, Ventilla, Pucramayo, Cobremayo y Colquemayo**
- ❖ **OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado**
- ❖ **PROVIAS: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional**
- ❖ **TA: Tribunal Arbitral**
- ❖ **TDR: Términos de referencia**

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	1908-208-18-PUCP// Laudo arbitral- Decisión N° 11// Contrato de obra pública bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Administrativo, Contrataciones con el Estado, Arbitraje
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Decisión N° 11- Laudo arbitral emitido por mayoría
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Consorcio Puentes del Norte
DEMANDADO/DENUNCIADO	Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional- PROVIAS NACIONAL
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Arbitral
TERCEROS	Ninguno
OTROS	Ninguno



I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

El presente caso materia de evaluación resulta relevante debido a que evidencia una interpretación restrictiva por parte de la administración en relación al contrato bajo la modalidad concurso oferta y suma alzada. Esto surge debido a que no se reconoce la independencia de las prestaciones que integran el contrato. Asimismo, pone de manifiesto la incorrecta interpretación y aplicación de la regla de invariabilidad del presupuesto económico ofertado por el contratista, ya que la misma no puede ser considerada absoluta. Por el contrario, puede verse limitado por principios propios de la contratación administrativa y en función de satisfacer el interés público.

El grado de complejidad que se manifiesta en este caso se suscita en que el laudo arbitral aborda temas de interés tales como: (i) el análisis independiente de las prestaciones que forman parte de la modalidad contractual concurso oferta: elaboración de ET y ejecución de obra; (ii) los riesgos que asume el contratista en los contratos concurso oferta bajo el sistema a suma alzada; (iii) los parámetros que debe seguir la Entidad para emitir o no conformidad del servicio de consultoría de obra, en específico, de elaboración de ET; y adicionalmente (iv) si resultaba posible la aplicación de prestaciones adicionales en el Contrato en específico.

1.2 Presentación del caso y del análisis

En el presente caso materia de análisis, se nos presenta al Consorcio Puentes del Norte quien se inscribió como postor en la L.P convocada por PROVIAS para la construcción de puentes en el departamento de Puno, la cual no solo implicaba la ejecución de obra, sino que, al tratarse de un contrato bajo la modalidad concurso oferta, resultó necesario la elaboración del Expediente Técnico.

En ese sentido, el Consorcio y PROVIAS firmaron el Contrato para el desarrollo de la OBRA 2, no obstante, en la fase de ejecución contractual, el Consorcio advirtió de la necesidad de contar con un elemento que resultaba imprescindible

para la adecuada y correcta construcción del puente Colquemayo, el cual no había sido contemplado por la Entidad: la ejecución de pilotes por cimentación profunda. Siendo así, el contratista presentó el ET señalando que dicho nuevo aspecto implicaba un incremento en el presupuesto para la ejecución de la OBRA 2.

Sin embargo, PROVIAS mantuvo observado el ET a pesar de las absoluciones por parte del Consorcio a las mismas, debido a que el presupuesto de obra presentado no sería compatible con la modalidad ni el sistema contractual pactado. Es así que, frente a la negativa de la Entidad para emitir conformidad del ET y no concretarse el pago por su elaboración, el Consorcio presenta solicitud de arbitraje ante el CARC PUCP en donde señaló como pretensión principal que se determine si cumplió o no con la obligación de elaboración de ET.

En ese sentido, el TA evaluó las pretensiones postuladas por el Consorcio, declarando infundada la demanda pues el ET presentado ante la Entidad se encontraba "observado". No obstante, uno de los árbitros emite un voto singular, discrepando con la posición mayoritaria ya que el contratista habría actuado de manera diligente y llevado a cabo la prestación de elaboración de ET de manera eficiente.

Teniendo en cuenta dicho escenario, el problema principal a dilucidar gira en torno a si el contratista cumplió efectivamente con su obligación de elaborar el ET a pesar del incremento del presupuesto ofertado para la ejecución de obra, en el marco de un contrato bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada. Para responder a la pregunta principal, se analizarán los siguientes problemas secundarios: (i) ¿El incremento del monto ofertado para la ejecución de obra en un contrato bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada requiere de un análisis independiente de las prestaciones que forman parte del Contrato?, (ii) ¿Cuál es la responsabilidad del contratista ante los riesgos que asume en el marco del Contrato N.º 012-2017-MTC/20?, y (iii) ¿La no conformidad del Expediente Técnico se sustentó conforme a los parámetros exigidos por la normativa de contrataciones con el Estado?.

Finalmente, se analizará complementariamente el siguiente problema: ¿Resulta posible la aprobación de prestaciones adicionales en el Contrato N° 012-2017-MTC/20? De esta manera, se demostrará porque el T.A debió declarar fundada la pretensión del Consorcio, de igual manera, que la decisión en mayoría no cuenta con una debida motivación.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

El arbitraje contenido en el Expediente N° 1908- 308-19-PUCP tiene como antecedente inmediato la L.P N.º 0014-2015-MTC/20, convocada por PROVIAS para la suscripción de un contrato bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada, con el objetivo de contratar la elaboración de ET y la ejecución de la OBRA 2.

Tras haberse otorgado la Buena Pro a favor del Consorcio, con fecha 09.02.17, se suscribe el Contrato. Es así que, en la fase de ejecución, el contratista presenta varias cartas a la Entidad señalando que había una omisión de información en el EP puesto que no se había contemplado la necesidad de pilotes por requerimiento de cimentación profunda en el puente de Colquemayo, lo cual conllevaba a un incremento del presupuesto ofertado para la ejecución de obra.

Con conocimiento de ello, el 04.06.18, mediante Carta N° 00176-2018-LIC/PUNO, el Consorcio presentó el ET señalando las razones que justificaban un incremento del presupuesto de ejecución de la obra mencionada. Mediante Oficio N° 700-2018- MTC/20.11, PROVIAS comunicó el primer bloque de observaciones en doce especialidades, no obstante, no el incremento del presupuesto ofertado.

Mediante Carta N° 00181-2018-LIC/PUNO, el Contratista absolvió el primer bloque de observaciones, no obstante, mediante Oficio N° 766-2018-MTC/20.11, PROVIAS comunicó un segundo bloque de observaciones refiriéndose a las especialidades de (i) metrados, costos y presupuestos, y

especificaciones técnicas; y, (ii) informe de verificación de viabilidad. Sin embargo, las observaciones realizadas fueron en relación a aspectos económicos y presupuestales, más no técnicos, los cuales ya habían sido subsanados con anterioridad.

Por un lado, en relación a la observación de metrados, costos y presupuesto, la Entidad llega a la conclusión de que se han levantado las observaciones, no obstante, señala que el presupuesto de obra presentado no es compatible con el de su propuesta económica (con la que fue firmada el Contrato). Por otro lado, en cuanto a la verificación de viabilidad, PROVIAS señala que bajo la modalidad de contrato concurso-oferta ya existe un monto pactado, razón por la cual no puede haber variaciones en el costo de obra que conlleven a modificar el monto de inversión.

Como respuesta a la Entidad, el contratista presentó la absolución al segundo bloque de observaciones señalando que la observación era únicamente económica, por lo cual volvió a remitir las versiones corregidas y completas del pliego del ET. Frente a la falta de aprobación, el Contratista solicita aprobación del ET y el inicio de la ejecución de obra. No obstante, mediante Oficio N° 958-2018- MTC/20.11, PROVIAS mantiene las observaciones, negándose a aprobar el Expediente Técnico y el pago por la elaboración del mismo.

El Consorcio decide reiterar que todas las especialidades que forman parte del ET han sido presentadas en cumplimiento a sus obligaciones contractuales y que se encuentran a la espera de que la Entidad apruebe el ET. Finalmente, ante la negativa de la Entidad, el Consorcio acude al arbitraje institucional en el CARC PUCP para realizar su solicitud de arbitraje donde pueda determinarse si cumplió o no con la obligación contractual.

2.2 Hechos relevantes del caso

- Fundamentos de la demandante

El Consorcio señala que el ET fue elaborado y entregado conforme a lo establecido en los TDR proporcionados por la Entidad. En ese sentido, advirtió la variación en el presupuesto destinado a la ejecución de la obra, justificando el

incremento en la necesidad de ejecutar pilotes para garantizar la resistencia estructural de la construcción de puentes. Al respecto, resalta que el EP correspondiente a la L.P proporcionado por la Entidad no contenía dicha especificación, por lo que el documento contenía información incompleta. Asimismo, señala que durante el proceso de selección resultaba imposible identificar este tipo de condición técnica.

En la misma línea, señala que existe una diferencia entre el presupuesto técnico estimado para ejecutar correctamente la obra y el precio contractualmente originalmente pactado, no obstante, dicho aspecto no debería invalidar el reconocimiento del cumplimiento de elaboración de ET ni el pago correspondiente. Ello debido a que la diferencia se justifica en un ajuste razonable en el precio, teniendo en cuenta la valorización de las nuevas condiciones técnicas reales (pilotaje).

Finalmente, el Consorcio argumentó que, conforme a la LCE, es posible modificar el precio de contratos bajo la modalidad de suma alzada, mediante prestaciones adicionales justificadas y aprobadas por la Entidad. Sin embargo, señala que la aprobación de un adicional es una discusión ajena al presente arbitraje.

- Fundamento de la demandada

PROVIAS sostiene que el ET presentado por el Consorcio no cumple con los TDR y, por ello no puede considerarse que el Contratista haya cumplido con su obligación contractual, ya que el componente económico fue particularmente observado y no subsanado por el contratista. Señala que al tratarse de un contrato modalidad concurso oferta bajo el sistema de suma alzada, el Consorcio se encontraba en la obligación de ajustar el monto del presupuesto de ejecución de obra, cumpliendo con los TDR y las especificaciones técnicas del contrato.

En la misma línea, argumentó que el Consorcio habría contravenido lo pactado en la tercera cláusula del contrato, donde se establece que el precio es cerrado y comprende todos los trabajos y costos para la ejecución de obra.

En cuanto al adicional de obra, señala que no hay posibilidad de considerar un adicional debido a que el monto representa el 58,17% del valor para la ejecución de obra originalmente pactado, lo cual excede el límite permitido por la normativa vigente para la viabilidad de prestaciones adicionales.

- Posición del laudo arbitral en mayoría

El TA señaló que 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 ET y la ejecución de obra como obligaciones independientes y de prestación sucesiva.

En ese marco, resaltó que el contrato fue adjudicado bajo una modalidad y sistema contractual específico, lo que implicaba que el monto ofertado comprenda todos los costos necesarios para ejecutar la obra sin existir variaciones, razón por la cual no corresponde aprobar el ET presentado por el contratista. Asimismo, concluyó que no corresponde el pago solicitado ya que la aprobación era condición necesaria para que proceda el pago, y este nunca se concretó, ya que el componente económico fue observado y no subsanado. Por último, señala que tampoco se habría justificado una modificación del precio ofertado y pactado para la ejecución de obra.

- Posición del laudo arbitral en discordia

El árbitro disidente considera que el Consorcio sí cumplió con su obligación de elaborar el ET conforme a lo requerido en los TDR del Contrato, ya que, si bien fue celebrado bajo el régimen de suma alzada, ello no excluye la posibilidad de reconocer una obligación efectivamente cumplida, desarrollada conforme a lo exigido, y por tanto, disponer del pago correspondiente.

Señala que el contratista actuó de manera diligente al advertir que la construcción de obra implicaría mayores gastos debido a la necesidad de contar

con pilotes para la edificación de los puentes. En ese sentido, dicha especificación se basó en evidencia técnica, la cual fue puesta en conocimiento a la propia Entidad.

En ese sentido, considera que la solicitud por parte de PROVIAS de ajustar el precio al monto ofertado inicialmente podría considerarse de imposible cumplimiento a menos que se demuestre que existen alternativas más económicas que la opción de los pilotes.

Por último, considera que si en el arbitraje se declara que el Consorcio cumplió con la elaboración del ET y por ello merece recibir un pago, ello no implica que cuente con un título para reclamar un pago adicional durante la ejecución de obra.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿El Consorcio cumplió con su obligación de elaborar el Expediente Técnico de acuerdo a lo establecido en el Contrato y en los Términos de Referencia (TDR)?

3.2 Problemas secundarios

¿El incremento del monto ofertado para la ejecución de obra en un contrato bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada requiere de un análisis independiente de las prestaciones que forman parte del Contrato?

¿Cuál es la responsabilidad del contratista ante los riesgos que asume en el marco del Contrato N.º 012-2017-MTC/20?

¿La no conformidad del Expediente Técnico se sustentó conforme a los parámetros exigidos por la normativa de contrataciones con el Estado?

