

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

El sistema de contratación pública a suma alzada en el Perú: una  
mirada desde el deber de información.

Trabajo académico para optar el título de Segunda  
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

***Nicol Brigith Castillo Santillana***

Asesor:

***Richard James Martin Tirado***

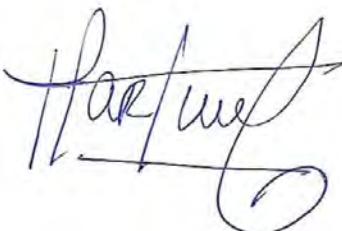
Lima, 2024

## Informe de Similitud

Yo, RICHARD JAMES MARTIN TIRADO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “El sistema de contratación pública a suma alzada en el Perú: una mirada desde el deber de información”, del autor(a) NICOL BRIGITH CASTILLO SANTILLANA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 10/12/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de diciembre del 2024

<u>RICHARD JAMES MARTIN TIRADO</u>	
DNI: <u>07705578</u>	
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0001-7272-0654">https://orcid.org/0000-0001-7272-0654</a>	
	Firma:

## **RESUMEN**

*Las obras públicas en el Perú comúnmente son desarrolladas bajo el sistema de contrataciones a Suma Alzada, en el cual, el postor ofertará un monto fijo por el total de trabajos a realizarse. Se trata de un precio invariable que se define en base a las cantidades, magnitudes y/o calidades que la Entidad indique previamente.*

*Así, aunque la figura del Suma Alzada pueda parecer fácil de entender y aplicar, con cada vez más frecuencia se advierten controversias durante la ejecución contractual en las cuales, el Contratista solicita ampliaciones de plazo, costos directos, mayores gastos, entre otros, pues surgen situaciones no contempladas en la oferta. Tal problemática, a nuestro punto de vista, tiene su génesis en la limitada e inexacta información que la Entidad entrega a los postores, situación que lleva a estos últimos a ofertar un monto equivocado, que no refleja la realidad de los trabajos a realizarse.*

*En ese orden de ideas, el presente trabajo plantea la problemática en torno al sistema de Suma Alzada cuando la información entregada resulta insuficiente, así como presentar los problemas contractuales que comúnmente surgen de esta.*

### **Palabras clave**

*Suma alzada, deber de información, ejecución contractual.*

### **ABSTRACT**

*Public works in Peru are commonly developed under the Lump Sum contracting system, in which the bidder offers a fixed amount for the total work to be carried out. This represents a non-variable price defined based on the quantities, magnitudes, and/or qualities previously indicated by the contracting entity.*

*Thus, although the Lump Sum system may appear straightforward to understand and apply, increasingly frequent disputes arise during the execution of the contract. In these cases, the contractor requests extensions of time, direct costs, additional expenses, among others, due to unforeseen circumstances not contemplated in the original offer.*

*In our view, this issue stems from the limited and inaccurate information provided by the contracting entity to the bidders, which leads them to submit an incorrect proposal that does not reflect the actual scope of work to be performed.*

*In this regard, the present paper addresses the issues related to the Lump Sum system when the information provided is insufficient, and also examines the contractual problems that commonly arise from such a situation.*

**Keywords**

*Lump Sum, duty to inform, contract execution*



## ÍNDICE

### CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I: PRERROGATIVAS EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DURANTE LA ETAPA DE PRESELECCIÓN...</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO II: EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS A SUMA ALZADA EN EL PERÚ: CONCEPTO Y APLICACIÓN PRÁCTICA ....</b>	<b>10</b>
2.1. A MODO DE CONTEXTO: OTROS SISTEMAS DISTINTOS A SUMA ALZADA.....	10
2.2. EL SISTEMA A SUMA ALZADA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA: .....	12
<b>CAPÍTULO III: EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y SU IMPACTO EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS A SUMA ALZADA...</b>	<b>16</b>
<b>CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES .....</b>	<b>21</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>22</b>

## INTRODUCCIÓN

Las obras públicas en el Perú, en el marco del sistema de contratación estatal, han sido objeto de evolución constante durante los últimos años, pues implica el desarrollo de Proyectos con relevancia social que impactarán de manera directa en la vida de la población. A su vez, al utilizarse fondos públicos para la realización de estas obras, existe una obligación de procurar la eficiencia, transparencia y utilidad de cualquier Proyecto a desarrollarse.

Ello ha implicado la constante creación, y consecuente modificación, de normas que rigen las contrataciones públicas, con el fin de garantizar el máximo beneficio para la sociedad. En efecto, en menos de una década, el Perú ha transitado por tres cuerpos normativos en esta materia: el Decreto Legislativo N° 1017, vigente hasta el año 2016; la Ley N° 30225, vigente hasta el año 2024; y la reciente Ley N° 32069, vigente desde el año 2024.

En ese contexto, pese a los cambios e innovaciones de cada norma, los sistemas de contratación pública -con excepción de la nueva figura llamada “costo reembolsable”<sup>1</sup>- se han mantenido constantes durante el tiempo. De manera precisa, se advierte que el sistema de contratación de suma alzada ha cobrado creciente relevancia en los últimos años, posicionándose como una alternativa preferente para las entidades públicas al momento de adjudicar contratos.

