

MANUAL DE ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA
SEGUNDA PARTE

Volumen 71 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Manual de arbitraje en contratación pública

Segunda parte

 **Derecho & Sociedad**
Asociación Civil

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

MANUAL DE ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

SEGUNDA PARTE

- © ASOCIACIÓN CIVIL DERECHO & SOCIEDAD
Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima
Telf. 626-2000 anexo 5390
consejoeditorial@derechoysociedad.pe - www.derechoysociedad.pe

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, julio 2019

Tiraje: 650 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2019-09561

ISBN: 978-612-4400-19-3

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Capítulo III	
Los árbitros en la contratación pública	9
Árbitros	9
<i>Juan José Pérez-Rosas Pons</i>	
Capítulo IV	
Laudo arbitral	31
El laudo arbitral	31
<i>Gino Rivas Caso</i>	
Laudos arbitrales	75
<i>Manuel Villa-García Noriega</i>	
<i>Josefina Salinas Tipiani</i>	
<i>Daniel Quintana Santa Cruz</i>	
Capítulo V	
Materias recurrentes en arbitrajes en contratación pública	109
Ampliaciones de plazo en obras	109
<i>Carlos Antonio López Avilés</i>	
Disrupción e improductividad	129
<i>Billy Franco Arias</i>	

La modificación unitaleral de los precios unitarios <i>Emilio Cassina Rivas</i>	181
Liquidación de obra <i>Ricardo Gandolfo Cortés</i>	193
Alcances de las instrucciones del supervisor <i>Daniel Triveño Daza</i>	213
Alcance de las instrucciones del supervisor de obra en la normativa de contratación pública <i>Ricardo Rodríguez Ardiles</i>	247
Resolución contractual en la contratación con el Estado <i>Alfredo Soria Aguilar</i>	283
La penalidad por cambio de personal en los contratos de supervisión de obra <i>Sherin Limas Calderón</i>	307

CAPÍTULO III

LOS ÁRBITROS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

ÁRBITROS

*Juan José Pérez-Rosas Pons**

No hay entre nosotros árbitro que ponga su mano sobre ambos.
La Biblia, «Job», 9:33

Desde que nos iniciamos en el mundo arbitral hemos podido advertir que dicha institución jurídica siempre ha estado en el «ojo de la tormenta»; razones para criticarla hay, razones para confiar nuestro conflicto a dicho medio de solución de controversias también hay y en mayor medida.

Hace algunos meses, el arbitraje viene siendo vilipendiado por, hay que decirlo, varios procesos arbitrales con serios cuestionamientos, y algunos de ellos con cierto tufillo de corrupción (siendo generosos), los mismos que han involucrado a muchas autoridades estatales, contratas y, felizmente, a pocos árbitros.

Por tal razón consideramos adecuada la cita respecto al libro de Job, en la medida que muchas de esas «voces autorizadas» consideran que el arbitraje debe ser desaparecido o debe ser sobrerregulado o, simplemente, cualquier decisión, dentro de un proceso arbitral, no debe ser acatada.

* Socio de Arenas, Pérez-Rosas & Romero Consultores. Miembro del Círculo Peruano de Arbitraje.

Si bien el presente artículo no pretende involucrarse en dichos temas, es justo comenzar citando lo que bien se sabe en el mundo arbitral: «un arbitraje vale lo que vale su árbitro».

Por ello abordaremos, de manera previa, las condiciones mínimas que debe tener una persona para ser árbitro, continuando con los requisitos establecidos por la Ley de Contrataciones del Estado para desempeñarse como árbitro y, finalizando, el intrincado tema de las recusaciones.

1. CONDICIONES PARA SER ÁRBITRO

El artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece lo siguiente: «Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros».

Hasta ahí parece no haber mayor problema o comentario. Toda persona, mayor de edad y en pleno ejercicio de sus derechos, puede ser árbitro. Acordémonos que nos encontramos ante el marco general que es la Ley de Arbitraje.

Por su parte, el artículo 21 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente: «Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas».

Coincidimos que en esta etapa tampoco existe mayor problema o comentario; sin embargo, podemos indicar que, por obvias razones, no pueden desempeñarse como árbitros los funcionarios o servidores que tengan relación directa con la materia controvertida o forman parte de la dependencia estatal involucrada.

Igualmente, el artículo 22.1 de la citada Ley, señala lo siguiente: «En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo».

Entonces, hasta el momento tenemos que para desempeñarse como árbitro, dentro del marco general (Ley de Arbitraje), se tiene que ser mayor de edad, encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles y, de tratarse de un arbitraje de derecho, además, ser abogado.

Ahora bien, el artículo 22.2 dispone lo siguiente: «Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, *no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera*».

De acuerdo al artículo citado, *no se requiere, para el caso peruano, estar colegiado o pertenecer a los denominados colegios de abogados*. Cabe indicar que en nuestra experiencia profesional hemos advertido algunas recusaciones por no encontrarse «habilitado» en el colegio profesional correspondiente; sin embargo, y conforme el artículo citado, resulta evidente que no procedieron.