3.3 Problemas complementarios

¿Resulta posible la aprobación de prestaciones adicionales en el Contrato de Ejecución de Obra N.º 012-2017-MTC/20?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Problema principal:

- 1. ¿El Consorcio cumplió con su obligación de elaborar el Expediente Técnico de acuerdo a lo establecido en el Contrato y en los Términos de Referencia (TDR)?**

Consideramos que el Consorcio sí cumplió con su obligación de elaborar el ET de acuerdo a lo establecido en el Contrato suscrito por las partes y los TDR, ya que el incremento del presupuesto para la ejecución de obra no incide en el cumplimiento de la prestación de servicio de consultoría de obras, asimismo, el contratista no es responsable por dicho incremento, el cual excede los riesgos que se asume al momento de suscribir el Contrato.

Problemas secundarios:

- 1.1. ¿El incremento del monto ofertado para la ejecución de obra en un contrato bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada requiere de un análisis independiente de las prestaciones que forman parte del Contrato?**

Si. A pesar de que la modalidad contractual de concurso oferta, según el artículo 41º del RLCE contiene obligaciones de carácter sucesivo, pues se necesita de la aprobación del ET para la ejecución de la obra, las prestaciones que forman parte del concurso oferta son de naturaleza jurídica diferente. Por lo tanto, debe analizarse a cada una de manera independiente para su valorización y cumplimiento. En el presente caso, el hecho que suscitó la controversia es la variación del presupuesto para la ejecución de obra, aspecto que no incide en la correcta ejecución del ET.

- 1.2. ¿Cuál es la responsabilidad del contratista ante los riesgos que asume en el marco del Contrato N.º 012-2017-MTC/20?**

En los contratos bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada, el Consorcio asume responsabilidad por cualquier error en el ET- razón por la cual

debe garantizar su correcta y adecuada elaboración- así como por la variación de costos en la ejecución contractual, los cuales no constituyan una modificación de los alcances del contrato, es decir, mientras se mantenga lo establecido en el mismo.

En el caso materia de análisis no suceden ninguna de las dos situaciones, ya que el contratista actuó acorde a la debida diligencia que se le solicitaba en los TDR, de esa manera, el incremento en la ejecución de obra se debe a la necesidad de garantizar una infraestructura estable y viable mediante la incorporación de pilotes, aspecto preexistente que no fue previsto por PROVIAS. Precisamente, es con la intención de no correr riesgos en la ejecución de obra por errores en el ET que el Consorcio advierte a la Entidad del tipo de cimentación del terreno no previsto.

Asimismo, la incorporación de pilotes por el tipo de cimentación del suelo trae como consecuencia la ejecución de trabajos adicionales, es decir, aspectos no contemplados en el Contrato de manera inicial. En ese sentido, el Consorcio no corre el riesgo de asumir dicho sobrecosto, ya que en caso se le impusiera ello se vulneraría el principio de EEF y el aspecto conmutativo característico de los contratos administrativos.

1.3. ¿La no conformidad del Expediente Técnico se sustentó conforme a los parámetros exigidos por la normativa de contrataciones con el Estado?

No. PROVIAS no actuó en concordancia con los parámetros establecidos en el artículo 176º del RLCE para determinar y decidir no emitir conformidad del ET y mantenerlo observado. Según la normativa, se requiere que el funcionario responsable verifique la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales para la ejecución de la prestación. En el presente caso, el ET fue realizado de manera diligente y eficiente, prueba de ello es la conformidad de parte de la Entidad en todas las especialidades técnicas.

Asimismo, la aplicación del sistema a suma alzada se sustenta en la seguridad con la que cuenta el contratista de las especificaciones técnicas brindadas por la Entidad y los trabajos técnicos que llevará a cabo desde un inicio, los cuales se encuentran en el Contrato. No obstante, en el presente caso la Entidad no fue

clara al especificar todos los trabajos técnicos que tendría que realizar el contratista.

Finalmente, el contratista no puede llevar a cabo todas las prestaciones necesarias para la ejecución de obra por un monto fijo si es que ello implica una modificación del Contrato. En ese sentido, no existe un sustento objetivo ni técnico para decidir mantener observado el ET llevado a cabo por el contratista.

Problema complementario

1. ¿Resulta posible la aprobación de prestaciones adicionales en el Contrato de Ejecución de Obra N° 012-2017-MTC/20?

No. A pesar de que la Entidad podría aprobar prestaciones adicionales por situaciones en las que se produjeran modificaciones en las especificaciones técnicas por causas no imputables al contratista, el monto económico excede el límite para su aprobación, el cual es del 50%. En ese sentido, lo que correspondería según la LCE y el RLCE sería la resolución del contrato, teniendo PROVIAS que volver a convocar un proceso para la ejecución de obra. No obstante, ello no implica que no deba reconocerse el cumplimiento de elaboración de ET y por tanto la remuneración correspondiente por dicha prestación.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Disentimos de la posición mayoritaria del TA, el cual determina que el Consorcio no ha cumplido con levantar las observaciones de PROVIAS relacionadas al presupuesto, razón por la cual, no se puede dar por cumplida la obligación consistente en elaborar el ET. Al respecto, el Tribunal ignora que la razón de la variación del presupuesto se debe a la importancia de asegurar la viabilidad del proyecto de infraestructura de construcción vial, puesto que se había omitido mencionar el requerimiento de una cimentación profunda para el terreno. Dicha situación era preexistente a la suscripción del Contrato, en ese sentido, las áreas de estudio geológico y geotécnico del EP no contemplaron el tipo de cimentación necesaria para el puente Colquemayo, por lo cual, la razón del incremento resulta ser por causa no imputable al contratista.

Siendo la jurisdicción arbitral una de derecho pero que debe resolver una pretensión de cumplimiento técnico, debió apoyarse de mecanismos como pericias técnicas para poder determinar si hubo o no dicho cumplimiento, aunque no haya sido solicitado por las partes. Por último, tampoco realiza una interpretación de los riesgos que asumen los contratistas en este tipo de modalidad y sistema contractual a pesar de no encontrarse regulado de manera explícita en la normativa aplicable al caso, aspecto que resulta de suma importancia en el caso materia de análisis. En conclusión, el laudo carece de un razonamiento adecuado y realiza un análisis insuficiente y limitado para decidir que no es posible dar por cumplida la obligación de elaboración de ET.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. Problema principal

¿El Consorcio cumplió con su obligación de elaborar el Expediente Técnico de acuerdo a lo establecido en el Contrato y en los Términos de Referencia (TDR)?

Para el análisis, los problemas secundarios a resolver serán los siguientes: (i) ¿El incremento del monto ofertado para la ejecución de obra en un contrato bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada requiere de un análisis independiente de las prestaciones que forman parte del Contrato?, (ii) ¿Cuál es la responsabilidad del contratista ante los riesgos que asume en el marco del Contrato N.º 012-2017-MTC/20?, y (iii) ¿La no conformidad del Expediente Técnico se sustentó conforme a los parámetros exigidos por la normativa de contrataciones con el Estado?.

5.2. Problemas secundarios:

¿El incremento del monto ofertado para la ejecución de obra en un contrato bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada requiere de un análisis independiente de las prestaciones que forman parte del Contrato?

Para poder entender la controversia suscitada en el presente caso, es necesario desarrollar y comprender la naturaleza, así como el funcionamiento de los contratos bajo la modalidad de concurso oferta y sistema a suma alzada. En ese sentido, el artículo 41° del RLCE establece que el contrato concurso oferta es una modalidad en la cual el postor debe ofertar la elaboración del ET, la ejecución de obra y, de ser el caso, el terreno. Asimismo, señala que 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 L.P. Es decir, la Entidad se encuentra obligada a pagar el monto total establecido en la propuesta económica ofertada y pactado en el contrato.

En adición a ello, dispone que para la ejecución de obra es requisito previo la presentación y aprobación del ET por el íntegro de la obra. En ese sentido, se puede concluir que las prestaciones contenidas en el contrato concurso oferta son de ejecución sucesiva, no obstante, a pesar de dicha relación ambas son independientes puesto que la elaboración de ET es un servicio de consultoría de obra tal como lo establece la definición de consultor de obra en el Anexo de definiciones del RLCE, razón por la cual, “un contrato bajo la modalidad de concurso oferta no puede considerarse como un contrato de obra en sí” (OSCE, 2011, p.5).

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del contrato concurso oferta, puede concluirse que a cada prestación comprendida en estos contratos le resultan aplicables las disposiciones normativas que correspondan a cada una de ellas según su propia identidad. Por un lado, según los autores Juan Carlos Morón y Zita Aguilera, los contratos de consultoría tienen por finalidad “la prestación de servicios altamente calificados, dirigidos al desarrollo de actividades de inminente carácter intelectual” (2019, p.66). En el Perú existen dos tipos de contratos de consultoría: de consultoría general y consultoría de obra. Mientras que el primero consiste en la provisión de servicios profesionales especializados en la elaboración de estudios y proyectos tales como “la inspección de fábrica, peritaje de equipos; estudios básicos, preliminares y definitivos, y asesoramiento en la ejecución de distintos proyectos de obras. La consultoría de obras comprende las prestaciones de servicios calificados vinculados al desarrollo de la infraestructura” (Morón y Aguilera, 2019, p.67).

En ese sentido, los contratos de consultoría de obras abarcan dos tipos de prestaciones distintas, las cuales son: elaboración de Expediente Técnico y la supervisión de obras, cada una con características y finalidades propias. La elaboración del ET consiste en la formulación de un conjunto de documentos que comprende la identificación de riesgos, memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrajes, estudio de suelo, estudio geológico, de impacto ambiental, presentación de presupuesto entre otros complementarios. Por su parte, “la supervisión de obras implica una verificación, control y vigilancia de las prestaciones técnicas y contractuales del constructor o concesionario con la finalidad de garantizar a través del desarrollo de su actividad el cumplimiento del ejecutor de obra y el servicio” (Morón y Aguilera, 2019, p.67).

Por otro lado, el contrato de ejecución de obra es una prestación en virtud de la cual el contratista asume la obligación de ejecutar una obra específica. Al respecto, es menester resaltar que “el cumplimiento de su obligación no es la mera actividad de ejecución sino la obra terminada, entendida como el resultado final de la prestación, es decir, es una obligación de resultado, la cual tiene la particularidad de servir al interés público” (Campos e Hinostroza, 2008, p.299). En esa línea, las prestaciones que se pueden presentar en este tipo de contratos pueden ser: “reconstrucción, construcción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles; para su ejecución se requiere de dirección técnica, Expediente Técnico previo, mano de obra y equipo” (Morón y Aguilera, 2019, p.63).

Como se colige de los párrafos precedentes, los contratos de ejecución de obra pública pueden comprender en su alcance otro tipo de prestaciones como es el caso del diseño- elaboración del ET- a través de la modalidad contractual concurso oferta. No obstante, las prestaciones que forman parte de dicha modalidad deben ser analizadas de manera independiente, dado que las normas que se establecen para su valorización y cumplimiento responden a su propia naturaleza e identidad. Al respecto, cabe resaltar que el propio TA, en el desarrollo de su análisis, reconoce que la obligación de elaboración de ET es independiente de la ejecución de obra, aunque formen parte de un mismo contrato.

Ahora bien, tras haber establecido que dentro del concurso oferta se aplica la regulación correspondiente a servicio de consultoría de obras y ejecución de obra, debemos analizar en qué prestación incide el incremento del presupuesto económico ofertado. En ese sentido, tenemos que como consecuencia del proceso de selección por L.P llevado a cabo por PROVIAS, el Consorcio obtuvo la Buena Pro para la ejecución de la obra “Construcción de Puentes por Reemplazo en Puno” bajo la modalidad concurso oferta y sistema a suma alzada, la cual abarcaba un total de cuatro paquetes de obras por un monto de S/ 163,182,141,08.

En el presente caso, las partes suscribieron el Contrato para la ejecución de la OBRA 2 por un monto ascendente a la suma de S/39,717,551.60 a los nueve días del mes de febrero del 2017. El presupuesto económico para la ejecución del Contrato se estableció a partir de la propuesta económica presentada por el contratista. En ese sentido, el monto contractual se dividió de la siguiente manera:

PAQUETE	EXP. TÉCNICO	IGV	EJECUCIÓN	IGV	TOTAL
OBRA 2	3,000,000,00	540, 000,00	30,6558,942,03	5,518,609,57	39,717,551,60

Fuente: Elaboración propia

Como se observa, el monto se dividió por cada prestación que abarca el contrato concurso oferta. Para la elaboración del ET se presupuestó una suma ascendente a S/ 3,540,000,00 incluido IGV, mientras que para la ejecución de la obra una suma de S/ 36,177,551,60 incluido IGV.

Ahora bien, tras suscribir el Contrato, el Consorcio, previo a la presentación del ET de la OBRA 2, advierte a la Entidad sobre la necesidad de una cimentación profunda no contemplada en el EP para el puente Colquemayo, lo cual conllevaba a un incremento del presupuesto ofertado para la ejecución de obra. En específico, el contratista advirtió que resultaba imprescindible ejecutar pilotes para asegurar la estructura de los puentes y llevar a cabo una correcta ejecución de la segunda fase del Contrato.