Esta modalidad, que implica una contraprestación fija e invariable para el contratista, busca otorgar certeza tanto al Estado como a los contratistas sobre el costo total de la obra, independientemente de los imprevistos que pudieran surgir durante su ejecución.

No obstante, pese a su creciente utilización, se observa una tendencia preocupante en la que las entidades contratantes no proporcionan la totalidad de la información a los postores, generando se presenten ofertas que materialmente resultan imposibles de cumplir.

---

<sup>1</sup> A mayor abundamiento, conforme al Proyecto del Reglamento de la Ley N° 32069, ha surgido una nueva modalidad de pago además del Suma Alzada, Precios Unitarios y Esquema Mixto: el Costo Reembolsable.

Esta situación causa un escenario propenso a la desnaturalización del alcance de los trabajos contratados, donde las expectativas de ambas partes se ven distorsionadas. En consecuencia, aquellas controversias que surgen durante la ejecución de los contratos, como sobrecostos, retrasos o la inadecuada calidad de los trabajos, encuentran su origen en la insuficiente o incorrecta entrega de información en las fases preliminares del proceso de contratación.

En tal sentido, partiendo por principal tarea de la Entidad de plantear de manera adecuada el Proyecto a ejecutarse, resulta relevante reflexionar sobre las implicancias del sistema de contratación a suma alzada, especialmente respecto de los riesgos que asumen las Entidades desde la etapa precontractual. A nuestro parecer, el principal riesgo asumido es el de la entrega de información relevante, completa y oportuna.

La relación entre la información precontractual y la ejecución del contrato es estrecha, ya que una adecuada entrega de datos permite una planificación más precisa por parte del contratista y facilita la gestión de los recursos durante la ejecución de la obra. Por ello, resulta esencial que la Administración Pública cumpla cabalmente con su obligación de informar, garantizando que los postores (posteriormente, contratistas) cuenten con los elementos necesarios para tomar decisiones informadas y ajustar sus propuestas de manera adecuada.

El presente artículo, tiene como objetivo profundizar en tres grandes apartados: las prerrogativas de la administración pública durante la etapa de selección, que implica una imposición unilateral de los términos y condiciones del Contrato; el sistema de contratación a suma alzada, así como su aplicación práctica en obras públicas; y finalmente, el impacto del (in) cumplimiento del deber de información en la etapa de ejecución contractual.

## **CAPÍTULO I: PRERROGATIVAS EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DURANTE LA ETAPA DE PRESELECCIÓN**

La etapa de preselección en los procedimientos de contratación pública es uno de los momentos clave en los que la Administración Pública detenta un poder significativo sobre los sujetos privados que aspirarán a ejecutar obras o prestar servicios. Esta fase, que marca el inicio formal del proceso de adjudicación de contratos administrativos, es crucial no solo para asegurar la competencia y la transparencia, sino también para garantizar que los principios de eficiencia y legalidad se cumplan con el más alto grado de rigor. Sin embargo, en el contexto de la contratación pública, la Administración goza de una serie de prerrogativas que, aunque justificadas por la necesidad de salvaguardar el interés público, pueden adquirir características desmesuradas que distorsionan el equilibrio necesario entre las partes y atentan contra los derechos de los postores.

Una de las prerrogativas fundamentales que detenta la Administración Pública al contratar es la facultad de definir, de manera unilateral, las bases del proceso de selección para la ejecución de una obra pública. Pues bien, esta facultad se deriva de su rol como autoridad encargada de gestionar los contratos administrativos, bajo el marco de la Ley de Contrataciones. En palabras de Morón, la definición de las bases resulta ser la actuación más relevante de las actividades preparatorias, pues establece aquel conjunto de reglas generales predispuestas, entendidas como ley del contrato (2016, 426).

Se trata de una manifestación de la llamada “voluntad de la Administración”, en la cual, en virtud de su potestad, tiene la capacidad de establecer los requisitos, criterios y condiciones bajo los cuales se llevará a cabo el proceso de selección, lo que incluye la determinación de los aspectos técnicos, financieros y legales que los oferentes deben cumplir para ser considerados aptos para la adjudicación del contrato.

Esta prerrogativa se justifica en la necesidad de que el Estado, en su calidad de contratante, logre un equilibrio entre la correcta ejecución de los contratos y la eficiencia en el uso de los recursos públicos. Al ser el Estado el que asume la responsabilidad de financiar las obras, servicios o adquisiciones, se le otorgan las herramientas necesarias para establecer las condiciones que aseguren que los proyectos públicos sean ejecutados de acuerdo con sus intereses y

necesidades. Así, la definición unilateral de las bases responde a la exigencia de que el proceso de selección se ajuste a las especificidades del proyecto y a los fines de interés público que persigue la entidad contratante.