Por otro lado, el artículo 28 de la Ley de Arbitraje expresa lo siguiente: «Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia».

Y aquí las cosas se complican, pues el gran «cajón de sastre» para plantear una recusación es, justamente, la falta de imparcialidad y/o independencia.

Pero ¿qué es la imparcialidad y/o independencia?

2. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

Para definir estos conceptos me permitiré reutilizar algunos de los que hemos utilizados cuando nos desempeñábamos como consultores externos en el OSCE (ex Consejo Superior de las Contrataciones del Estado - Consucode).

Imparcialidad significa: «[...] falta de designio anticipado o prevención a favor o en contra de personas y cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud».¹

[...] la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea [...].²

[...] el concepto de independencia [...] es de asegurar que cualquier decisión de los árbitros sea únicamente motivada por los hechos no contestados o probados sometidos a su decisión y no por influencias turbias exteriores [...]. El requisito de imparcialidad se refiere a una actitud deontológica vivida durante el proceso arbitral. Su núcleo es el deber del árbitro de tratar a las partes de manera igual y de darles la oportunidad de presentar su caso [...].³

[...] generalmente, se considera que la dependencia se refiere exclusivamente a cuestiones surgidas de la relación entre el árbitro y una de las partes, sea de índole financiera o de cualquier otra naturaleza. Se entiende que esto puede determinarse mediante un criterio objetivo, dado que no guarda ningún tipo de relación

¹ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 175.

² ALONSO, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2006, n.º 02, p. 98.

³ SCHÄFER, Erik. «Elección y nombramiento de los árbitros». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 06, p. 94.

con la forma en que está mentalizado el árbitro [...]. Por el contrario, se considera que el concepto de imparcialidad está ligado a la preferencia real o aparente del árbitro —ya sea a favor de una de las partes o en relación a las cuestiones controvertidas—. La imparcialidad, es por ende, un concepto subjetivo y más abstracto que el de la independencia, ya que principalmente se refiere a una predisposición mental [...].⁴

Tenemos, pues, que la doctrina es unánime al señalar que la independencia posee un criterio objetivo, mientras que la imparcialidad posee un criterio subjetivo, pues la primera se refiere a una *vinculación* árbitro-parte y, la segunda, a una *posición preferente* hacia una de las partes o a la materia controvertida por parte del árbitro.

Pero el artículo 28 citado va más allá y refiere que el árbitro, al momento de la aceptación al cargo, debe revelar cualquier circunstancia que pueda generar alguna duda respecto a su imparcialidad o independencia.

Es decir, el árbitro tiene el deber/obligación de informar cualquier hecho que pudiese generar dudas respecto a su imparcialidad; sin embargo, ¿cómo determino qué cosas deben revelarse o qué es importante que se revele?

En este punto siempre he recomendado a mis alumnos realizar el siguiente ejercicio respecto a qué se debe revelar: *debe revelarse todo hecho o circunstancia que, a los ojos de un tercero, ajeno a la controversia, pudiera generar alguna tipo de duda*; si a este tercero que no sabe nada de la controversia le genera alguna suspicacia la información brindada, deberá revelarse.

Entonces, a manera de conclusión, tenemos que, de acuerdo a la Ley de Arbitraje, pueden ser árbitros las personas mayores de edad en

⁴ REDFERN, Alan y otros. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, cuarta edición, p. 305.

pleno ejercicio de sus derechos civiles, abogados (si es un arbitraje de derecho) y, por último, pero no menos importante, que sean *independiente e imparciales*.

Señalado el marco general, aterrizaremos en el marco especial que es regulado por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las directivas aprobadas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

3. MARCO JURÍDICO

Las contrataciones del Estado peruano se encuentran reguladas desde el año 1998 por un régimen jurídico uniforme, recogido en la Ley n.º 26850 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 039-98-PCM, además de las respectivas normas modificatorias y complementarias.

Quedó entonces constituido desde el año 1998 el marco normativo correspondiente y, dentro de este marco normativo de derecho público y, por ende, de derecho administrativo, la vía arbitral ha sido instaurada legalmente, como vía necesaria para la solución de controversias suscitadas en la etapa de ejecución de los contratos.

El arbitraje sustituye o excluye por mandato legal a las vías administrativa y judicial. Éstas se encuentran reservadas solamente para la etapa selectiva⁵ y para resolver las controversias que en esta etapa se generen.

La Ley de Contrataciones vigente es la Ley n.º 30225 modificada mediante Decreto Legislativo n.º 1341 y, el Reglamento vigente fue

⁵ Para un análisis jurídico detallado de las etapas y demás características del contrato y su formación, conviene revisar: DROMI, Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea, 1985. Una versión reciente de la misma obra puede encontrarse en Editorial Ciudad Argentina, 1999.

aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, modificado por Decreto Supremo n.º 056-2017-EF.

El primer párrafo del artículo 45.6 de Ley de Contrataciones establece lo siguiente: «El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros».