Asunto: Nota Técnica Análisis de la cimentación Puente 07 Colquemayo. OBRA 02

Referencia: a) CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N°012-2017-MTC/20. OBRA 02.

De nuestra consideración:

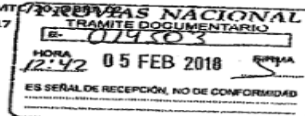
Es grato dirigirnos a usted para remitirle la Nota Técnica correspondiente al diseño de la cimentación del Puente Colquemayo, de 25 metros de luz, ubicado en la progresiva 1261+500. Tras los estudios de campo y el análisis de detalle de las características del terreno y del comportamiento hidráulico del puente es necesario implementar una cimentación profunda, que no estaba prevista en el estudio de perfil.

Afectuosamente,

Fuente: Carta N.º 00252-2017-LIC/PUNO

Asunto: Contestación Oficio N°113-2018-MTC/20.11

Referencia: a) CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N°012-2017-MTC/20.11
b) Carta N°00252-2017-LIC/PUNO de fecha 12.12.2017
c) OPINIÓN N° 203-2017/DTN
d) OPINIÓN N° 019-2015/DTN
e) OPINIÓN N° 081-2015/DTN
f) Carta N° 00011-2018-LIC/PUNO



De nuestra consideración:

3. Una evaluación de las conclusiones del Consultor-Contratista referidas a: durante la elaboración de los estudios definitivos, que comprende la implementación de una campaña de prospecciones geotécnicas muy detallada, se ha confirmado que la propuesta del Estudio de Perfil para la cimentación del Puente Colquemayo, de tipo DIRECTA, resulta insuficiente para asegurar la estabilidad de la estructura no observando los requisitos exigidos en la Normativa Técnica a cumplir, por lo que es necesario disponer de una cimentación PROFUNDA, mediante PILOTES, partida que no está contemplada en los Anexos II y II al estudio de Perfil que forman parte de las Bases Integradas que definen el proyecto y a la vez necesaria para cumplir con los objetivos fundamentales y finalidad del contrato, así como estabilidad de la construcción, de las obras a ejecutar.

Reiteramos que la documentación de partida entregada por la entidad NO contemplaba la necesidad de CIMENTACIÓN PROFUNDA, al respecto de lo cual, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) indica que, ante el cambio de las premisas originales del contrato en la modalidad de concurso – oferta bajo el sistema de suma alzada, se debe modificar el Contrato para cumplir con los fines de la obra y por lo tanto la Entidad puede aprobar una prestación adicional, siendo en este caso la ejecución de pilotes, que suponen una modificación de las características técnicas de ejecución del contrato y de las Bases y que además son necesarios e imprescindibles para alcanzar la finalidad del mismo y asegurar así la vida útil de la estructura.

Fuente: Carta N.º 0039-2018-LIC/PUNO

Con el conocimiento de dicha situación, el Consorcio presentó el ET, el cual constaba de un conjunto de documentos y especificaciones técnicas acorde a los parámetros establecidos por la Entidad en el proceso de contratación mediante. En dicho expediente, el Contratista señaló que el presupuesto de ejecución de obra para el reemplazo de los puentes de la OBRA 2 ascendía a S/48,492,010,95 soles sin IGV, lo que suponía un incremento de S/17,833,068,92 soles respecto al monto contemplado en la propuesta económica.

Como fundamento volvió a señalar que el incremento del presupuesto para la ejecución de obra se debía a exigencias técnicas no contempladas para la adecuada ejecución de obra, las cuales fueron detectadas por el contratista a partir del estudio geotécnico realizado, al igual que, los sondeos en campo ejecutados. En ese sentido, a raíz de ello, concluyó que los terrenos presentaban unas condiciones pésimas para la cimentación de los puentes, cuyo

dimensionamiento no se ajustaba a lo previsto en el EP, el cual sirvió de base para la licitación, contratación y suscripción del contrato.

Al respecto, resulta relevante realizar un análisis en relación a la necesidad de ejecución de pilotes y su importancia o relevancia en la OBRA 2. En ese sentido, los pilotes son componentes estructurales que forman parte de la clasificación de cimentación profunda, la cual según los ingenieros Rodríguez y Torpoco “se utiliza cuando **la resistencia del suelo al que se suele construir una zapata o losa de cimentación es insuficiente y no proporciona el soporte adecuado**, por lo que las cargas deben transmitirse a un estrato resistente a mayor profundidad” (2015, p.9). (El resaltado y subrayado es agregado).

Como se observa, este tipo de cimentación se emplea cuando las condiciones propias del terreno donde se llevará a cabo la construcción no permiten apoyar directamente la estructura debido a la inestabilidad del suelo y superficie. Es por ello que, al encontrarse en esta situación, se presenta la necesidad del uso de pilotes, los cuales tienen como finalidad transmitir las cargas de la estructura poco competente o con presencia de agua, hasta alcanzar suelos de mayor resistencia. Asimismo, los pilotes pueden emplearse “como un mecanismo para mejorar las condiciones físicas del terreno, incrementando su estabilidad y capacidad de soporte” (Rodríguez y Torpoco, 2015, p.10).

Como puede colegirse de la definición y alcances del pilote, dicho elemento resulta fundamental para garantizar la estabilidad y seguridad de la estructura. En ese sentido, concluimos que el incremento del presupuesto ofertado para la ejecución de obra se debió a una razón válida, puesto que sin ella la ejecución de obra no podría llevarse a cabo de manera eficiente y adecuada atendiendo a su finalidad de satisfacer el interés público.

Considerando lo expuesto, corresponde analizar y establecer si este elemento técnico indispensable para la ejecución de obra contemplado en el ET presentado por el Contratista se encontraba o formaba parte de los alcances del Contrato. Al respecto, el artículo 142º del RLCE establece que las Bases Integradas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del

procedimiento de selección que hayan sido expresamente señalados en el Contrato, forman parte del mismo.

En ese sentido, la octava cláusula del Contrato establece aquellas partes integrantes del Contrato: las BI de la LP, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes. Para efectos del desarrollo del presente análisis se tomará en cuenta los siguientes documentos: el EP y los TDR

En primer lugar, conforme a lo establecido en el artículo 6.1 de la Ley N.º 27293 - que crea el Sistema Nacional de inversión pública¹-, el EP forma parte de la etapa de preinversión de los Proyectos de Inversión Pública, es decir, la etapa inicial en los cuales se evalúa la necesidad y pertinencia de la inversión pública, asegurando que los recursos del Estado se asignen a proyectos sostenibles.

Asimismo, de manera más específica, la Directiva General del Sistema de Inversión Pública- aprobada por Resolución Directoral N.º 003-2011-EF-68.01- define al EP como una valoración inicial de características técnicas, beneficios y costos de un conjunto de alternativas, la cual debe realizarse a partir de estudios especializados que permitan definir el dimensionamiento del proyecto teniendo en cuenta todos los aspectos técnicos necesarios para su completa ejecución.

De lo señalado, se puede concluir que el EP resulta ser un documento importante para la posterior elaboración de los documentos definitivos y esenciales para la ejecución de la obra, más aún teniendo en cuenta que los contratos bajo el sistema de suma alzada implican una invariabilidad de la propuesta económica ofertada por el contratista. En ese sentido, resulta fundamental contar con parámetros claros y previsibles para que el contratista pueda desarrollar de manera eficaz las dos prestaciones que involucran la modalidad contractual concurso oferta: elaboración del ET y ejecución de obra.

En el marco del presente caso materia de análisis, el EP de la OBRA 2 presentó un resumen de costos de inversión por alternativas de todos los puentes que

¹ La norma fue derogada por el Decreto Legislativo N.º 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversión, el cual entró en vigencia el 24 de febrero del 2017. No obstante, los proyectos que pasaron a este nuevo sistema fueron aquellos que se encontraban en la etapa de formulación y evaluación, mientras que, aquellos que se encontraban en ejecución, se mantuvieron en el Sistema Nacional de Inversión Pública.

conforman el proyecto. Al respecto, de los puentes que conforman la obra, se identificó que para el puente Colquemayo no se había contemplado costo alguno en la descripción referida al pilotaje.



4.4.19. PUENTE COLQUEMAYO

RESUMEN DE COSTOS DE INVERSION POR ALTERNATIVAS		
PUENTE COLQUEMAYO KM 1261+500 (L=25m)		
ALTERNATIVA 1_TIPO LOSA CON VIGAS DE CONCRETO ARMADO		
ALTERNATIVA 2_TIPO LOSA CON VIGAS DE CONCRETO POSTENSADO		
Longitud (m)		25
Tipo de cambio		3
Descripción	Alt. 1	Alt. 2
PUENTE	2,581,678.44	2,673,559.08
OBRAS PRELIMINARES Y TRABAJOS PRELIMINARES	625,120.61	625,120.61
MOVIMIENTO DE TIERRAS	81,851.56	81,778.86
ESTRUCTURA METALICA PROVISIONAL	1,103,768.53	1,102,511.33
PILOTAJE	-	-
ESTRIBOS Y PILARES	272,982.66	275,506.69
SUPERESTRUCTURA DE ACERO ESTRUCTURAL	-	-
SUPERESTRUCTURA DE CONCRETO	388,889.76	479,576.27
LOSAS DE APROXIMACION	22,708.99	22,708.99
MUROS NEW JERSEY	23,725.54	23,725.54
VARIOS	62,630.79	62,630.79
ACCESOS	491,173.49	491,173.49
MOVIMIENTO DE TIERRAS	352,981.74	352,981.74
PAVIMENTO	52,112.62	52,112.62
OBRAS DE ARTE Y DRENAJE	62,303.20	62,303.20
SEÑALIZACION	23,775.93	23,775.93
OBRAS DE DEFENSA	102,400.36	102,400.36
OBRAS DE DEFENSA	102,400.36	102,400.36
IMPACTO AMBIENTAL	231,770.84	231,770.84
PROGRAMA DE PREVENCIÓN, MITIGACIÓN Y/O MANEJO	138,878.02	138,878.02
PROGRAMA DE ABANDONO DE OBRA	21,217.80	21,217.80
PLAN DE CIERRE	71,675.02	71,675.02
CD	3,407,073.13	3,498,903.77
GS (25%)	851,755.78	874,725.94
UT (10%)	340,702.31	349,890.38
SUBTOTAL	4,599,481.22	4,723,520.09
ICV (18%)	827,906.62	850,233.62
TOTAL OBRA	5,427,387.84	5,573,753.71
Estudios Definitivos (8%)	434,191.03	445,900.30
Supervisión (10%)	542,738.78	557,375.37
Total inversión	6,404,317.65	6,577,029.37
Inversión / ml (S/.)	256,173	263,081
Inversión / ml (US\$)	85,391	87,694

Fuente: Estudio de Perfil del Proyecto "Reemplazo por Puentes en Puno"

Como se colige del cuadro de resumen de costos; la Entidad no contempló la implementación de pilotes, los cuales resultan necesarios, ya que sin ellos el puente no contaría con la estabilidad estructural necesaria ni sería capaz de soportar las cargas previstas tras su implementación. En el caso específico, resulta imprescindible que los siete puentes contemplados en la OBRA 2 cuenten con cimentación acorde a las características del terreno, en tanto constituyen elementos fundamentales para garantizar la viabilidad técnica de la obra. Su omisión no sólo pondría en riesgo la seguridad estructural, sino que podría generar a futuro incidentes graves e incluso tornar dicha infraestructura en obsoleta y/o inoperativa.

Por tanto, a partir del análisis realizado, podemos concluir que el EP no contempló una cimentación profunda, y, por tanto, la incorporación de pilotes para el puente Colquemayo. Al respecto, cabe resaltar que el EP resulta ser el documento técnico bajo el cual el Contratista formula y presenta su propuesta técnica y económica, ya que no cuenta con un Expediente Técnico, es decir, un análisis más detallado.

Como segundo punto, corresponde analizar otro de los documentos derivados del proceso de selección y que forman parte del contrato, los TDR. El Anexo de definiciones de RLCE lo define como la descripción de características y condiciones técnicas en las cuales deberá ejecutarse el servicio de consultoría.

Al encontrarnos en un contrato concurso oferta, el cumplimiento del mismo abarca dos prestaciones distintas, dentro de las cuales una de ellas es la elaboración del ET, el cual como hemos definido previamente es un servicio de consultoría altamente especializado y profesional, razón por la cual resulta conveniente analizar si los TDR contemplaron en sus cláusulas la inclusión de pilotes para la ejecución de obra.