No obstante, aunque esta facultad es legalmente reconocida, su ejercicio debe estar sometido a estrictos principios de legalidad, transparencia y no discriminación. La Administración no puede ejercer esta prerrogativa de manera arbitraria, sino que debe fundamentar las bases del proceso de selección en criterios objetivos y razonables, ajustados a los principios rectores de la contratación pública, tales como la publicidad, la igualdad de trato entre los oferentes y la competencia. Las bases del proceso deben ser claras, precisas y comprensibles, para garantizar que todos los postores tengan la misma oportunidad de competir en igualdad de condiciones, sin que se favorezca a ninguno en particular.

Además, la unilateralidad en la definición de las bases no implica que la Administración goce de un poder absoluto sin posibilidad de revisión. Los actos administrativos relacionados con la fijación de las bases pueden ser objeto de impugnación por parte de los interesados, quienes tienen el derecho de cuestionar aquellos aspectos que consideren contrarios a la normativa aplicable o que infrinjan sus derechos. En este sentido, la potestad de la Administración está acotada por el principio de control, que permite la revisión judicial o administrativa de la legalidad de las bases, a fin de asegurar que el proceso de selección se ajuste al marco normativo y a los estándares de buena administración.

La Administración posee la facultad de modificar unilateralmente las condiciones de la licitación en fases previas a la adjudicación, sin que ello implique una contravención de las normas vigentes, situación que genera un desajuste entre las expectativas de los postores y la realidad del proceso. Las modificaciones en los pliegos de condiciones o en los requisitos de preselección pueden alterar sustancialmente la competencia y la equidad en la competencia, favoreciendo a ciertos participantes en detrimento de otros que podrían haber hecho sus ofertas bajo condiciones que posteriormente se ven alteradas sin justificación suficiente.

Esta facultad, lejos de asegurar la eficiencia administrativa, puede resultar en una falta de transparencia que mina la confianza en la institucionalidad pública.

La imprecisión en la determinación de los requisitos técnicos o financieros en las fases iniciales del proceso de contratación también puede generar un trato desigual entre los postores, lo que se configura como otra de las prerrogativas exorbitantes de la Administración. En ocasiones, los pliegos de condiciones establecidos no contienen una descripción clara y detallada de los estándares que deben cumplir los postores, lo que deja espacio a interpretaciones diversas que favorecen a aquellos con mayor conocimiento previo o acceso a información privilegiada. Esta falta de transparencia normativa no solo afecta la competitividad, sino que también puede derivar en un uso inadecuado de los recursos públicos al no garantizarse que los contratos sean adjudicados a las empresas más idóneas.

La facultad de suspender o paralizar el proceso de preselección, que es otorgada a la Administración en muchos marcos legales, también contribuye a una desproporción de poder en su favor. Si bien esta prerrogativa puede tener una justificación válida, como la necesidad de revisar el cumplimiento de los requisitos legales o la corrección de errores materiales en el procedimiento, su ejercicio puede ser utilizado de manera abusiva, afectando gravemente el interés de los postores y retrasando innecesariamente la ejecución de proyectos públicos. Esta capacidad de suspensión, sin una adecuada regulación y supervisión, convierte a la Administración en un actor cuya voluntad puede condicionar el futuro de los contratistas sin necesidad de pruebas concluyentes.

Las referidas prerrogativas también transitan por la discrecionalidad administrativa, al no estar absolutamente sometida a los estrictos cánones de legalidad que rigen otras fases del proceso contractual, permite a las entidades públicas adoptar decisiones que, en ocasiones, pueden llegar a ser excesivamente subjetivas. Esta discrecionalidad se materializa en la capacidad de la Administración para establecer criterios de preselección que no siempre se encuentran suficientemente delimitados y/o justificados abriendo la puerta a la arbitrariedad. Así, en lugar de seguir un proceso objetivamente normado, se

corre el riesgo de que las decisiones sobre la idoneidad de los oferentes se vean influenciadas por factores políticos, subjetivos o incluso extralegales.

A su vez, la Administración se ve dotada de un poder de interpretación de los documentos de la licitación que, aunque necesario para aclarar cuestiones ambiguas, puede resultar excesivamente amplio. Este poder de interpretación le otorga un margen de maniobra que no siempre se limita a aclarar dudas, sino que puede llegar a modificar el sentido de las bases de la licitación, adaptándolas a sus intereses o incluso favoreciendo a ciertos postulantes en detrimento de otros. Tal capacidad de interpretación podría considerarse una prerrogativa desmesurada cuando no existe un mecanismo claro de control judicial o administrativo sobre las decisiones tomadas por la entidad pública.

Otro de los elementos fundamentales que configura las prerrogativas exorbitantes de la Administración en esta etapa es la opacidad en la justificación de sus decisiones. En muchas ocasiones, la Administración no proporciona una motivación detallada y suficiente de las decisiones tomadas durante la preselección, especialmente en lo que respecta a la aceptación o rechazo de los documentos presentados por los postores. Esta falta de transparencia en la motivación de los actos administrativos, más allá de generar desconfianza en los actores privados, dificulta el ejercicio del derecho de defensa y de impugnación de los interesados, lo que resulta en una deficiencia en la tutela judicial efectiva.