Conforme lo señalado en el marco general respecto a la ley de arbitraje, correspondería, al tratarse de un arbitraje de derecho, que el árbitro único y los tres miembros del tribunal arbitral sean abogados.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo bajo comentario señala lo siguiente: «El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado».

Es decir, los demás integrantes de un tribunal arbitral, a excepción del presidente, *no tienen que ser abogados*, pudiendo ser expertos o profesionales en otras materias, pero con conocimiento en contrataciones con el Estado.

Pero ¿cómo es posible que en un arbitraje de derecho, en el que supuestamente tienen que participar sólo abogados de acuerdo a la Ley de Arbitraje, puedan también participar otros profesionales? Pues bien, se debe señalar que nos encontramos ante una forma o tipo puntual de “arbitraje administrativo”, que también supone la existencia de una *competencia arbitral especializada*,⁶ lo que en conjunto se distingue claramente

⁶ Desde la promulgación de la anterior Ley General de Arbitraje peruana, Ley n.º 26572 (derogada por el Decreto Legislativo n.º 1071), se han registrado en nuestro país la promulgación de cerca de sesenta normas legales de diverso rango, que regulan el arbitraje y la conciliación especializados en dieciséis sectores normativos

del arbitraje comercial privado, pero también se ubica armónicamente entre la legislación contenida en el marco normativo de contrataciones y en forma paralela a las cerca de sesenta normas legales sobre arbitraje que actualmente comprende el sistema jurídico peruano.⁷

El *marco normativo sub análisis* es de derecho público y, como tal, se refiere al Estado en sí y a las relaciones de éste con los particulares, lo que alienta la necesidad de comprender integralmente su especial configuración, haciéndolo en consonancia con los fines e intereses públicos subyacentes.

4. ESPECIALIZACIÓN DE LOS ÁRBITROS

Ahora bien, definido este tipo de arbitraje «especial», ¿qué es «especialización acreditada en contrataciones con el Estado, arbitraje y derecho administrativo»?

La Ley de Contrataciones y su Reglamento *no lo definen*, por tanto, el OSCE es responsable de definirlo.

Bajo dicha premisa, el OSCE ha emitido la *Directiva n.º 017-2017-OSCE/CD* denominada *Procedimientos de inscripción y renovación en la*

tan diversos como transporte, salud, telecomunicaciones, saneamiento, formalización de la propiedad, bolsa de valores, bolsa de productos, energía, contrataciones y adquisiciones, etcétera. Para un análisis detallado, revisar: RUBIO GUERRERO, Roger. *Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú*. Tesis de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 167-174.

⁷ Conviene destacar que la proliferación de competencias arbitrales en el Perú registrada a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, junto al fenómeno de promulgación de normas arbitrales de diverso rango, constituyen parte de las bases para argumentar con fundamento a favor de la necesidad de considerar al arbitraje como una institución jurídica autónoma, que tiene la particularidad de extenderse transversalmente a diversos ámbitos normativos y económicos, confirmando así una marcada tendencia hacia la sofisticación y especialización.

nómina de profesionales aptos para designación residual del OSCE, así como supuestos de suspensión y exclusión; sin embargo, tampoco lo define, remitiéndonos al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la institución.

En efecto, para la incorporación de un árbitro en la nómina, el TUPA del OSCE exige como requisitos los siguientes:

1. Solicitud dirigida al subdirector de Asuntos Administrativos Arbitrales del OSCE, según formulario oficial debidamente llenado.
2. *Curriculum vitae* documentado.
3. Copia del título profesional y número de documento oficial de identidad respectivo.
4. Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Árbitros.
5. Declaración jurada sobre impedimentos, prohibiciones, incompatibilidades, antecedentes y sanciones, según formato elaborado por la Dirección de Arbitraje.
6. El profesional deberá acreditar lo siguiente: *haber aprobado el Curso de Formación de Árbitros dictado por una universidad en convenio con el OSCE o, en su defecto, contar con capacitaciones realizadas por universidades que acrediten la especialización en contrataciones con el Estado, arbitraje y derecho administrativo, cada uno no menor de ciento veinte (120) horas académicas o de ser docente universitario deberá acreditar como mínimo dos años o 4 semestres o 182 horas académicas en cualquiera de las 3 especialidades.*

7. *Además, el solicitante deberá presentar documentos que acrediten como mínimo y de manera concurrente o alternativa, experiencia en contrataciones con el Estado y/o derecho administrativo y/o arbitraje mediante el ejercicio de la función pública o privada de la profesión, por un periodo no menor a cinco (5) años; y/o documentos que acrediten experiencia en arbitraje actuando como árbitro, abogado o secretario arbitral, no menor a cinco (5) años.*
8. Compromiso de someterse a la evaluación conforme a la directiva correspondiente y de capacitarse durante el periodo de vigencia de la inscripción en las materias de derecho administrativo, contrataciones con el Estado y arbitraje, según formato elaborado por la Dirección de Arbitraje.
9. Copia del comprobante de pago de la tasa correspondiente._

Lejos de que consideramos que existe una sobrerregulación en relación con lo dispuesto por la Ley de Arbitraje respecto a la calificación para ser árbitro y que actualmente se está incurriendo en una *hiperadministrativización* (si cabe el término) del arbitraje en contratación pública, consideramos que surgen las siguientes dudas.