En ese sentido, dicho documento señala que su finalidad es describir las actividades y condiciones bajo las cuales el Contratista, utilizando las mejores técnicas y recursos, desarrollará cuatro expedientes técnicos definitivos y la construcción de cuatro obras de construcción de puentes, **conforme el perfil de proyecto aprobado**. (el resaltado es agregado). Es decir, la actuación del Consorcio debería enmarcarse en los lineamientos establecidos en el EP, el cual como se detalló previamente no contenía la cimentación profunda de pilotes para todos los puentes que forman parte de la OBRA 2.

En su contestación de demanda arbitral, PROVIAS señala que el ET presentado por el Contratista no puede ser aprobado debido a que fue elaborado sin tener en consideración las disposiciones establecidas en los TDR. En específico, cita el siguiente apartado que establece los alcances de la primera etapa de ejecución contractual, es decir, la elaboración y presentación del ET:

En el numeral 5 Alcances, ítem 1 señala: 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".

Fuente: Términos de Referencia

No obstante, la Entidad no toma en cuenta que la incorporación de pilotes no se encontraba dentro de las soluciones y alternativas planteadas en el perfil aprobado del Proyecto de Inversión Pública, es decir, no formaba parte de los alcances de

los TDR a pesar de resultar esencial para la ejecución de obra. Al respecto, el numeral 7.1.1 señala lo siguiente:

- Si el Proyectista sustenta la conveniencia técnica y funcional de una alternativa que no está incluida en el perfil del proyecto, ésta debe plantearse 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.

Fuente: Términos de Referencia

A partir de ello, se desprende que el Consorcio, como diseñador del puente de reemplazo, tenía la posibilidad de plantear una alternativa distinta a las del perfil si es que existía un fundamento técnico y funcional. En relación a este punto, cabe resaltar 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 cimentación profunda a través de pilotes era la única solución viable para el proyecto a nivel técnico y práctico. Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal Arbitral correspondiente se apoya en una pericia técnica la cual llegó a tres conclusiones:

“El Estudio de Perfil no contemplaba la implementación de una solución de cimentación profunda, se descarta la cimentación superficial- salvo se apliquen técnicas de mejoramiento de suelo que mitiguen los problemas de licuación y socavación), y se concluye que la cimentación mediante pilotes contemplada en el Expediente Técnico constituye una solución de cimentación profunda (Tribunal de Arbitraje, 2021, p.21).

Como se colige de lo señalado, y teniendo en cuenta que la Entidad no solo no evaluó las soluciones propuestas por el Consorcio y su viabilidad, sino que tampoco presentó una alternativa diferente y más económica, podemos afirmar que la implementación de cimentación profunda a través de pilotes era la única solución viable, la cual implicaba un incremento en el presupuesto económico ofertado para la ejecución de la OBRA 2.

A pesar de contar con un fundamento técnico y funcional para la incorporación de

esta nueva alternativa, el TA realiza un análisis restrictivo sobre la posibilidad de irrogar en mayores costos en la ejecución del Contrato advirtiendo que el Consorcio no habría brindado una respuesta específica sobre el aumento del presupuesto. No obstante, como se ha demostrado, el criterio técnico no contemplado en el EP resulta ser la única forma de ejecutar la OBRA 2, asegurando estabilidad y seguridad en su estructura, ignorar este aspecto pondría en peligro la viabilidad del proyecto y finalidad con la cual fue aprobado.

Por ello, consideramos que, si bien ninguna de las partes ofreció como prueba pericias técnicas llevadas a cabo por especialistas que pudieran calificar la alternativa del Consorcio o determinar si existía otra alternativa viable, el TA en concordancia con lo establecido en el artículo 44. 1º de la Ley de Arbitraje, pudo por iniciativa propia nombrar un perito para que pueda dictaminar sobre la materia técnica específica y así realizar un análisis más completo.

Ahora bien, el incremento económico es un aspecto que incide de manera directa en la ejecución de obra, una de las prestaciones que forma parte del concurso oferta. No obstante, la controversia del presente arbitraje se centra en el cumplimiento de elaboración de ET, el cual no presenta una variación en el monto ofertado y acordado para llevar a cabo dicha prestación. Por lo cual, al haber establecido que el concurso oferta abarca obligaciones de carácter independiente, consideramos que el incremento económico para la ejecución de obra no tendría por qué afectar el cumplimiento del ET.

En ese sentido, cabe resaltar que la generación de un presupuesto de ejecución de obra mayor al previsto implica una evaluación posterior a la aprobación del E.T, en la cual la Entidad tendrá que decidir si decide no continuar con el Contrato o preservarlo atendiendo al nuevo gasto que implicaría el cumplimiento de la OBRA 2. Sin embargo, dicha discusión va más allá de aquello que se busca analizar y dilucidar en el presente informe.

En conclusión, los contratos bajo la modalidad concurso oferta implican el cumplimiento de dos prestaciones de ejecución sucesiva, las cuales son la elaboración del ET y la ejecución de obra. Si bien ambas forman parte de un mismo contrato, cada una responde a una naturaleza diferente y por tanto, cada una es

regulada por normas específicas en la LCE. Por tanto, el incremento del presupuesto económico ofertado y previsto para la ejecución de obra es un aspecto que no incide en la conformidad o no del ET, ya que es una evaluación posterior que deberá realizar PROVIAS.

Por último, en relación a la fundamentación del TA sobre este punto, a pesar de que el propio tribunal reconoce el carácter independiente de las prestaciones que forman parte del contrato concurso oferta, señala que el contratista cumplió con los aspectos técnicos mas no económicos relacionados al ET. Al respecto, consideramos que dicha interpretación es errónea ya que el presupuesto final responde a un cálculo acorde al diseño y detalle de ingeniería a llevar a cabo por el contratista en la ejecución de obra.

¿Cuál es la responsabilidad del contratista ante los riesgos que asume en el marco del Contrato N.º 012-2017-MTC/20?

Los contratos administrativos, al igual que los contratos entre privados, producen derechos y obligaciones entre las partes. No obstante, el contrato estatal constituye una categoría especial de contrato, ya que se rige por reglas, principios y procesos propios del derecho público. En ese sentido, tiene como finalidad servir de herramienta para alcanzar el fin público relevante, y, por tanto, “su regulación persigue la previsibilidad de la ejecución del contrato para evitar incumplimiento y buscar el mejor valor por dinero” (Morón y Aguilera, 2019, p.27).

Teniendo en cuenta el interés general que protege la administración, las Entidades se encuentran obligadas a proporcionar seguridad y claridad del presupuesto necesario para llevar a cabo la contratación de servicios, bienes y obras, ello con la finalidad de gestionar adecuadamente los fondos públicos. Según García de Entierra y Ramón Fernández, bajo este enfoque del contrato estatal en el siglo XIX, especialmente en el contrato de obra pública pactado a precio fijo, se aplicaba el principio de riesgo y ventura, conforme al cual “el cocontratante de la administración tenía la carga de ejecutar el contrato en los términos económicos en que fue pactado, sin importar que la concreción de los riesgos —sin distinción alguna entre ellos— le hiciera mucho más onerosa la ejecución”. (2004, p.749).

Frente a dicho principio, el cual no otorgaba protección al patrimonio del contratista, nace “la necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de la administración en los contratos estatales, razón por la cual, la jurisprudencia francesa acepta la necesidad de mantener el equilibrio económico de los contratos administrativos”. (Rodríguez, 2011, p.62). De esta manera, se consolida el principio de EEF, el cual mantiene la equivalencia entre las prestaciones pactadas, y a partir del cual los intereses de cada una de las partes deben ser garantizados en función a lo establecido en el contrato. Según Morón y Aguilera, este principio, propio de la contratación estatal, garantiza el derecho a la utilidad y protección patrimonial al contratista. En ese sentido, la ruptura del principio de EEF “determina el derecho de la parte afectada de exigir a su contraparte que se tome las medidas necesarias, generalmente previstas en el contrato, para restablecer el equilibrio económico” (2019, p.40)

Bajo este nuevo paradigma, y teniendo en cuenta que la suma alzada implica que la magnitud de las prestaciones esté totalmente definida, podemos concluir que el contratista será responsable por aquellos riesgos que no excedan las condiciones contractuales.

Si bien la normativa aplicable al caso no contempla ningún aspecto con relación a la asignación ni previsión de riesgos de las partes en la ejecución contractual, las leyes posteriores a dicha normativa han regulado y brindado una mayor claridad al respecto. Por un lado, el artículo 32.2 de la Ley N.º 30225, al igual que el artículo 138.3 de su Reglamento, establecieron que en los contratos de obra debe identificarse y establecer los riesgos posibles de ocurrir durante la ejecución del contrato. Por otro lado, actualmente, la Ley N.º 32069 no solo contempla como una cláusula obligatoria del contrato la gestión de riesgos, sino que en el artículo 156º del RLGCE contempla la necesidad de una planificación de cómo se gestionarán los mismos en la estrategia de contratación llevada a cabo por la Entidad.

Ahora bien, el Contrato materia de análisis no contiene una cláusula sobre la asignación de riesgos, no obstante, los TDR- parte integrante del Contrato- si establecen riesgos para el Consorcio en los siguientes términos:

7.1. PRIMERA ETAPA: ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO DEFINITIVO

7.1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

- 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.

Fuente: Términos de Referencia

12. OTRAS RESPONSABILIDADES DEL CONSULTOR-CONTRATISTA.

- El Consultor-Contratista asumirá la responsabilidad técnica total por los servicios profesionales prestados para la elaboración de los Expedientes Técnicos Definitivos y la Ejecución de la Obras.
- La Revisión de los Expedientes Técnicos Definitivos por parte de la Supervisión durante su elaboración, no exime al CONSULTOR-CONTRATISTA de la responsabilidad final y total del mismo.
- El Consultor-Contratista es el responsable absoluto de los Expedientes Técnicos Definitivos que elabore, por tanto, deberá garantizar la calidad de los mismos y responder por ello, de acuerdo a las normas legales vigentes durante los siguientes cinco (05) años, desde la fecha de aprobación de los Expedientes Técnicos Definitivos por parte de PROVIAS NACIONAL.
- El incumplimiento por parte del Consultor-Contratista de lo señalado en los presentes Términos de Referencia, conllevará a la aplicación de las multas señaladas en las Bases del Concurso Oferta y/o en el contrato respectivo

Fuente: Términos de Referencia

Como puede advertirse, PROVIAS atribuye responsabilidad y riesgos al Consorcio por su desempeño técnico tanto en la elaboración del ET como en la ejecución de la obra. Al respecto, cabe resaltar que al momento de ejecutar la obra pueden variar precios, por ejemplo, en la calidad en relación a la marca de productos a ser usada o la cantidad de materiales, no obstante, dichos riesgos son mínimos y no deberían implicar cambios en las condiciones de trabajo contenidas en el contrato de obra pública.

Ahora bien, como es propio de la naturaleza del concurso oferta, la Entidad atribuye al Contratista la total responsabilidad en la elaboración del ET en tanto esta modalidad de contratación radica en optimizar y mejorar la eficiencia en la ejecución de obras públicas, evitando problemas por expedientes mal elaborados por parte de las entidades. Así, cualquier riesgo en la ejecución de obra -proveniente de deficiencias o errores en el ET- será asumido por el contratista en la medida que fue este quien diseñó y elaboró el documento técnico.

De lo señalado, puede concluirse que los riesgos que asumía el Consorcio en el Contrato eran dos: errores o deficiencias en el ET por no actuar con la debida diligencia o aumento de precios mínimos que no involucren la modificación de las condiciones contractuales y las especificaciones técnicas establecidas en los TDR.

En relación al riesgo por la presencia de algún tipo de deficiencia en el ET, el OSCE considera que existe una deficiencia en dicho expediente cuando “los documentos que lo componen no cumplan con definir adecuadamente las características, alcance y la forma de ejecución de obra, así como tampoco describan adecuadamente las condiciones del terreno” (2017, p.3). No obstante, el Consorcio presentó un ET que cumplía con establecer clara y totalmente el desarrollo de la obra, así como sus condiciones técnicas.

En el presente caso, la Entidad pretende que el Consorcio modifique el presupuesto económico contenido en el ET para la ejecución de obra con la finalidad de que sea el mismo de aquel ofertado en la propuesta del contratista, y así vaya acorde al sistema contractual pactado. No obstante, dicha variación responde a una actuación diligente por parte del contratista para la correcta ejecución y viabilidad de la obra, la cual es la implementación de pilotes debido a la necesidad de cimentación profunda del puente Colquemayo, lo cual permitirá consolidar la estructura vial.

Debido a la responsabilidad con la cuenta el contratista en el marco de los contratos concurso oferta bajo el sistema de suma alzada, resulta imprescindible que actúe con una diligencia razonable a fin de reducir al máximo el margen de error en el ET, pues de lo contrario tendría que asumir cualquier sobrecosto por los errores que contenga dicho documento en la etapa de ejecución de obra.