Es importante señalar que la posibilidad de que las entidades públicas actúen con arbitrariedad en la etapa de preselección puede generar un efecto disuasivo sobre los postores, quienes pueden verse reacios a participar en futuras licitaciones debido a la percepción de que las decisiones no se toman de manera objetiva ni conforme a derecho. Esto reduce la competencia y puede llevar a una menor calidad de los proyectos contratados, además de aumentar los costos para el Estado, ya que los actores económicos se sienten desincentivados a invertir en procesos licitatorios que no aseguran un trato justo.

## **CAPÍTULO II: EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS A SUMA ALZADA EN EL PERÚ: CONCEPTO Y APLICACIÓN PRÁCTICA**

Una de las obligaciones esenciales de las Entidades al suscribir contratos administrativos, si no es la principal, es el cumplimiento del pago a favor de los privados. La razón resulta previsible pues, así como el Estado busca satisfacer una necesidad determinada de interés general (pensemos, en la realización de una carretera que conecte dos ciudades aledañas), el privado busca recibir una contraprestación por los trabajos efectuados.

Siendo tan importante dicha cuestión, durante la etapa de preselección la Entidad contratante deberá definir el sistema de contratación que se empleará, que no es más que el sistema de fijación de precios, información que debe ser incluida en el Expediente de Contratación respectivo.

En este contexto, es importante señalar que en el Perú existen diversos métodos para la determinación de precios en los contratos de obras públicas, siendo algunos de estos sistemas exclusivos para la contratación de proyectos de infraestructura pública. Entre los más relevantes se encuentran el sistema de suma alzada, el de precios unitarios y el sistema mixto, cada uno de los cuales presenta características específicas que son de crucial importancia para los participantes en el proceso de selección. Estas particularidades influyen de manera directa en la manera en que los postores estructuran sus propuestas económicas, ya que deberán formular sus ofertas tomando en cuenta las particularidades y exigencias inherentes a cada modalidad de fijación de precios.

### **2.1. A MODO DE CONTEXTO: OTROS SISTEMAS DISTINTOS A SUMA ALZADA**

Así, previo a conceptualizar y detallar el concepto de Suma Alzada en la contratación de obras públicas, resulta pertinente retratar los otros dos (2) sistemas de contratación también utilizados: precios unitarios y sistema mixto.

Respecto a los precios unitarios en contratos de obras, este sistema se utilizará siempre que no se conozca con exactitud la magnitud y/o cantidad de la obra a ejecutar para lo cual será necesaria la definición de una unidad de medida. Una

vez determinada la unidad de medida, que puede ser kilómetro, metro cuadrado, entre otros, deberá definirse el precio unitario de aquella elegida, ofertándose un valor calculado por el postor respecto de cada unidad de medida requerida, así como por cada ítem, de ser el caso.

Una vez se cuente con el postor ganador, a quien se le haya adjudicado la buena pro del proyecto u obra, la contraprestación real que recibirá el -ahora- contratista se basará en aquellas unidades de medida realmente ejecutadas.

Este sistema de contratación resulta muy útil para la ejecución de obras públicas pues el precio fijo que se pacte por unidad es inalterable, debiendo pagarse estrictamente por el trabajo que el contratista efectuó, dotando de flexibilidad el pago. Podetti (2005) también resalta esta flexibilidad quien indica:

*“Se trata de un sistema flexible en el precio y en la obra, por cuanto ambos solo van a quedar definitivamente determinados al momento de la conclusión de las obras, circunstancia en la que recién podrán conocerse con exactitud la cantidad de unidades ejecutadas por el constructor y, del mismo modo, el precio definitivo a ser pagado por el comitente.”*

Así también, Vargas Cantor (2010) refiere que *“el valor total de los contratos de obra bajo el sistema de precios unitarios corresponde al que resulta de multiplicar la cantidad de obra inicialmente contratada y recibida a entera satisfacción por los precios unitarios fijados en la propuesta adjudicada”*.

Es así como, en este sistema de contratación mantiene total importancia el carácter **referencial** de los valores determinados en el Expediente Técnico, toda vez que, dichos valores serán realmente conocidos cuando se concluya la ejecución de la obra.

Sin perjuicio de lo anterior, el carácter referencial de una obra bajo el sistema a Precios Unitarios no es absoluto pues los trabajos que deberá realizar el contratista -aunque no sus magnitudes- sí deberán estar definidos de manera previa en el Expediente Técnico. Sobre lo anterior se ha pronunciado en el mismo sentido la Dirección Técnico Normativa del OSCE:

*En esa medida, el sistema a precios unitarios resulta aplicable cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas; es decir, **corresponde emplear el sistema de precios unitarios cuando los trabajos que deban ser ejecutados por el contratista, en una obra, están definidos mas no sus metrados, los cuales se encuentran consignados en el expediente técnico, pero de forma referencial**; de esta manera, la cantidad de metrados necesarios para una obra de esta naturaleza, así como el monto que debe ser pagado por la Entidad, solo podrán conocerse cuando el contratista ejecute la obra.*

(Énfasis agregado)

Atendiendo a todo lo anterior, el referido sistema de pago también resulta de común uso cuando se trata de obras públicas, manteniéndose la obligación de definir su uso en cabeza de la Entidad contratante

En cuanto al sistema de contratación llamado Esquema Mixto, será aplicable en la ejecución de una obra cuando no todas las partidas a ejecutarse sean plausibles de definir bajo un mismo sistema. Podrá utilizarse suma alzada, tarifas y/o precios unitarios según corresponda, siempre que se defina qué modalidad de pago será utilizada para cada componente del proyecto u obra.