La Ley de Contrataciones del Estado señala que basta ser experto o profesional en otras materias para ser árbitro. Si nos ceñimos a la letra de la norma, si sólo se requiere ser experto, ¿para qué la exigencia del título profesional?

De otro lado, ¿120 horas académicas, acreditan que estamos capacitados o mejor dicho, que cumplimos con la especialización requerida? Y esas 120 horas, ¿tienen que ser de seminarios, diplomados, postítulos, maestría, doctorado?

Lo cierto es que no lo definen. Igualmente, la directiva citada señala lo siguiente: «La verificación de conocimientos constará de un examen

de veinte (20) preguntas distribuidas por cada uno de los temas de especialización establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley (Arbitraje, Derecho Administrativo y Contrataciones con el Estado)». Es decir, no basta la acreditación de las 120 horas académicas, o la acreditación de cinco (5) años en el desempeño de la función pública o privada, sino que también debe aprobarse el examen que practicará el OSCE.

A través de la Resolución n.º 030-2014-OSCE/PRE de fecha 31 de enero de 2014, el OSCE, anticipándose a lo señalado en el TUPA citado, resolvió lo siguiente:

Se puede acreditar la especialización en una materia o tema de las siguientes formas: a) por un lado, la especialización puede acreditarse a través del grado académico o instrucción que ostenta el profesional sobre una determinada materia, grados obtenidos como consecuencia de haber cursado y aprobado programas de estudio o cursos de especialización. Éstos últimos deben ser entendidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley n.º 23733, Ley Universitaria, que establece que los estudios de post grado y de segunda especialización son sólo aquéllos que como tales son organizados por las universidades, siendo las únicas con competencia legal para emitir los títulos, las certificaciones o menciones correspondientes; b) asimismo, puede acreditarse la especialización en una determinada materia o tema específico a través del «expertise» o conocimientos altamente calificados obtenidos por la práctica reiterada del tema o materia en el tiempo. En ese sentido, puede acreditarse especialización sobre un tema o materia determinada a través de información o elementos de valor que evidencien un alto grado de conocimiento y dominio de dicha materia o tema, en razón a la práctica reiterada en el tiempo de actividades cuya realización permiten adquirir experiencia verificable y calificable; y, c) se puede acreditar la especialización en algunas materias mediante el ejercicio constante y/o reiterado de la actividad de la docencia universitaria, pues, evidentemente, quien especializa a otras personas median-

te la formación académica o de instrucción debe ser considerado como especialista en las materias que ejerce la docencia.

Tenemos, pues, que para el OSCE tienes 3 formas de acreditar la especialización:

1. Mediante grados obtenidos a través sólo de universidades.
2. A través del *expertise* o conocimientos altamente calificados.
3. Siendo docente universitario.

Entendemos las buenas intenciones del OSCE para establecer requisitos adicionales para la acreditación de los eventuales árbitros en temas de contratación pública; sin embargo, consideramos que no es adecuado, no sólo porque no asegura la idoneidad de los profesionales propuestos, en la medida que en la actualidad, tenemos universidades que prácticamente, «regalan» diplomas, sino que se está sobreregularando de manera desmedida el arbitraje, haciendo excesivo el trámite administrativo para incorporarse como árbitro, amén de lo engorroso del procedimiento.

Giuseppe Tomasi di Lampedusa, en su célebre obra *El gatopardo*, señaló que: «Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie» y, al parecer, esta cita «cae como anillo al dedo» a la buena voluntad del OSCE para regular la pretendida especialización del árbitro.

Creemos que una solución posible es la de la ratificación del árbitro propuesto, la misma que actualmente se encuentra vigente en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima con óptimos resultados.

5. RECUSACIÓN

El artículo 28.3 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente: «Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley».

Nótese que la Ley de Arbitraje sólo contempla dos supuestos: i) dudas justificadas respecto a su imparcialidad e independencia; y, ii) no poseer las condiciones convenidas por las partes.

Ahora bien, el artículo 193.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

193.1. Los árbitros pueden ser recusados por las siguientes causas:

- a) Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 190 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 192.
- b) Cuando no reúnan las calificaciones y exigencias para asumir el encargo, establecidas en la legislación y el convenio arbitral.
- c) Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, siempre que dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna.

Por su lado, el artículo 190 del citado Reglamento señala lo siguiente:

Se encuentran impedidos para ejercer la función de árbitro:

- 1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los Viceministros, los Titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.

2. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
3. Los Fiscales y los Ejecutores Coactivos
4. Los Procuradores Públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.
5. El Contralor General de la República y el Vice Contralor.
6. Los Titulares de instituciones o de organismos públicos del poder ejecutivo.
7. Los gobernadores regionales y los alcaldes.
8. Los directores de las empresas del Estado.
9. El personal militar y policial en situación de actividad.
10. Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la entidad o sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
11. Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (06) meses después de haber dejado la institución.
12. Los sometidos a proceso concursal.
13. Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones, sin perjuicio de la culminación de los casos en los que haya aceptado su designación previamente a la fecha de imposición de la sanción.
14. Los sancionados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.