Al respecto, cabe resaltar que, del análisis del TA, se advierte que la Entidad no ha cuestionado en ningún momento el aspecto técnico de la consultoría de obra, sino únicamente la evidencia respecto a que el costo real de la obra podría superar el monto contratado y que dicho costo no ha sido adecuadamente ajustado al valor ofertado. En ese sentido, consideramos que la “observación económica” no resulta lógica en la medida en que “el costo de ejecución de la

obra es un dato de la realidad derivado de las especialidades técnicas del expediente, las cuales fueron aprobadas por la Entidad en su mayoría, salvo por la especialidad de Metrados, Costos y Presupuestos y el Informe de Verificación de Viabilidad”. (Voto en discordia Exp. 1908- 308-18, 2020, p.9).

Lo señalado demuestra la diligencia al igual que la buena fe del Consorcio. Al respecto, si bien el principio de buena fe contractual no se encuentra regulado de manera explícita en el ordenamiento normativo de las contrataciones estatales, el mismo ha sido regulado vía arbitral y desarrollado por amplia doctrina y jurisprudencia.

Según Morón y Aguilera, el principio de buena fe contractual se encuentra ligado al principio de equidad regulado en la LCE, en la cual se señala que las prestaciones y derechos de las partes deben ser recíprocas y guardar una relación razonable de equivalencia y proporcionalidad. Para los autores, “sobre la base del principio de buena fe contractual, las partes deben otorgar a las cláusulas del contrato el sentido que confluya a mantener el equilibrio económico del contrato”. (2019, p. 88).

De lo señalado, se colige que las partes tienen el deber de actuar con ética y honestidad en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos. Teniendo en cuenta ello, consideramos que el Consorcio advirtió la necesidad de incorporación de pilotes por cimentación profunda ya que, de no hacerlo habría actuado de manera dolosa proporcionando un mayor riesgo en la ejecución de obra, el cual atentaría contra el interés público. La pretensión de la Entidad de ajustar el costo de ejecución de obra al monto ofertado teniendo en cuenta que la estructura de cimentación profunda y de pilotes es la única alternativa viable, resulta irrazonable y vulnera el principio de buena fe contractual.

Ahora bien, en relación al riesgo que asume el Consorcio sobre cualquier incremento económico por razones de calidad o cantidad, el mismo sería aplicable si la razón fuera una causa no sustancial y se tuviera como fundamento su necesidad para llevar a cabo un trabajo o especificación técnica establecida en el Contrato o en los TDR de obligatorio cumplimiento por parte del contratista.

No obstante, el incremento tiene como causa un aspecto técnico que implica llevar a cabo trabajos adicionales no contemplados en el Contrato ni los documentos que forman parte del mismo. En ese sentido, el contratista no podría asumir responsabilidad por una modificación en los alcances del contrato que afecte el diseño o la solución técnica de la obra, especialmente cuando dicha alteración obedece a una omisión de información por parte de la Entidad en el EP.

En caso la Entidad tuviera la intención de trasladar los sobrecostos al contratista, consideramos que dicha decisión no iría acorde a los principios de EEF y equidad, propios de las contrataciones con el Estado, bajo el cual los contratos deben ser de carácter conmutativo. Así, “no podríamos sostener válidamente que todo lo que sea necesario para la culminación del contrato debe ser asumido por el contratista bajo su cuenta y riesgo sin reconocérsele absolutamente nada”. (Sologuren 2017, p. 98).

Actualmente, según Linares existe un consenso en cuanto a que la rigidez absoluta de precios en los contratos a suma alzada no resulta razonable, pues pueden surgir circunstancias que ameriten su revisión y variación, de esta manera la concepción de este sistema en los contratos de la administración tendría un carácter puramente teórico (2013, p.240). Al respecto, si por encontrarnos bajo circunstancias materiales preexistente como lo era la cimentación profunda del puente Colquemayo, PROVIAS alegara que el contratista pudo observar dicha situación en la etapa de selección, consideramos que dentro de los márgenes razonables no era posible que el contratista conociera la diferencia existente entre el diseño detallado por la Entidad y la realidad, puesto que se necesitaba de estudios de geología y geotécnica para su conocimiento, los cuales son propios de aquellos estudios que se realizan en la etapa de elaboración del ET.

Al respecto, cabe mencionar que dicha situación no impide el cumplimiento de ambas prestaciones, sin embargo, al verse afectada la ecuación económica financiera del Contrato y tornarse onerosa la prestación de ejecución de obra, se genera a favor del Consorcio el derecho a un incremento del monto ofertado por su trabajo adicional.

De lo expuesto, podemos concluir que el contratista en los contratos de obra pública bajo la modalidad de concurso oferta y sistema a suma alzada asume responsabilidad por cualquier error o deficiencia en el ET, así como el riesgo de la variación de los costos en la ejecución contractual, siempre que los mismos no constituyan una modificación de aquellas condiciones establecidas en los alcances del contrato.

En el presente caso, no podríamos referirnos a la existencia de alguna deficiencia en el ET, ya que el incremento del presupuesto para la ejecución de obra se debe a una razón fundamental para la correcta y adecuada construcción vial, en ese sentido y en concordancia con lo establecido en los TDR, el Consorcio actuó de manera responsable usando la mejor estrategia para prevenir cualquier tipo de error que pueda ocurrir en la ejecución de obra.

Asimismo, la variación del presupuesto se debe a una modificación en los alcances del Contrato -estructura y diseño en la cimentación haciendo uso de pilotes- lo cual implica realizar trabajos adicionales, razón por la cual el contratista no resultaría responsable, ya que solo asume riesgos por calidad y cantidad en materiales para la ejecución de prestaciones contempladas en el Contrato.

Por último, si se pretendiera que el Consorcio asuma los sobrecostos, tornando más onerosa la prestación para él, se estaría vulnerando el principio de justicia distributiva y equidad de los contratos administrativos.

¿La no conformidad del Expediente Técnico se sustentó conforme a los parámetros exigidos por la normativa de contrataciones con el Estado?

Como señalamos previamente, las prestaciones que forman parte de contrato concurso oferta son independientes, y como tales su cumplimiento se ciñe a criterios diferentes, los cuales responden a su propia naturaleza. Aterrizando en el caso, la controversia se suscita en el contexto de un contrato concurso oferta bajo el sistema a suma alzada entre PROVIAS y el Consorcio. Al respecto, cabe resaltar que la disputa materia de arbitraje se circunscribe a la etapa de elaboración de ET, es decir, al cumplimiento del servicio de consultoría de obra,

razón por la cual corresponde determinar su conformidad de acuerdo a los parámetros establecidos para dicha prestación.

En ese sentido, para determinar la conformidad del ET, podemos concluir a partir del artículo 176° del RLCE, que se necesitará verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales que fueron pactadas para la ejecución del servicio. Al respecto, es menester resaltar que las modificatorias de la LCE han ido estableciendo mayor claridad en cuanto a este aspecto, en ese sentido, el artículo 144° del RLGCE dispone que, para el caso de la conformidad de bienes y servicios, deberá verificarse el cumplimiento de los TDR.

Como se observa, mientras que la normativa aplicable al caso materia de análisis establece como criterios: calidad, cantidad y cumplimiento de las obligaciones contractuales. La nueva normativa engloba dicho contenido en el documento de Términos de Referencia, el cual contiene aquellas características técnicas en las que deben ejecutarse los servicios, en este caso, las consultorías de obra.

Ahora bien, según lo contemplado en los TDR, la elaboración del ET conlleva el desarrollo de especialidades técnicas requeridas para proponer la mejor solución técnica, y de esta manera se pueda ejecutar la obra de manera adecuada, al igual que, garantizar su viabilidad. Por lo tanto, podríamos concluir que la autoridad encargada debe observar el cumplimiento de todas las disciplinas exigidas para el cumplimiento de la prestación, entre las cuales se encuentran aspectos topográficos, geológicos, hidrológicos, entre otros.

Teniendo en cuenta los parámetros que deben contemplarse para determinar el cumplimiento contractual de elaboración de ET, corresponde analizar si en el presente caso PROVIAS cumplió con seguir dichos criterios al momento de dar cuenta de la conformidad de la prestación y decidir no aprobar el del ET elaborado por el Consorcio.

En primer lugar, se tiene que la Entidad presentó un primer bloque de observaciones el cual fue subsanado por el contratista, no obstante, presenta un segundo bloque en el cual comunica observaciones referidas a las especialidades de (i) metrados, costos y presupuestos, y especificaciones

técnicas; y, (ii) informe de verificación de viabilidad. Sin embargo, dichas observaciones fueron realizadas únicamente en base a aspectos económicos y presupuestales.

Respecto a las observaciones referidas a los metrados, costos y presupuesto, mediante Informe N.º 063-2018-MTC/20.11.2/WTL, la Entidad concluyó que estas fueron levantadas. No obstante, advirtió que el presupuesto para la ejecución de obra varía respecto de aquel consignado en la propuesta económica, sobre la base de la cual se firmó el Contrato:

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.

Fuente: Informe N.º 063-2018-MTC/20.11.2/WTL

Como se colige de las conclusiones planteadas por PROVIAS tras la evaluación de absolución del segundo bloque de observaciones por parte del Consorcio, el fundamento para mantener en calidad de “observado” y no aprobar el ET presentado por el contratista es de índole únicamente económica al existir una variación en el monto para la ejecución de obra, el cual difiere del establecido en la propuesta económica del Consorcio y el Contrato. En cuanto a la verificación de viabilidad, el Informe N.º 42-2018-MTC/20.11.2/RCCH precisa que al tratarse de un contrato bajo la modalidad concurso-oferta, existe un monto previamente pactado, razón por la cual no resulta procedente introducir variaciones en el costo de la obra que impliquen modificar el monto de inversión aprobado.

1. ANALISIS

Habiéndose procedido a revisar el Expediente Técnico Definitivo de la Obra N° 02, que involucra a los Puentes Cahuasiri, Ayaviri, Ccaccachupa, Ventilla, Pucramayo, Cobremayo y Colquemayo se tienen los siguientes comentarios:

- 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.
- b) Lo señalado en el párrafo anterior se complementa con lo indicado en las observaciones realizadas por la Especialidad de Costos y Presupuestos, lo que originara variaciones en el Costo de Obra y que llevara a modificar el monto de inversión.

Fuente: Informe N.º 42-2018-MTC/20.11.2/RCCH

Del análisis realizado por la Entidad en este informe, queda claro que la razón por la cual decide no emitir conformidad del ET es el incremento del presupuesto económico para la ejecución de obra, no obstante, PROVIAS no se detiene a analizar la causa ni la justificación técnica razonable de dicho incremento que como mencionamos en anteriores apartados, resulta ser la única solución viable.

En tal sentido, la Entidad estaría incumpliendo lo dispuesto en el numeral 7.3.3 de los TDR, ya que, a pesar de haber otorgado conformidad de las especialidades técnicas, mantiene el documento en condición de “observado” por la variación del presupuesto de ejecución de obra. Al respecto, cabe resaltar que dicho incremento responde a una necesidad para llevar a cabo una adecuada construcción de puentes, es decir, se sustenta en una razón justificada la cual no fue analizada, por lo cual no resulta lógica la decisión de PROVIAS de mantener observado el ET.

En segundo lugar, el Contrato, así como los documentos que forman parte del mismo, señalan que el sistema aplicable para el cumplimiento de las prestaciones es de suma alzada. Razón por la cual, uno de los parámetros para la conformidad es que se mantengan las condiciones contractuales, dentro de las cuales se encuentra la invariabilidad del presupuesto ofertado para la ejecución de obra. No obstante, cabe resaltar que para ello se requiere de criterios que no fueron observados ni cumplidos en el presente caso.

Al respecto, el artículo 40° del RLCE señala que el sistema de contratación a suma alzada es aplicable cuando **las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación a llevar a cabo por el contratista se encuentran 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 subrayado y resaltado es nuestro).

Según Podetti, el sistema de suma alzada o suma global se define como un precio inmodificable, ya que “ambas partes 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 pactaron cambien hasta el momento de la finalización de los trabajos, entrega de la obra y liquidación final de cuentas” (2005, p.251). De lo señalado, puede advertirse que el empleo de este sistema presupone que las condiciones de los trabajos a realizar por parte del contratista se encuentren correctamente definidas.

Así, según Sologuren, la naturaleza de la suma alzada reside en que se cumpla con tener definido lo que va a ser ejecutado (2017, p.95). En el mismo sentido, según la Opinión N.º 203-2017/DTN, cuando una Entidad determina la conveniencia de ejecutar una obra bajo la modalidad concurso oferta, **“la propuesta de los postores tanto técnica como económica se enmarca en función del alcance y costo de la totalidad de las prestaciones establecidas en las Bases Integradas, y demás condiciones aplicables de conformidad con la normativa que regula el objeto de la convocatoria”**. (OSCE, 2017, p.5). (el subrayado es agregado).