## **2.2. EL SISTEMA A SUMA ALZADA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA:**

Habiendo detallado los otros dos (2) sistemas de contratación estatal, a continuación, corresponde presentar el concepto y aplicación práctica del sistema de contratación más utilizado para obras públicas: Suma Alzada.

La normativa peruana de manera uniforme ha conceptualizado este sistema como aquel en el que las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación serán materia de detalle en el Expediente Técnico, memoria descriptiva, o lo que haga sus veces. Será el postor el que tendrá total libertad de formular una oferta por el monto total por el que ejecutará la prestación respetando dichas cantidades, magnitudes y/o calidades que la Entidad informe debidamente.

Atendiendo a lo anterior, la utilización en obras públicas en el Perú se rige, principalmente, por las siguientes características que a continuación desarrollaremos: **i)** el precio fijo; y **ii)** el riesgo a cargo del Contratista.

### **2.2.1. EL PRECIO FIJO:**

La **primera característica** del sistema a Suma Alzada es que oferta ganadora será invariable y obliga a la Entidad a pagar el íntegro de la oferta ganadora sin perjuicio del costo real que el Contratista pudo asumir al ejecutar la prestación. Dicha invariabilidad del precio pactado se encuentra recogida por amplia doctrina en materia de derecho de la construcción como la principal característica del sistema a suma alzada, ajuste alzado o suma global, según la opción del legislador. Sobre ello Podetti (2005) indica:

*“En el sistema de ajuste alzado o suma global o cerrada se define el precio como inmodificable. En consecuencia, 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 se pactaron, cambien hasta el momento de la finalización de los trabajos, entrega de la obra y liquidación final de cuentas.”*

De lo anterior afirmamos que existe, como regla, una obligatoriedad de las partes en respetar la invariabilidad del monto contractual, respetando los costos reales en los que incurra el contratista para ejecutar el trabajo encomendado. Ello quiere decir que, si la oferta ganadora ascendió a X, y la obra costó X – 100, el monto sobrante (100) será la utilidad que el contratista ha conseguido por ejecutar la obra.

En base a lo anterior, en palabras de Sologuren, esta invariabilidad implica dos cuestiones fundamentales:

- “a. El contratista realiza su oferta que no está sujeta a ajustes en función a la información proporcionada por el propietario de la obra.*
- b. El deber de información adquiere sustancial importancia, dado que, ante lo entregado por el propietario es que el contratista realizará su oferta.”* (2016, p. 94)

Al respecto, coincidimos con el autor plenamente. Desde nuestro punto de vista, especial atención merece que la invariabilidad del precio que la Entidad reclamará al contratista se fundamente en una correcta entrega de información al formular la oferta. Sobre ello abundaremos en el siguiente acápite.

### **2.2.2. EL RIESGO A CARGO DEL CONTRATISTA**

Una **segunda característica** del sistema a suma alzada, es el riesgo que asume la contratista al ejecutar la obra, el cual no deberá variar durante toda la ejecución contractual. Es decir, no se le deberá imponer nuevos riesgos no contemplados a la suscripción del Contrato.

Resulta tan importante dicho concepto que, es el propio OSCE que, mediante la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD, ha establecido los criterios a tomarse en cuenta por las entidades al planificar la ejecución de alguna obra pública. Un correcto análisis de riesgos transita por identificarlos, analizarlos, planificar una respuesta rápida y eficiente a cada riesgo, así como la ejecución de acciones que puedan evitarlos.

Se tiene, por ejemplo, los riesgos de errores o deficiencias en el diseño, riesgos de expropiación de terrenos que generen encarecimiento y/o retrasos, riesgos geológicos y/o geotécnicos, riesgos ambientales, riesgos arqueológicos, entre otros.

Todos ellos forman parte del expediente técnico que la Entidad incluye al convocar la ejecución de una obra pública. Es sobre esta base que el contratista formulará una oferta adecuada, y de ahí la necesidad de que los riesgos advertidos por la propia Entidad y asumidos por el contratista, no varíen durante la ejecución contractual.

En palabras distintas, los riesgos asumidos por la empresa contratista no superen los límites que se advirtieron al suscribir el contrato. Por ejemplo, si la oferta económica contempló la ejecución de una Avenida por una zona en la que existían 5 propiedades que debían ser expropiadas, no resulta adecuado que, al ejecutar la obra, sean 15 propiedades las que se deban expropiar, pues ello aumentaría el costo y plazo predeterminado para el proyecto.