15. Los sancionados con condena que lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción.
16. Los sancionados por delito doloso, en tanto esté vigente dicha sanción.
17. Los que tengan sanción o suspensión vigente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.
18. Las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (Redereci), sea en nombre propio o a través de persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa, así como en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por mala práctica profesional, en el Registro de funcionarios y servidores sancionados con destitución por el tiempo que establezca la Ley de la materia y en todos los otros registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado.
19. Las personas inscritas en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam).
20. Las personas sancionadas por el Consejo de Ética según lo dispuesto en este Reglamento.
21. Las personas a las que se refiere el literal m) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

En los casos a que se refieren los numerales 8 y 10, el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

Igualmente, el artículo 192 establece lo siguiente:

192.1. Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales.

192.2. Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende, además, la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación que pudiera generar dudas sobre su imparcialidad e independencia.

192.3. El árbitro designado debe presentar una declaración jurada expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, señalando que cumple con los requisitos establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley, así como que cuenta con la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

192.4. En el caso del arbitraje *ad hoc*, el árbitro designado debe declarar, además, al momento de su aceptación, que se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Árbitros (RNA).

Como se podrá advertir, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ha establecido todo un abanico de causales para recusar a un árbitro; sin embargo, nuevamente caemos en la sobrerregulación del arbitraje.

Por otro lado, el OSCE, mediante Resolución n.º 028-2016-OSCE/PRE, aprobó el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones con el Estado, del cual podemos citar algunas reglas de conducta para el eventual árbitro que consideramos importantes:

4.1. Los árbitros deben observar las siguientes reglas:

En forma previa a su designación como árbitro:

1. Antes de su designación, el posible árbitro no debe contactarse con ninguna de las partes, salvo que ello obedezca para conocer su disponibilidad y conocimiento sobre la materia a someterse a arbitraje. En tal circunstancia, no se debe brindar detalles del caso, sino aspectos generales para que el posible árbitro pueda definir su aceptación. Asimismo, éste procurará informarse de datos relevantes que le permitan, en su oportunidad y de ser el caso, identificar y declarar potenciales situaciones que pueden afectar su independencia o imparcialidad. Ningún posible árbitro debe proponer activamente su designación. [situación que ocurre a menudo]
2. Antes de aceptar una designación, el posible árbitro debe estar convencido que podrá ajustar su actuar a los principios que informan el presente Código. El posible árbitro debe rechazar su designación si tuviera dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia.

Con motivo de aceptar el cargo como árbitro:

3. Al dar a conocer su aceptación a las partes, a sus coárbitros y/o a la institución arbitral, según corresponda, el árbitro deberá declarar los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, según lo establecido en el artículo 5 del presente Código.

Durante el ejercicio del cargo como árbitro:

4. Asimismo, durante el ejercicio de sus funciones, los árbitros deben actuar con imparcialidad e independencia.
5. Una vez aceptado el encargo, los árbitros deben ejercer sus funciones hasta concluir las, evitando renunciar por circuns-

tancias que no constituyan razones atendibles para seguir a cargo del arbitraje. Cuando ello ocurra, deben devolver la documentación presentada por las partes que tengan en su poder, teniendo en consideración el principio de confidencialidad.

6. Durante el ejercicio de sus funciones, los árbitros deben procurar, razonablemente, impedir acciones dilatorias, de mala fe o de similar índole, de las partes o de cualquier otra persona que participe directa o indirectamente en el arbitraje, destinadas a retardar o dificultar su normal desarrollo.
7. Los árbitros deben tratar a las partes y demás partícipes del arbitraje con respeto, así como exigir de éstos el mismo trato para ellos y para los demás intervinientes en el arbitraje.
8. Los árbitros no deben utilizar, en su propio beneficio o de un tercero, la información que, en el ejercicio de sus funciones, hayan obtenido en un arbitraje.
9. Durante el ejercicio de sus funciones, los árbitros deben evitar discutir sobre la materia sometida a arbitraje con ninguna de las partes, sus representantes, abogados y/o asesores, salvo en las actuaciones arbitrales. Igualmente, no deben informar a ninguna de las partes, de manera anticipada, las decisiones que puedan emitir o hayan sido emitidas en el ejercicio regular de sus funciones.
10. Ningún árbitro debe, directa o indirectamente, aceptar favores o atenciones de alguna de las partes, sus representantes, abogados y/o asesores.
11. El árbitro que se aparta del arbitraje sea por renuncia al cargo, recusación fundada, remoción o cualquier otro motivo regulado en la directiva correspondiente, debe devolver los honorarios abonados a su favor en el porcentaje que determine el órgano competente.