Como se observa, la modalidad contractual de diseño y ejecución bajo el sistema a suma alzada es aplicable en tanto se establezca de manera clara las condiciones contractuales. Así, el contratista confía en que aquello que le ha sido proporcionado por la Entidad para la formulación de su oferta ha sido contemplado desde un análisis tanto técnico como económico. Es así que, la información que contienen los documentos del proceso de selección tales como los TDR y el EP deben contener información clara, específica y confiable para que los postores desarrollen una oferta acorde a las necesidades de la entidad evitando riesgos que afecten la continuidad del contrato.

En el caso materia de análisis, el Consorcio presentó una propuesta tanto técnica como económica sobre la base de los documentos proporcionados por PROVIAS en el proceso de selección. No obstante, al momento de elaborarse el ET, se detectó que dichos documentos técnicos elaborados por la Entidad no habían establecido una cimentación profunda para la construcción del Puente de Colquemayo, para lo cual se necesitaría de la incorporación de pilotes, los cuales resultan ser elementos esenciales para la adecuada ejecución de la obra. Es decir, PROVIAS no cumplió con lo establecido en el artículo 40º del Reglamento de la LCE- brindar especificaciones técnicas definidas- ya que la incorporación de pilotes debido a la necesidad de implementación de cimentación profunda era la única solución viable para el proyecto.

Si bien el monto económico de ejecución de obra no se condice al sistema contractual de suma alzada, ello se debió a que PROVIAS no proporcionó especificaciones técnicas básicas en su totalidad, las cuales no era posible que sean previstas por el Consorcio a menos que realice e invierta en estudios propios de la elaboración del ET. En conclusión, no se cumplió con lo establecido en la norma para poder aplicar el sistema a suma alzada.

En tercer lugar, PROVIAS señala que el Consorcio no estaría cumpliendo con lo estipulado en la cláusula tercera del Contrato la cual indica que 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. No obstante, lo señalado implicaría que el Consorcio asuma cualquier sobrecosto, incluso de aquel que se genere como consecuencia de la necesidad de realizar trabajos no previstos en los alcances originales del contrato, los cuales en el presente caso surgen por causa no imputable al contratista.

Consideramos que dicha interpretación vulnera los principios de seguridad jurídica, EEF y equidad. Por un lado, la seguridad jurídica es uno de los principios generales más relevantes del derecho, según Lifante debe definirse a la seguridad jurídica como “la protección de expectativas razonablemente fundadas de los ciudadanos, es decir, a aquellas legítimas para el ordenamiento jurídico” (2013, p.103). En materia de contrataciones con el Estado, el contrato estatal brinda seguridad jurídica al contratista al establecer de manera clara los

derechos y obligaciones de las partes, así como los términos bajo los cuales registrará dicho contrato. No obstante, en el caso materia de análisis las disposiciones variaron debido a una omisión de información relevante para la ejecución contractual por parte de la Entidad, razón por la cual la seguridad jurídica con la cual contaba el Consorcio se vio afectada.

Por otro lado, el principio de EEF es propio de la contratación estatal, el mismo “hace alusión al balance o equivalencia que existe en las prestaciones a cargo del Estado y su contratante, y que determinan que bajo las condiciones pactadas el contrato sea beneficioso para el Estado, de acuerdo a sus objetivos, y rentable para su contraparte” (Morón y Aguilera, 2019, p.40). En concordancia con lo previamente citado, el jurista Libardo Rodríguez precisa lo siguiente:

“(…) el principio de equilibrio económico de los contratos administrativos consiste en que las prestaciones que las partes pactan, de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo (..). (2011, p.60).

En dicha línea argumentativa, Lamprea Rodríguez señala que durante la ejecución del contrato “las partes obrarán de modo que se conserve la equivalencia de derechos y obligaciones acordados cuando se formó el vínculo contractual, puesto que cuando tal equivalencia se rompa por causas no imputables a quien sufre el desequilibrio, las partes en forma inmediata dispondrán que se restablezca el equilibrio” (2007, p.494). Al respecto, como parte de su desarrollo del principio de EEF, el autor colombiano resalta y enfatiza que los contratos de obra pública por precio global, en el cual el valor es una suma fija inmodificable acarrearón en su pasado dos defectos: sobre estimación de los riesgos del sobre costo para precaver posibles imprevistos y/o certeza de que no habría causal de cambio alguno en el monto económico y al cual renunciaba el contratista desde el comienzo (2007, p.452).

En ese sentido y en función a la regulación administrativa colombiana, llega a la conclusión de que “no puede subsistir un contrato que se haya concebido con precio global, porque necesariamente intervendrán aspectos con mayores

cantidades de obra, modificación del plazo contractual y ajustes y revisión de precios que, por exigencias de equilibrio económico del contrato, harán evitable su verificación” (2007, p.454). Al respecto, en el Perú dicha modalidad se manifiesta a través del sistema de suma alzada, el cual establece que el presupuesto de dicho contrato estatal será fijo e invariable, por lo cual, el contratista se compromete a realizar todo lo pactado por ese monto, sin importar si los costos reales terminan siendo mayores o menores.

Como se señaló anteriormente, en el presente caso no es posible cumplir con el sistema de contratación a suma alzada, ya que las condiciones del Contrato cambiaron debido a un aspecto técnico no contemplado por la Entidad, el cual fue la necesidad de implementar un sistema de cimentación profunda a través de pilotes. Es así que, dicho cambio implicó una variación en la oferta económica presentada por el contratista, no obstante, a pesar de haberse comunicado y fundamentado dicha modificación a PROVIAS, la Entidad alega que el Consorcio debe enmarcar el presupuesto contemplado en el ET en función a aquel monto consignado en el Contrato, ello a pesar de que han surgido cambios en las especificaciones técnicas por razones no atribuibles al Consorcio.

De esta manera, si PROVIAS estableciera que es responsabilidad del contratista cubrir el sobrecosto por la implementación de pilotes, estaría vulnerando el principio de EEF del contrato estatal ya que no habría una equivalencia ni reciprocidad en las prestaciones contractuales de las partes que forman parte de dicho Contrato. Por el contrario, el Consorcio se vería afectado al no recibir un pago acorde a los trabajos a realizar, más aún si ello se debe a una circunstancia preexistente pero que no fue contemplada por la Entidad cuando presentó el perfil de la obra.

Al respecto, cabe resaltar que según Santistevan de Noriega y Loredó Romero “este principio nació como una protección a los privados que contraten con el Estado puesto que son estos quienes se encuentran más expuestos frente a una lesión a su patrimonio” (2006, p.42). Es decir, debe otorgarse una protección especial a los privados debido a la propia naturaleza del contrato administrativo, por lo cual, consideramos que la Entidad debió analizar los motivos del

incremento del presupuesto de ejecución de obra y no únicamente la modalidad contractual.

En adición, la Entidad no toma en consideración que la cláusula sexta del Contrato establece excepciones a la regla de invariabilidad del presupuesto ofertado, las cuales son los adicionales y reducciones de obra. Es así que, no se estaría incumplimiento con la tercera cláusula contractual, puesto que el contratista no puede establecer un monto económico que no corresponda a las partidas de obra a ejecutar. Asimismo, si bien el Contratista se encuentra obligado a ejecutar la totalidad de las prestaciones necesarias por el precio ofertado, dicha premisa no resulta aplicable cuando se produce una variación en las condiciones contractuales, situación que se presenta en el caso materia de análisis.

En consecuencia, **PROVIAS no actuó conforme a los parámetros establecidos en la normativa de contrataciones con el Estado para emitir conformidad al diseño y elaboración de Expediente Técnico: el cumplimiento de los TDR y condiciones contractuales** (el resaltado y subrayado es agregado). Por un lado, las observaciones que realizó la Entidad fueron de carácter económico y no técnico, en ese sentido, el contratista cumple con llevar a cabo todas las especialidades contempladas en los TDR, lo cual se evidencia en la conformidad de PROVIAS.

Por otro lado, el Consorcio presentó una propuesta tanto técnica como económica sobre la base de los documentos proporcionados por la Entidad en el proceso de selección. En ese sentido, al momento de elaborar los estudios definitivos para el ET, el Contratista detectó que PROVIAS no había establecido la necesidad de una cimentación profunda, y por lo tanto de pilotes para todos los puentes de la OBRA 2, específicamente del puente Colquemayo. Al respecto, cabe resaltar que, para sustentar dicho aspecto, el Consorcio contaba con una justificación analítica, la cual fue presentada ante la Entidad en cumplimiento de lo establecido en los TDR

Por último, como parte del cumplimiento de las condiciones contractuales, la Entidad se apoya en el supuesto incumplimiento de la cláusula tercera del

Contrato, no obstante, dicho fundamento no es aplicable al caso materia de análisis, puesto que implicaría que el contratista asuma cualquier sobrecosto, incluso de aquel que se genere por la necesidad de realizar trabajos adicionales no previstos en los alcances originales del Contrato por causa no atribuible al Consorcio.

5.3. Problema complementario

¿Resulta posible la aprobación de prestaciones adicionales en el Contrato de Ejecución de Obra N.º 012-2017-MTC/20?

En un escenario ideal, una obra pública es ejecutada tal y como se plasmó en el Expediente Técnico Final sin necesidad de modificaciones en los requisitos, características y/o parámetros que debe seguir el contratista. No obstante, la realidad demuestra que resulta casi imposible encontrarnos frente a este escenario, por ello, la norma de contrataciones con el Estado ha contemplado modificaciones en el contrato de obra pública. En ese sentido, independientemente de la denominación o ubicación en anteriores o nuevos textos legales, esta figura siempre ha estado presente en la normativa estatal.

De la lectura del artículo 41º de la LCE, podemos concluir que es posible realizar las siguientes modificaciones contractuales: prestaciones adicionales, reducción de bienes, servicios u obras, y ampliaciones de plazo. Asimismo, según el tipo de modificación que experimente el contrato, esta puede originarse a iniciativa del contratista o por orden de la Entidad.

En el presente caso, nos encontramos frente a una situación en la cual el Consorcio tendría que realizar trabajos adicionales no contemplados en los alcances del Contrato. Razón por la cual, nos centraremos en analizar y determinar si es posible la admisión de prestaciones adicionales, las cuales según el Anexo I “Definiciones” del RLCE, son aquellas no consideradas en el ET ni en el contrato original, no obstante, su realización resulta indispensable y/o necesaria para el cumplimiento de la finalidad de la obra principal, lo cual da lugar a un presupuesto adicional.

En ese sentido, el legislador ha establecido criterios específicos para la ejecución de prestaciones adicionales en el caso de obras: supuestos aplicables, porcentajes

permitidos y eventuales consecuencias. Para su mayor comprensión, exponemos los parámetros contemplados en los artículos 41° de la LCE y 208° del RLCE en el siguiente gráfico:

PRESTACIONES ADICIONALES EN LA EJECUCIÓN DE OBRA	
Porcentajes permitidos según la norma	Hasta el 15% del monto contractual, extendiéndose hasta un máximo de 50% en supuestos específicos
Supuestos aplicables para prestaciones adicionales mayores al 15% del monto contractual	La prestación adicional puede llegar a un 50% en caso se susciten (i) deficiencias en el expediente técnico, y (ii) situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato. Para su ejecución se debe contar con la autorización de la Contraloría
Eventuales consecuencias	a. En caso se exceda el 50%, la entidad procederá a la resolución del contrato b. La decisión de aprobar o no una prestación adicional no puede ser sometida a arbitraje

Fuente: Elaboración propia

En ese sentido, puede advertirse que la normativa sólo prevé dos supuestos específicos para la aprobación y ejecución de prestaciones adicionales durante la fase de ejecución de obra. Por un lado, en relación al supuesto de deficiencias en el ET, dicho supuesto está contemplado para aquellos contratos de ejecución de obra en donde la entidad proporciona al contratista las especificaciones técnicas finales y definitivas, pues se espera que el contratista detecte las posibles deficiencias de la Entidad previo a la ejecución de la obra.

Sin embargo, en los contratos bajo la modalidad concurso oferta, el contratista asume la responsabilidad tanto de la elaboración del ET como de la ejecución de la obra. Por ello, los riesgos asociados a posibles errores o deficiencias dicho expediente recaen sobre él, quien debe actuar con la debida diligencia y márgenes de error.

Al respecto, el OSCE ha señalado en diversas opiniones que “aun cuando se 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” (2015, p.4). En ese sentido, podemos concluir que no sería aplicable este primer supuesto.

Por otro lado, la normativa contempla la aprobación de prestaciones adicionales en caso de situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato. Al respecto, en el caso en concreto, la variación del presupuesto para la ejecución de obra se debe a una situación que no surge luego de suscribirse el contrato, puesto que la cimentación profunda e incorporación de pilotes es un aspecto que debió preverse desde el proceso interno que se realiza para determinar la viabilidad del proyecto. En ese sentido, la incorporación de este elemento se debe a una situación preexistente que no fue prevista omisión por PROVIAS en el EP del expediente de obra. En ese sentido, no podría aplicarse este segundo supuesto al Contrato.