Bajo el mismo ejemplo previamente descrito, la oferta ganadora de la buena pro resultará insuficiente para el beneficio del contratista, que deberá exigir mayores gastos, costos directos, ampliaciones de plazo y/o adicionales de ser el caso.

Las dos características desarrolladas previamente, deberán leerse bajo los parámetros de la buena fe. Según Sologuren, ello *implica “la buena fe de las partes al cumplir sus obligaciones contractuales, la colaboración en la ejecución contractual y el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones a cargo de cada una”* (2016, p. 94).

En efecto, el concepto de buena fe resulta ser un principio general del derecho mediante el cual las actuaciones de las partes al celebrar y ejecutar contratos, en este caso públicos, deben respetar las buenas prácticas e intenciones.

Puntualmente, la Resolución N° 1007-2023-TCE-S6 emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, ha definido a la buena fe como:

*“[aquel principio que] aplicado a las contrataciones públicas, exige una conducta honesta en los diversos actores involucrados en el procedimiento de selección, quienes deben actuar con corrección y apegados a sus deberes, conforme a las buenas costumbres adoptadas en forma general, evitando impedir conductas que perjudiquen tanto a la Entidad como a los demás participantes, lo cual se da muchas veces a través del ejercicio abusivo de un derecho.”*

En otras palabras, la buena fe implica un nivel de diligencia mutuo entre el Estado y el contratista, evitando la alteración del equilibrio económico financiero del contrato. Es decir, en todo momento, los derechos y obligaciones de ambas partes deberán ser respetados entre sí, para evitar situaciones perjudiciales.

En una obra bajo el sistema a suma alzada, la colaboración de las partes permitirá no trasgredir el monto ofertado, pues, pese a que el contratista asume la responsabilidad total de la obra a precio fijo, la Entidad mantiene obligaciones esenciales que permitirán al contratista asumir dicha responsabilidad de manera eficiente, eficaz y adecuada.

En palabras del Prof. Morón: “Ya no es posible afirmar que la posición de supremacía de la Administración (...) es argumento válido para rechazar la exigencia de actuación de buena fe” (Morón, 2016, p. 451).

Es por ello que, la buena fe, la colaboración y el mantenimiento de la equivalencia en las prestaciones buscan garantizar que ambos contratantes, la Administración y el contratista, cumplan sus obligaciones de manera eficiente, respetando los términos acordados y evitando conflictos que puedan derivarse de un incumplimiento de cláusulas del contrato, sobre todo, aquella que establece el monto contractual.

La Dirección Técnico Normativa del OSCE ha emitido opiniones concordantes, tales como la Opinión N° 108-2021/DTN:

*“Los contratos que se ejecuten bajo el sistema de suma alzada implican la invariabilidad del precio pactado, de tal forma que, **sólo cuando se presenten modificaciones o variaciones en los términos y condiciones pactados inicialmente**, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado, **podrá producirse la correspondiente modificación del precio o monto contractual.**”*

(Énfasis agregado)

Tras ello, concluimos que, si bien el sistema de contratación a suma alzada puede ser beneficioso tanto para la Entidad como para el contratista, deberá efectuarse bajo los parámetros antes descritos para no alterar el equilibrio económico financiero del contrato y desnaturalizar la oferta. En aras de evitar ello es que la información que entregue la Entidad al postor - futuro contratista resultará de crucial importancia.

### **CAPÍTULO III: EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y SU IMPACTO EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS A SUMA ALZADA**

En base a todo lo anterior, afirmamos que, el deber de información que se entregue en la etapa precontractual, juega un papel esencial en la correcta ejecución de los contratos. La Administración Pública, como parte contratante, tiene la obligación de proporcionar al contratista toda la información relevante y necesaria para la correcta formulación de su oferta.

Es desde la formulación de las bases del procedimiento de selección que la Entidad tiene la obligación de definir las reglas de la contratación. Estas son definidas de manera unilateral por la Entidad, en ejercicio de su potestad exorbitante, sin que los postores tengan la oportunidad de sugerir y/o advertir problemas en estas; por el contrario, estos solo podrán adherirse a las estipulaciones de las bases.

Unas bases claras permitirán al mercado formular sus mejores ofertas en el marco de reglas claras y seguras. La información que contendrán las bases será crucial para que los postores calculen el monto que ofertarán, así también, “debe incluir toda la información necesaria para comprenderla, ser fiables (información cierta, veraz y completa) y conformes a ley y normas técnicas aplicables” (Pino Ricci, 2005, p. 183).

De manera concreta, el problema advertido surge cuando el contratista no cuenta con el acceso a la totalidad de la información para ejecutar el proyecto, pese a que ello resulta ser una obligación de la Entidad, en calidad de propietaria / beneficiaria. En ese punto, surge el deber de información de la Entidad como elemento determinante para la viabilidad del procedimiento de contratación y la integridad del contrato.