4.2. Los preceptos antes referidos constituyen reglas generales de conducta para los árbitros. No son limitativos ni excluyentes de otros previstos en la legislación sobre contratación pública y otra pertinente, o establecidos por las instituciones arbitrales, debiéndose interpretar en función de los principios que informan este Código y de aquéllos que fomenten el ejercicio legal, legítimo y eficiente de la función arbitral. El contenido de estas reglas de conducta podrá ser complementado, de acuerdo con el uso y práctica en materia arbitral.

Consideramos que no era necesario colocar y enumerar las reglas de conducta que deben observar los árbitros en la medida que cada uno sabe qué es lo correcto o incorrecto y no cabe alegar desconocimiento; sin embargo, y a pesar de ello, felicitamos la iniciativa y reformulación del Código de Ética, en vista de, conforme citamos en la introducción, los últimos acontecimientos.

Ahora bien, lamentablemente al aplicar las causales de recusación, el OSCE comete un error que consideramos es gravísimo. *Nótese que no existe la causal denominada «omisión al deber de revelación».*

El OSCE, al resolver las recusaciones, de manera recurrente ha señalado que la misma se declara fundada por haber omitido revelar determinada circunstancia. Ello es errado en la medida que dicha omisión no es causal de recusación *per se*; sin embargo, la falta de revelación podría generar cierto tipo de duda justificada respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro, surgiendo la interrogante ¿por qué no lo declaró?; y ahí es que se activa el presupuesto para la recusación. Lo mismo he podido comprobar en resoluciones emitidas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ahora bien, ¿deben revelarse las circunstancias conocidas por la otra parte? Nuestra respuesta categórica es que *no*. ¿Por qué declarar un hecho que ya es conocido por la parte contraria? No tiene sentido. Sin em-

bargo, el OSCE considera que debe declararse y así lo ha expuesto en la Resolución n.º 119-2012-OSCE/PRE en la que se señala lo siguiente:

[...] es razonable exigir al árbitro la revelación de procedimientos de recusación que una de las partes en un arbitraje en curso le haya formulado en otros procesos arbitrales, ni pudiendo eximirse de dicho deber argumentando que el recusante conocía tales hechos puesto que nos encontramos ante una obligación *intuitu personae* no transferible a terceros. Si bien es cierto, la recusación determina el inicio de un procedimiento para conocer razones y argumentos, debe tenerse en cuenta que por su naturaleza procura cuestionar la idoneidad y remoción de un árbitro en un proceso, con posiciones contrapuestas susceptibles de generar conflictos o eventualmente animadversión en otros procesos [...].

Los antecedentes de la citada recusación son los siguientes:

- Existe un primer proceso arbitral en el que se recusa a uno de los árbitros.
- Se inicia un segundo proceso arbitral que vincula a una de las partes del primer proceso, así como al árbitro recusado en el mismo.
- Al aceptar el encargo del segundo proceso, el árbitro omitió declarar que había sido recusado por una de las partes en el primer proceso.
- La recusante lo vuelve a recusar en el segundo proceso, entendiendo que debió declarar en éste la recusación planteada en el primer proceso

Queda claro que la recusante del primer proceso arbitral conocía de la recusación puesto que ella misma la planteó; sin embargo, el OSCE consideró que igual debió declararlo, por ello, aconsejamos declarar todo lo que uno podría considerar que genera alguna duda respecto a la imparcialidad e independencia.

Finalmente, debemos señalar que al aceptar el encargo nos obligamos a resolver la controversia con criterios de derecho y no de equidad.

Hemos podido apreciar muchos laudos con las denominadas «decisiones salomónicas» en las que los árbitros resuelven otorgar a cada una de las partes algo de sus pretensiones; ello se debe a la conducta de las partes o simplemente a actuar de manera subjetiva protegiendo a la parte más débil, pero que no tiene la razón.

No deben existir estas «decisiones salomónicas» en la medida que si la parte tiene razón pues se resuelve a su favor y si no, se resuelve en contra y lo mismo debe ocurrir en lo que respecta al pago de los gastos arbitrales. La parte vencida debería asumir el 100% de los mismos y no distribuirlos.

6. UNA CONCLUSIÓN

No existe la fórmula perfecta para ser el mejor árbitro; sin embargo, consideramos que únicamente respetando los principios de imparcialidad e independencia contenidos en la Ley de Arbitraje y en la Ley de Contrataciones del Estado, además de capacitarse para las materias en controversia, aseguramos un buen desempeño en cada proceso en el que nos toque participar.

CAPÍTULO IV LAUDO ARBITRAL

EL LAUDO ARBITRAL

Gino Rivas Caso *

1. NOCIONES GENERALES

Para estudiar correctamente un concepto en un contexto específico es necesario hacer primero un análisis general de aquél. En nuestro caso, antes de analizar el laudo de *contratación pública* es necesario hacer una exposición del laudo en su sentido general. De esta manera, las particularidades y caracteres especiales del laudo sobre contratación pública serán apreciables bajo un esquema de análisis *por comparación* con la regulación común del laudo.