Frente a esta situación, se ha buscado dar una respuesta a situaciones no contempladas en la normativa que dan lugar a la aprobación de prestaciones adicionales para el caso de contratos bajo la modalidad de concurso oferta. En ese sentido, en reiteradas opiniones, el OSCE ha señalado que la potestad que posee la Entidad de aprobar prestaciones adicionales se reduce a “aquellas situaciones en las que se **produjeran modificaciones en los planos o especificaciones técnicas por causas no imputables al contratista**, dado que era responsabilidad de este la correcta elaboración de dichos documentos que integran el Expediente Técnico de Obra”. (2018, p.4) (el resaltado y subrayado es agregado).

En la misma línea, dicha institución ha precisado que en los contratos de obra bajo la modalidad de concurso oferta, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se limita a aquellas situaciones en las que, con el objetivo de cumplir la finalidad del contrato, “la Entidad requiere **modificar las características técnicas y/o condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en el estudio que determinó el valor referencial y en los términos de referencia que formaban parte de las Bases**, pues las especificaciones técnicas definitivas forman una de las

prestaciones del contratista durante la ejecución del contrato”. (OSCE, 2019, p.4) (el resaltado y subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, el OSCE permite la aprobación de prestaciones adicionales siempre que la modificación sea sobre aquellas especificaciones técnicas llevadas a cabo por la Entidad previo a la ejecución de obra, por causa no imputable al contratista. Al respecto, es menester resaltar que según el literal j) del artículo 58° de la LCE, una de las funciones del OSCE es absolver consultas sobre las materias de su competencia. En ese sentido, en una opinión reciente, el organismo ha señalado que “la competencia asignada al OSCE es la de interpretar la normativa de contrataciones con el Estado, en ese sentido, no constituyen normas ni establecen regulación. Sin embargo, los criterios establecidos deben ser observados por las Entidades a fin de que las disposiciones sean correctamente entendidas y aplicables” (2023, p.3).

De lo señalado, podemos advertir que las opiniones del OSCE sirven como guía para la actuación de la administración pública, si bien es cierto, existe una discusión sobre la vinculatoriedad o no de las mismas, consideramos que son criterios que permiten una mejor aplicación de la norma, por lo que PROVIAS debería seguir las interpretaciones citadas en cuanto a los supuestos para la aprobación de adicionales de obra.

Ahora bien, en caso la Entidad decidiera aplicar los criterios desarrollados por el OSCE, el presupuesto de ejecución de obra contemplado en el ET asciende a S/ 57'220,572.92 incluyendo los impuestos. Mientras que, el monto de la propuesta económica asciende a S/ 36'177,551.60 incluyendo los impuestos. En ese sentido, la variación del presupuesto de ejecución de obra asciende a S/ 21'043,021.32 equivalente a un 58.17% del presupuesto ofertado y establecido en el Contrato, razón por la cual, no podría aprobarse una prestación adicional al exceder el porcentaje máximo del 50%. Lo que correspondería siguiendo el art 208° del RLCE es la resolución del Contrato, no obstante, dicha medida no exceptúa a PROVIAS del pago por la prestación de diseño y elaboración de Expediente Técnico al Contratista, la cual fue cumplida en su totalidad y siguiendo los criterios técnicos contemplados en los alcances del Contrato.

En consecuencia, del análisis llevado a cabo en el caso en concreto, la Entidad no podría aprobar prestaciones adicionales debido a que el porcentaje excede los límites establecidos en la LCE y su Reglamento, no obstante, ello no significa que el contratista sea quien deba asumir el excedente. Razón por la cual, al haber cumplido a cabalidad con la prestación de diseño y elaboración de ET, tiene el derecho de recibir el pago correspondiente, independientemente de que PROVIAS decida o no continuar con la ejecución de la obra.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

1. El contrato administrativo “concurso oferta” implica el cumplimiento de dos prestaciones sucesivas: el diseño de obra, a partir de la elaboración de ET, y la ejecución de la obra. Ambas obligaciones son de carácter independiente pues poseen una naturaleza propia y diferente; mientras que la elaboración del ET se rige bajo las normas aplicables al servicio de consultoría de obra, la ejecución de la obra está sujeta al marco normativo de obra.
2. El incremento del presupuesto ofertado para la ejecución de la OBRA 2 se debe a la necesidad de una cimentación profunda y ejecución de pilotes en el puente Colquemayo, dicho aspecto resulta fundamental para la correcta ejecución de la obra, el mismo no fue contemplado en el EP, pero sí advertido por el Consorcio.
3. La variación del valor económico para ejecutar la OBRA 2, es un aspecto que incide directamente en la prestación de ejecución de obra más no en la del diseño de obra, es decir, la elaboración de ET. Por lo tanto, la evaluación del incremento del monto para llevar a cabo la obra responde una situación posterior a la conformidad y pago por el ET.
4. El Consorcio al suscribir el Contrato asume los riesgos contenidos en los TDR (parte integrante del Contrato), los cuales son: errores o deficiencias en ET y el mayor costo de ejecución de obra por mayores metrados, es decir, razones de cantidad o calidad que no involucren modificaciones en los alcances del Contrato ni en las especificaciones de los TDR.

5. No resulta aplicable el riesgo por errores ni deficiencias en el ET ya que la razón del incremento de presupuesto para la ejecución de obra responde a una razón imprescindible para su adecuada ejecución, la correcta aplicación de estrategia de cimentación del suelo o terreno de los puentes. En ese sentido, el ET no presenta problemas en los aspectos técnicos de construcción tal como lo ha reconocido PROVIAS. Asimismo, cabe resaltar que dicho supuesto está pensado para la etapa de ejecución de obra, donde el contratista es completamente responsable de cualquier inconveniencia que surja producto de un error en el ET.
6. Se sobrepasa el riesgo que asume el Consorcio por mayores gastos siempre y cuando no impliquen modificaciones contractuales, puesto que el incremento del costo para la ejecución de obra se debe a que el EP no contempló condiciones de obra necesarias para cumplir con la finalidad del Contrato, lo cual conlleva a que el Consorcio realice trabajos adicionales no contemplados en los TDR, y por tanto, en el Contrato.
7. PROVIAS no actuó conforme a lo establecido en el RLCE al momento de evaluar la conformidad del ET: calidad, cantidad y condiciones contractuales. Por un lado, el Consorcio cumplió con detallar todas las especialidades necesarias para la correcta ejecución de obra, utilizando la mejor estrategia y siendo diligente al momento de elaborar el ET. Por otro lado, frente al supuesto incumplimiento de cláusulas contractuales por el incremento del presupuesto ofertado, ello no resulta aplicable porque el Consorcio no podría asumir trabajos adicionales sin pago en función del principio de equidad, asimismo, la cláusula sexta del Contrato establece la posibilidad de aprobación de prestaciones adicionales.
8. Para el caso de prestaciones adicionales en obras, las mismas pueden ser aprobadas por el 15% del monto contractual y extenderse hasta un 50% en caso de deficiencias en el ET o situaciones sobrevinientes a la suscripción del contrato. En el caso materia de análisis no surge ninguna de estas causas, y si bien podría señalarse que resulta de una causa no imputable al contratista y PROVIAS podría evaluar su aprobación, el monto excede el 50% límite. En ese sentido, debería resolverse el

contrato por dicha causal, cabe resaltar que ello sería una situación posterior a la conformidad y pago por elaboración de ET.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa consultada:

- Ley de Arbitraje, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1071.
- Ley de Contrataciones con el Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N.º 1017 y modificado por la Ley N.º 29873.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, aprobado por el Decreto Supremo 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo 080-2014.
- Ley N.º 32090, Ley General de Contrataciones Públicas.
- Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas, aprobado por Decreto Supremo N.º 009-2015-EF.

Opiniones OSCE:

- OSCE OPINIÓN N.º 041-2011/DTN (2011). Consultado el 05 de mayo de 2025. <https://www.gob.pe/institucion/oece/informes-publicaciones/831318-opinion-n-041-2011-dtn>.
- OSCE OPINIÓN N° 151-2015/DTN (2015). Consultado el 20 de mayo de 2025. <https://www.gob.pe/institucion/oece/informes-publicaciones/737980-opinion-n-151-2015-dtn>.
- Opinión OSCE N.º 027-2017/DTN (2017). Consultado el 10 de junio de 2025. <https://www.gob.pe/institucion/oece/informes-publicaciones/737374-opinion-n-027-2017-dtn>.
- Opinión OSCE N.º 203-2017/DTN (2017). Consultado el 20 de junio de 2025. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/897459/203-17_-_GOB.REG.AMAZONAS20200629-20479-16q7871.doc.

- OSCE OPINIÓN N° 049-2018/DTN (2018). Consultado el 22 de mayo de 2025. <https://www.gob.pe/institucion/oece/informes-publicaciones/737182-opinion-n-049-2018-dtn>.
- OSCE OPINIÓN N° 138-2019/DTN (2019). Consultado el 22 de mayo de 2025. <https://www.gob.pe/institucion/oece/informes-publicaciones/293668-opinion-n-138-2019-dtn>.
- OSCE OPINIÓN N° 001-2020/DTN (2020). Consultado el 05 de mayo de 2025. <https://www.gob.pe/institucion/oece/informes-publicaciones/426461-opinion-n-001-2020-dtn>.
- OSCE OPINIÓN N° 120-2023/DTN (2023). Consultado el 22 de mayo de 2025. <https://www.gob.pe/institucion/oece/informes-publicaciones/4976626-opinion-n-120-2023-dtn>.

Bibliografía:

- Campos Medina, A., & Hinostroza Sobrevilla, L. M. (2008). El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. *Revista De Derecho Administrativo*, (5), 297-308. Consultado el 18 de mayo de 2025. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14509>
- Cassagne, J. C., & Sacristán, E. B. (1999). *El contrato administrativo*. Abeledo-Perrot.
- García de Enterría, E & Fernández, T (2004). *Curso de Derecho administrativo I*. Décimo segunda edición. Madrid: Editorial Civitas.
- Guzmán Napurí, C. (2015). *Manual de la ley de contrataciones del estado: análisis de la ley y su reglamento*. *Gaceta Jurídica*.
- Lamprea Rodríguez, P. A. (2007). *Contratos estatales*. Bogotá: Temis.
- Laudo arbitral. EXP. N° 1651-51-18. (2021) Consorcio Puentes del Norte vs Provías Nacional. Consultado el 17 de mayo de 2025. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2353990/A-000040-2018-PVN%20Laudo%20Consorcio%20Puentes%20del%20Norte%20con%20PVN%20%28Tercer%20Trimestre%202012.08.21%29.pdf>

- Lifante Vidal, I. (2013) Seguridad jurídica y previsibilidad. Consultado el 10 de junio de 2025. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32119.pdf>.
- Linares, M. (2013). *Contratación pública: derecho local, internacional y de la integración*. Linares Consultores. Consultado el 25 de mayo de 2025. <https://www.linaresconsultores.com/wp-content/uploads/2021/03/mario-linares-contratacion-publica-libro.pdf>.
- Morón Urbina, J. & Aguilera, Z. (2019) Aspectos jurídicos de la contratación estatal. Colección lo esencial del derecho 9. (63-65). Consultado el 17 de mayo de 2025. <https://repositorio.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/86fc4d05-8e83-42b3-b4b5-77d75a48b9d5/content>
- Podetti, H. A. (2004). *Contrato de construcción*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Consulta 20 de mayo de 2025.
- Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Derecho PUCP*, (66), 55-87. Consultado el 24 de mayo de 2025. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201101.002>
- 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 16 de mayo de 2025. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6627>
- 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). Consultado el 28 de mayo de 2025. <https://doi.org/10.18259/iet.2016016>.
- 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). Consultado el 06 de junio de 2025 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22861>.

ANEXOS

**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 sobre costo 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, si 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 PROVIAS 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 sobre costo 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 trescientos 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	Ayavari	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 Proviás 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), **Proviás 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 resolutivo 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 sobrecosto 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 48° 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 read "PIERINA GUERINONI ROMERO".

PIERINA GUERINONI ROMERO
Árbitra



VOTO SINGULAR

OPINION DISIDENTE DEL ÁRBITRO FRANCISCO BARRÓN VELIS

DEMANDANTE: **Consortio Puentes del Norte** (en adelante, Consortio, 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 Velis
Árbitro
Pierina Mariela Guerinoni Romero
Árbitra

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

Lima, 14 de julio de 2020.-

Dejando expresa constancia del aprecio personal y respecto profesional que tengo con mis coárbitros Cesar Guzmán-Barron Sobrevilla y Pierina Mariella Guerinoni Romero, manifiesto mi discrepancia con el sentido del Laudo en Mayoría, apartándome de los fundamentos que forman parte de éste.