Como se ha mencionado, el sistema de contratación a suma alzada implica que el contratista realizará la obra por un precio fijo previamente acordado, independientemente de las variaciones que puedan surgir durante la ejecución del proyecto, siempre que esto sea parte de los riesgos asumidos, bajo la información entregada.

El deber de información tiene una relevancia aún mayor en los contratos a suma alzada debido a la naturaleza de la modalidad. En un contrato de este tipo, el

precio acordado es fijo y no está sujeto a ajustes, salvo en circunstancias excepcionales y bien justificadas. Esta característica transfiere el riesgo económico al contratista, quien debe prever todos los costos posibles asociados al proyecto. La Administración debe, por tanto, proporcionarle todos los elementos necesarios para que este cálculo sea lo más preciso posible, lo que implica una responsabilidad sustancial de su parte. Cualquier omisión o distorsión en la información entregada puede resultar en un perjuicio económico para el contratista, quien se vería obligado a asumir costos no contemplados inicialmente.

Dado que el contratista asume todos los riesgos relacionados con el costo y el tiempo de ejecución, la exactitud de la información proporcionada por la Entidad, afirmamos, debe considerarse una obligación esencial a cargo de la Administración Pública.

Cualquier error u omisión puede generar un desequilibrio en el contrato, afectando tanto la propuesta del contratista como el cumplimiento de los plazos y la calidad de la obra.

En este punto, cobra especial sentido la afirmación del acápite precedente, respecto de la buena fe incluso en la etapa precontractual, en este caso, ligado al deber de información. Coincidimos con Morón al afirmar que:

*“Consiste en el deber de enterar, dar noticia, instruir, prevenir, exponer espontáneamente a la otra parte acerca de circunstancias, hechos o situaciones que la otra ignora y que son relevantes por tener aptitud de influir sobre la decisión de contratar o para la conformación del vínculo. Se asume que es la derivación de la buena fe evitar que el otro tome una decisión desinformada, ya que de haber estado informado no hubiera concluido el contrato o lo habría hecho bajo otras condiciones” (Morón, 2016, p. 457).*

Esas “otras condiciones” se pueden reflejar, por ejemplo, en una oferta más cuantiosa, distintas asunciones de riesgos a cargo del contratista, entre otros.

El contratista debe tener acceso a estudios previos, planos detallados de la obra, condiciones del terreno, posibles riesgos medioambientales, y cualquier otro dato que pueda influir en el costo y desarrollo del proyecto. La falta de dicha información puede llevar a que el contratista no pueda realizar una oferta adecuada y equitativa, lo que afecta directamente la competitividad del procedimiento y la eficacia en la ejecución de los proyectos de obra pública.

La información completa que debe presentarse también se encuentra positivizada en el TUO de la Ley N° 30225:

***“Artículo 48. Contenido mínimo de los documentos del procedimiento***

*48.1. Las bases de la Licitación Pública, el Concurso Público, la Adjudicación Simplificada y la Subasta Inversa Electrónica contienen: a) La denominación del objeto de la contratación;*

***b) Las especificaciones técnicas, los Términos de Referencia, la Ficha de Homologación, la Ficha Técnica o el Expediente Técnico de Obra, según corresponda;***

*c) El valor referencial con los límites inferior y superior que señala en el numeral 28.2 del artículo 28 de la Ley, cuando corresponda. Estos límites se calculan considerando dos (2) decimales. Para ello, si el límite inferior tiene más de dos (2) decimales, se aumenta en un dígito el valor del segundo decimal; en el caso del límite superior, se considera el valor del segundo decimal sin efectuar el redondeo;*

*d) La moneda en que se expresa la oferta económica;*

*e) El sistema de contratación;*

*f) La modalidad de ejecución contractual, cuando corresponda;*

*g) Las fórmulas de reajuste, cuando correspondan;*

*h) El costo de reproducción;*

- i) Los requisitos de calificación;*
- j) Los factores de evaluación;*
- k) Las instrucciones para formular ofertas;*
- l) Las garantías aplicables;*
- m) En el caso de ejecución de obras, cuando se hubiese previsto las entregas parciales del terreno;*
- n) Las demás condiciones de ejecución contractual; y,*
- o) La proforma del contrato, cuando corresponda.”*

De igual forma, la nueva Ley de Contrataciones, Ley N° 32069, también determina que, parte de las actuaciones preparatorias es la inclusión de toda la información relevante y oportuna en el Expediente Técnico, conforme al Art. 46<sup>2</sup> de dicha norma.

La importancia de este deber radica en que la oferta del contratista se construye sobre la base de la información entregada por la Administración. Es así de importante. Si esta información no es precisa o es insuficiente, el contratista no podrá calcular adecuadamente los costos asociados al proyecto, tales como los materiales a utilizarse, los costos unitarios, la maquinaria necesaria, la mano de obra, así como el personal calificado necesario para el proyecto requerido.

El deber de información precontractual no solo se limita a la entrega de documentos técnicos y estudios previos. También implica la obligación de la Entidad de proporcionar la información de manera oportuna y accesible.