Ahora bien, ¿a qué nos referimos con laudo «en su sentido general»? Pues al laudo bajo el arbitraje comercial, el que constituye un marco general de arbitraje¹ y que por ello está regulado en la norma base de arbitraje peruana: el Decreto Legislativo n.º 1071 - Ley de Arbitraje (LA).

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado en Philippi, Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

¹ Dejamos de lado en este trabajo al arbitraje de inversiones, que se enmarca sobre controversias relativas a la inversión de particulares extranjeros sobre un Estado determinado.

Por lo tanto, este capítulo se divide en tres partes principales: la primera —ésta— presentará los caracteres generales del laudo; la segunda abordará el concreto tema del arbitraje en contratación pública; y, finalmente, la tercera hará una síntesis de lo desarrollado.

1.1. Definición

En nuestro ordenamiento jurídico,² el laudo equivale a una decisión (i) sobre una disputa material (el fondo de la controversia); (ii) definitivo e inapelable; y (iii) de obligatorio cumplimiento. Veamos cada uno de estos elementos por separado.

Primero, en cuanto a (i), sucede que el laudo —y el arbitraje en general— tiene una función instrumental, consistente en resolver disputas. Es decir, ante ciertas controversias que puedan surgir en la sociedad sobre asuntos fácticos y/o jurídicos,³ el arbitraje puede ponerles fin.

Así, dentro del arbitraje, el laudo constituye un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. Esto se desprende, en esencia, del artículo 6, literal f), de la LA:

Artículo 6.- Reglas de interpretación

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

[...]

f. Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia.

² No existe una definición de laudo aceptada a nivel internacional. Más aun, las delimitaciones y especificaciones que hagamos aquí al desarrollar la figura de laudo pueden no cumplirse en diferentes ordenamientos.

³ GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. «Naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio del balance químico». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México D. F., 2008, vol. VIII, p. 518.

Bajo el texto de la norma, laudo equivale a aquél que «resuelve de manera definitiva la controversia», lo que corrobora lo expuesto. Asimismo, más allá de la definición normativa expresa señalada, una interpretación *sistemática* de la LA confirma la definición expuesta. Artículos como el 53,⁴ 54⁵ y 62.2⁶ de la LA permiten sostener que el laudo es el medio por el cual se decide la controversia que fue sometida a arbitraje.

Ahora bien, en este punto vale hacer tres precisiones:

- El laudo no es el único pronunciamiento sobre el fondo de la controversia en el arbitraje. Así, las decisiones arbitrales sobre el otorgamiento de una medida cautelar constituyen un pronunciamiento (en estricto, un prejuzgamiento) sobre el fondo de la controversia.⁷⁻⁸
- El laudo puede contener adicionalmente pronunciamiento sobre otras cuestiones distintas al fondo de la controversia. Así,

⁴ Artículo 53.- Plazo

La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.

⁵ Artículo 54.- Laudos

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

⁶ Artículo 62.- Recurso de anulación

[...]

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

⁷ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 7, p. 129.

⁸ En estricto, según el artículo 47.2 de la LA, un pronunciamiento cautelar puede ser una decisión con forma de laudo. Sin embargo, este artículo está diseñado pensando en decisiones cautelares provenientes del extranjero y, en cualquier caso, del propio texto de la norma se desprende que puede haber medidas cautelares que no tengan «forma» de laudo.

conforme al artículo 41.4⁹ de la LA, el tribunal arbitral puede resolver cuestiones sobre su competencia en el laudo.

- El laudo puede, en línea con lo señalado en el punto anterior, carecer de pronunciamiento de fondo si es que los árbitros concluyen que carecen de competencia para pronunciarse sobre el mismo.

En segundo lugar, sobre (ii), el laudo constituye un pronunciamiento final para la controversia. En el artículo 59¹⁰ de la LA se establece que el laudo es «definitivo» e «inapelable» y que tiene efectos de cosa juzgada.

Así, la mención a que el laudo es «definitivo» e «inapelable» habla por sí misma: el laudo arbitral es final, y contra el mismo no puede interponerse recurso alguno dirigido a cuestionar el fondo.¹¹⁻¹²

⁹ Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral
[...]

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

Por general, nos referimos al laudo del arbitraje comercial.

¹⁰ Artículo 59.- Efectos del laudo

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.
[...].

¹¹ La acción de anulación del laudo, vale anotar, no tiene por objeto —al menos en teoría— cuestionar el fondo de la controversia, sino controlar la validez *formal* del laudo.

¹² Sin embargo, nada descarta que las partes puedan pactar que un primer pronunciamiento sobre el fondo pueda ser apelado. A la luz de la flexibilidad del arbitraje y en la línea del artículo 34 de la LA sobre libertad de regulación de actuaciones, consideramos que ello es posible.

Esta posición se confirma con el carácter de cosa juzgada que el ordenamiento jurídico asigna al laudo: una vez emitido el laudo, las disputas que fueron resueltas por el mismo no pueden ser discutidas de nuevo, sea en sede judicial o arbitral.

Tercero, respecto a (iii), tenemos que el mencionado artículo 59.1 de la LA establece que el laudo es «de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes».