Dejo constancia que el Tribunal Arbitral ha deliberado debidamente dentro del plazo, tanto por correo electrónico como en reuniones presenciales, por lo que el presente voto singular que contiene mi opinión disidente no es consecuencia de la ausencia de deliberación, sino de la falta de acuerdo respecto de la interpretación de las normas que se aplican para resolver las cuestiones controvertidas.

Este voto singular que contiene mi opinión disidente no reviste ni las formalidades ni contiene los requisitos de un laudo arbitral, pues no lo es. Por ello, no considero necesario reproducir los hechos del caso que se encuentran claramente expuestos en el Laudo en Mayoría, sino por el expresar el razonamiento jurídico esencial por el cual respetuosamente discrepo de mis coárbitros:

1. Conforme señala el Laudo en Mayoría, las normas aplicables la controversia generada en la ejecución del Contrato N° 012-2017-MTC/20 "Construcción de Puentes por reemplazo en Puno", por un monto de S/ 39'717,551.60 (en adelante, el Contrato) son la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017, modificado por la Ley 29873) y su Reglamento (Decreto Supremo 184-2008-EF modificado por el Decreto Supremo 138-2012).

La modalidad de ejecución contractual contenida en las Bases de la Licitación Pública 0014-2005-MTC/20 -convocada bajo la modalidad de suma alzada- fue la de concurso oferta. Por ello el Contrato tenía a su vez dos presupuestos asignados i) por la Elaboración del Expediente Técnico S/3'540,000.00 incluido IGV y ii) por la Ejecución de la Obra S/36'177,551.60 incluido IGV.

2. De acuerdo a la naturaleza del sistema de contratación a suma alzada -regulado en el artículo 40 del Reglamento - el postor al formular la propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, está asumiendo el riesgo respecto del monto contractual (costo que deberá asumir la Entidad al momento de efectuar el pago por la ejecución de la obra) respecto del costo real de la misma, toda vez que

el monto contractual, que viene a ser el precio que la Entidad paga por la obra, debe mantenerse invariable:

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.

Los sistemas de contratación son:

*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

3. Bajo la modalidad de suma alzada, el monto contractual (costo para la entidad y precio para el contratista) es inalterable y el costo real, variable. Así, la diferencia entre el costo que la obra significa para el Contratista y lo que la Entidad paga por ella, constituye la utilidad o pérdida que el Contratista asume como parte del riesgo de su negocio.
4. Teniendo en cuenta que bajo la modalidad contractual de Concurso Oferta a la que se refiere en artículo 41 inciso 2 del Reglamento¹, es el mismo Contratista quien se encarga de elaborar el expediente técnico y ejecutar la obra, existe para éste un doble riesgo pues deberá formular su oferta económica sobre la base de un perfil de proyecto y no de un expediente técnico elaborado por la entidad, careciendo de una información técnica al nivel de detalle que no es más que el expediente técnico cuya elaboración constituye parte de su obligación contractual:

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.*
5. Es claro que, en la modalidad contractual de Concurso Oferta la invariabilidad del precio (por la modalidad de ejecución de suma alzada) alcanza a las dos prestaciones esenciales del contrato i) Elaboración del Expediente Técnico y ii) Ejecución de la Obra.
6. Es claro igualmente que, para alcanzar la finalidad del contrato, estas dos distintas e independientes prestaciones esenciales deben ejecutarse de manera sucesiva. Son distintas porque la elaboración del expediente técnico, a diferencia de la ejecución de obra, es una consultoría (prestación de servicios). Son independientes porque cada una debe ser ejecutada de acuerdo con sus propias especificaciones y son sucesivas porque la ejecución de obra requiere que previamente se haya culminado el expediente técnico en ese sentido, la Opinión 081 – 2015 / DTN, de fecha 15 de mayo del 2015 señala:

“2.2 (.....)

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 (De conformidad con lo indicado en las Opiniones N° 099-2013/DTN, 037-2013/DTN, entre otras).

En esta 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 (Sobre el particular, es importante indicar que para la presentación de una propuesta debe tenerse en consideración el valor referencial de la contratación, el mismo que, en caso de obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta, se calcula en función al objeto de la obra y su alcance previsto en los estudios de pre inversión que dieron lugar a la viabilidad del correspondiente proyecto, así como el resultado del estudio de las posibilidades de precios de mercado).

2.3. 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".

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 contrato⁴ (De conformidad con el primer párrafo del artículo 142 del Reglamento); 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 (Tal y como se desprende del numeral 2.1.2 de la Opinión N° 008-2012/DTN) 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.

7. Es importante señalar que, salvo el caso de prestaciones adicionales a las que se refiere el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley, en la que la Entidad ejerce una potestad de aumentar el monto del contrato, el precio siempre permanecerá inalterable:

Artículo 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

41.2. 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.

8. Ahora bien, en este caso, el Tribunal debe decidir respecto del primer punto controvertido, si el Contratista cumplió con su obligación de elaborar el Expediente Técnico conforme a los Términos de Referencia contenido en el Contrato y, como segundo punto controvertido, si corresponde o no ordenar a la Entidad pagar al Contratista S/ 3'540,000.00 más intereses por la elaboración del Expediente Técnico.
9. Para resolver el primer punto controvertido, que finalmente determinará el resultado del segundo punto controvertido, las preguntas que deben responderse son:
 - a. ¿El Contratista, al determinar que el costo de la obra será S/. 57'220,572.92 y no los S/. 36'177,551.60 ofertados está incumpliendo con los Términos de Referencia contenidos en el Contrato?
 - b. ¿El contratista, para cumplir con los Términos de Referencia contenidos en el Contrato debe ajustar el costo de la obra al monto ofertado?

Es importante reiterar que esta etapa contractual es una de prestación de servicios a suma alzada, por lo tanto el Contratista, independientemente del esfuerzo y recursos que le demande la elaboración del expediente técnico, siempre recibirá la misma retribución. Es decir, no irrogará mayor costo a la Entidad. El costo de este servicio será el fijado en su propuesta económica, materializado luego en el Contrato y tendrá derecho a la retribución pactada siempre que cumpla con los Términos de Referencia.

10. Los Términos de Referencia para la Elaboración de los Expedientes Técnicos definitivos y la Ejecución de las Obras, 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.

(...)”.

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.

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 Proviás 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), **Proviás 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 propio.

(...)"

11. Mi discrepancia con la posición mayoritaria del Tribunal proviene justamente en este punto. El Contratista debe tener un eficiente desempeño, tener una nómina de profesional idóneo que desarrolle las disciplinas contenidas en el expediente técnico actuando con la máxima diligencia requerida. En la medida que cumpla con estos requisitos, el Contratista está cumpliendo con las obligaciones que emanan de su prestación de elaborar el Expediente Técnico.
12. En ese sentido, el deber de diligencia ordena que el Contratista elabore el expediente técnico en apego a las normas que regulan su ejecución y de acuerdo con la realidad que encuentre, advirtiendo de cualquier diferencia que pudiese existir entre los supuestos iniciales y los finalmente evidenciados.
13. La importancia y utilidad del expediente técnico radica en que debe contener todos los elementos necesarios que permitan una adecuada ejecución de la obra, debiendo prever todos los aspectos técnicos y económicos que salvo imponderables (los cuales la misma Ley y el Reglamento contemplan) asegurarán la ejecución de la obra y el cumplimiento del fin público.
14. En el presente caso, la necesidad de levantar pilotes para asegurar la estructura de las bases de los puentes fue advertida como necesaria por el Contratista para una

correcta ejecución de la segunda parte del contrato (la obra) y con el conocimiento de la Entidad elaboró el Expediente Técnico.

15. Considero que era obligación ineludible del Contratista advertir de tal necesidad, aunque ello implicara una obra más costosa, independientemente de a quien le debiera corresponder la asunción del riesgo de dicho sobrecosto, que es algo que será analizado a continuación. No hacerlo hubiera implicado un acto doloso o cuanto menos de negligencia inexcusable y hubiera generado posteriores controversias en la ejecución de la obra. El ocultamiento del costo real del proyecto llevaría a la ejecución de una obra de mala calidad o a que la ejecución no se culmine. En ninguno de estos casos se cumpliría con el fin público para el cual fue concebido el concurso público.
16. Por ello, respondiendo a las preguntas del numeral 9 considero que si en la fase de elaboración del expediente técnico el Contratista-consultor, debido a evidencias encontradas en ese momento, llega a determinar que el costo de ejecución la obra será S/. 57'220,572.92 y no los S/. 36'177,551.60 ofertados no está incumpliendo con los Términos de Referencia sino actuando de modo diligente.
17. La pretensión de la Entidad ajustar el costo de ejecución de la obra al monto ofertado (para responder afirmativamente a la pregunta del numeral 9) a luz de la diferencia existente entre ambos resulta irrazonable y podría considerarse de imposible cumplimiento, salvo que la técnica permita una reducción de costos de tal magnitud que sustituyan la solución de levantar pilotes por otra más económica y de similar resultado.
18. Sin embargo, en mi opinión, la pretensión de la Entidad es hasta cierto punto innecesaria y me explico:
 - a. El costo de ejecución de la obra es un dato de la realidad que emana del desarrollo las especialidades técnicas del expediente y que a mayor abundamiento fueron aprobadas por la Entidad, pues tampoco es un hecho controvertido que la única especialidad que no se aprobó fue la de Metrados, Costos y Presupuestos y el Informe de Verificación de Viabilidad.
 - b. Sin embargo, la evidencia de un mayor costo de la obra, sustentado en un análisis técnico que no ha sido cuestionado, no debe implicar i) que el Contratista no haya cumplido con la prestación de elaborar el Expediente

Técnico, ni que ii) la entidad deba asumir con el riesgo del mayor costo de la obra.

19. De lo actuado en el expediente arbitral se advierte que la entidad no ha cuestionado que la consultoría de obra consistente en la elaboración del Expediente Técnico se haya prestado de modo técnicamente defectuoso, sino la evidencia que el costo real de la obra será mayor al contratado y que no se haya ajustado el costo real de la obra al monto ofertado.
20. Un servicio de consultoría que ha sido prestado con la diligencia requerida y dentro de los parámetros aplicables de los Términos de Referencia no puede ser cuestionado porque arroja un resultado no querido, si es que ha sido debidamente prestado. Es como pretender que un servicio de auditoría se ha prestado de modo ineficiente porque revela la existencia de pérdidas y no de utilidades.
21. Por otro lado, debe resaltarse que el hecho que la Entidad apruebe un Expediente Técnico con un monto real superior al precio ofertado no concede por sí mismo al Contratista, un derecho a percibir suma mayor a la establecida en su propuesta económica.
22. Más aún, esta circunstancia podía haber sido expresamente evidenciada y establecida al momento de aprobar el Expediente Técnico Definitivo, declarando que de acuerdo con la modalidad contractual y a los Términos de Referencia, el riesgo del mayor costo real debía ser asumido por el Contratista, pues como ya ha sido señalado en los numerales precedentes, éste asume el riesgo de la diferencia entre el costo de la obra y el monto del contrato que es el que el Contratista le cobra a la Entidad.
23. Finalmente considero que el hecho de declarar arbitralmente que el Contratista ha cumplido con el servicio de consultoría consistente en la Elaboración del Expediente Técnico Definitivo y que le corresponde percibir el pago establecido en el Contrato para dicho servicio, no le concede a éste ningún derecho ni constituye un título con el que pueda reclamar un pago adicional al pactado en el contrato, toda vez que como ya ha sido señalado, al tratarse de prestaciones independientes, cada una de ellas debe ser tratada de modo independiente.

OPINION DISIDENTE

24. Teniendo en cuenta todo lo antes analizado, así como todas las pruebas ofrecidas por ambas partes, aunque no hayan sido mencionadas, es mi opinión disidente que el Contratista ha cumplido con su obligación de elaborar el Expediente Técnico conforme a lo requerido en los Términos de Referencia del Contrato y por tanto corresponde ordenar a la Entidad que pague a favor del Contratista la suma de 3'540,000.00 incluido IGV más intereses por concepto de contraprestación por la elaboración del Expediente Técnico.
25. Respecto de los costos considero que, si bien mi voto es para que se declare fundada la demanda en sus dos pretensiones principales, la Entidad ha tenido razones atendibles para litigar por lo que éstos deben ser asumidos en partes iguales por el Contratista y la Entidad.

VOTO SINGULAR

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda del Contratista y por tanto declarar que el Contratista ha cumplido con su obligación de elaborar el Expediente Técnico conforme a lo requerido en los Términos de Referencia del Contrato.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda del Contratista y por tanto se ordena a la Entidad pagar al Contratista la suma de 3'540,000.00 incluido IGV e intereses por concepto de contraprestación por la elaboración del Expediente Técnico.

TERCERO: DECLARAR que los costos arbitrales deben ser asumidos y pagados cada parte en partes iguales.



FRANCISCO JOSÉ ARTURO BARRÓN VELIS
Árbitro