Atendiendo a lo anterior, el impacto de incumplir este deber de información en la etapa precontractual, naturalmente, se manifestará en la ejecución contractual. Nos referimos a los costos adicionales, mayores gastos, impactos en los plazos y calendario de obra, entre otras interrupciones.

---

<sup>2</sup> Atendiendo a que aún no se cuenta con el Reglamento, nos remitimos sólo a la Ley N° 32069 que sí se encuentra en vigencia.

Aquello se manifiesta en los constantes arbitrajes que enfrenta el Estado en los que las empresas contratistas reclaman dichos conceptos. Naturalmente, ante un incorrecto planteamiento del expediente técnico, las especificaciones establecidas inicialmente no podrán ser cumplidas.

Ello desnaturaliza la finalidad de un contrato bajo el sistema a suma alzada, que en teoría resulta ser una buena fórmula para desarrollar obras públicas. La problemática, a nuestro entendimiento, no se centra en la figura jurídica, sino en una mala utilización y/o planteamiento a cargo de las Entidades.

A modo de *disclaimer*, sin perjuicio de lo anterior, también existen casos en los que es el propio postor el que formula la oferta de manera errónea. En esos casos, deberá asumir los costos de su propia ineficiencia a cuenta de sí mismo.

## **CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

La primera conclusión a la que arribamos, es la plena existencia de las prerrogativas de la administración pública al contratar con el privado. Este último, se encuentra ante la imposibilidad de negociar los términos de la contratación, así como el plazo y modo a ejecutarse la obra pública.

Atendiendo a ello, resulta necesario que la Entidad utilice dicho poder exorbitante de manera adecuada y justa, sin darle cabida a malas prácticas que atenten contra las buenas costumbres e intenciones. No se debe perder de vista que las contrataciones estatales persiguen un interés social en beneficio de la población. El fin no puede justificar los medios.

La segunda conclusión derivada del presente artículo es la común elección de las Entidades para ejecutar una obra bajo el sistema a suma alzada. Se advierte cada vez con más frecuencia la utilización de esta figura que permite a la Entidad conocer, a cabalidad, cuál es el monto total de los fondos públicos (tesoro público) que destinará a una obra.

El problema surge cuando se desnaturaliza la figura de la suma alzada, obligándose la Entidad a incrementar el presupuesto inicialmente considerado para la obra. Lo que pretendemos afirmar es que, la suma alzada *per se* sí

resulta, a nuestro parecer, un sistema beneficioso tanto para el privado como para el Estado, siempre que se proponga de la manera correcta.

La tercera conclusión a la que se ha arribado, es la importancia del deber de información durante la etapa precontractual, pues el incumplimiento de este, acarreará controversias que se manifestarán en la etapa de ejecución contractual. De ahí, afirmamos, surgen la cantidad de procesos arbitrales en los que el Estado es parte.

Se advierte también, que muchas de las controversias pudieron evitarse si la oferta ganadora hubiese sido más realista, conforme a las necesidades del Proyecto. Siempre, tomando en consideración la situación real de todas las partes interesadas (*stakeholders*) al ejecutar una obra pública.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Cassagne, J. (2009). *El contrato administrativo*. Abeledo Perrot.
2. Cosculluela Montaner, L. (2013) *Manual de derecho administrativo, Parte General*. Thomson Reuters.
3. Morón Urbina, J. (2016). La Contratación Estatal: Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado. *Gaceta Jurídica*.
4. Morón Urbina, J. y Aguilera, Z. (2017). *Aspectos jurídicos de la Contratación estatal*. Fondo Editorial.
5. Retamozo Linares, A. (2018). "Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control" Tomo II. *Gaceta Jurídica*
6. Cuba Meneses, E. Contratos públicos y buena fe: la tutela de los derechos del administrado en el ordenamiento jurídico peruano. <https://www.redalyc.org/journal/6559/655969804002/html/>

7. Galeas Salazar, M. El principio de buena fe en la etapa precontractual de la contratación pública ecuatoriana. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6559/1/T2807-MDACP-Diaz-El%20principio.pdf>
8. Cuba Meneses, E. Responsabilidad precontractual en la contratación administrativa a partir del principio de la confianza legítima. El caso peruano. <https://ojs.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/59759/51125>
9. Tribunal de Contrataciones del Estado Resolución N° 3269 -2021-TCE-S2. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2242720/Resoluci%C3%B3n%20N%C2%B0%203269-2021-TCE-S2.pdf.pdf>
10. Campos Medina, A. y otros. El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir.
11. Podetti, H. Contrato de Construcción. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005. p. 251.
12. Vargas Cantor, E. Las Obras Públicas, una visión pragmática del proceso general de contratación, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, primera edición, 2010, página 210.
13. Sologuiren, 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*
14. Pino Ricci, J. 2005 El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Pp: 183.

**OPINIONES, RESOLUCIONES Y DIRECTIVAS OSCE:**

Opinión N° 004-2020/DTN

Opinión N° 108-2021/DTN

Opinión N° 167-2018/DTN

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Directiva N° 012-2017-OSCE/CD