En efecto, el laudo necesariamente *obliga* a las partes a su cumplimiento. Este carácter de vinculatoriedad es esencial para hablar de un laudo arbitral, ya que «una decisión que no sea vinculatoria o que esté condicionada a la aceptación de las partes no es laudo».¹³

La vinculatoriedad del laudo arbitral se enmarca también en el carácter *heterocompositivo* del arbitraje.¹⁴ En el arbitraje, por regla general,¹⁵ la decisión que pone fin a las disputas proviene de los árbitros. Los árbitros *imponen* la decisión y las partes deben acatar la misma, guste o no.

Por ello, el ordenamiento jurídico otorga la calidad de *título ejecutivo* al laudo.¹⁶ Así, a través de un proceso de ejecución se puede acudir

¹³ GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2014, cuarta edición, p. 856.

¹⁴ VADO GRAJALES, Luis Octavio. “Medios alternativos de resolución de conflictos”. En *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 375.

¹⁵ Sin embargo, en algunos casos el laudo puede consistir en el acuerdo de las partes y no en la decisión de los árbitros. Nos referimos aquí al supuesto de laudo que contiene transacción, regulado en el artículo 50 de la LA.

¹⁶ Código Procesal Civil
Artículo 688.- Títulos ejecutivos

Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:

[...]

2. Los laudos arbitrales firmes.

al juez y solicitar que éste ejerza su facultad de *executio* para materializar en la realidad lo dispuesto por el laudo.¹⁷

1.2. Clases

El laudo arbitral, según vimos, constituye un pronunciamiento final sobre el fondo de la controversia. Pues bien, sobre dicha base hay dos maneras de clasificar a los laudos: (i) según si la controversia es resuelta en uno o más laudos; y (ii) según los *criterios* que se aplicaron para resolver la misma.

1.2.1. Laudos parciales y finales

Según el artículo 54 de la LA, la controversia puede resolverse «en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios». Pues bien, sucede que la controversia que someten las partes a arbitraje no necesariamente va a consistir en un único punto controvertido inescindible. En realidad, las controversias pueden contener distintos reclamos específicos (pretensiones), los que deben ser resueltos en su integridad por los árbitros.

En esa línea, si bien la regla es que exista un pronunciamiento de todos los aspectos controvertidos *en simultáneo* (un solo laudo), no existe razón alguna de interés público para impedir a las partes que la controversia sea resuelta *secuencialmente* (varios laudos).¹⁸ En ciertos casos, tal esquema puede resultar conveniente.

Sin embargo, imaginemos que en un arbitraje se discute acerca del ámbito de responsabilidad contractual de una de las partes y, además, que la prueba acerca del daño causado es costosa y toma tiempo. ¿No es

¹⁷ Esto sin perjuicio de las atribuciones que asigna la LA a los árbitros para ejecutar sus decisiones.

¹⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Comentario al artículo 54 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: IPA, 2011, p. 599.

acaso conveniente, por no decir lógico, que los árbitros se pronuncien en primer lugar acerca de si existe responsabilidad y respecto al ámbito de esa responsabilidad, y sólo si efectivamente se encuentra responsable a una de las partes y se conoce el ámbito de responsabilidad, se invierta tiempo y dinero en probar con precisión el daño causado? ¿Existe alguna razón de orden público que pudiera impedir esta posibilidad?¹⁹

Por ello, el arbitraje puede resolver las disputas en un solo laudo, o en diferentes laudos «parciales». Vale precisar, para finalizar, que todo laudo «parcial» genera los efectos establecidos en el artículo 59 de la LA. En otras palabras, un laudo «parcial» es tan laudo como cualquier otro.

1.2.2. *Laudos de derecho y de conciencia*

Los árbitros reciben el encargo de resolver una controversia específica de las partes. Pues bien, los árbitros no deciden quién tiene la razón en función a subjetividades o arbitrariedades. En realidad, su decisión consiste en administrar *justicia* en el caso concreto.²⁰

¿Cómo se logra ello? En estricto, hoy en día podemos considerar que ello sólo puede darse a través de la aplicación de la ley. Sin embargo, dicha posición omite que a nivel histórico el arbitraje surgió en contextos en los que se elegía a los árbitros para que éstos apliquen *sus* criterios de justicia, y sólo luego se fue pasando al esquema preponderante —pero no excluyente— actual, en el que los árbitros resuelven aplicando las normas legales.²¹

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ CAVALLI, María Cristina y QUINTEROS AVELLANEDA, Liliana Graciela. *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos*. Madrid: Reus, 2010, entre otros.

²¹ SOLOGUREN CALMET, Hugo y PURIZAGA VÉRTIZ, Luis Miguel. «Arbitraje de conciencia, ¿en qué casos y para qué fines?». *Ius et Ratio*. Lima, 2014, año 2, n.º 1, pp. 31-32.

Así, tenemos que los árbitros —siempre observando las normas legales mandatorias— pueden (i) laudar en derecho, que consiste en resolver mediante las disposiciones supletorias del marco normativo aplicables sobre el fondo del asunto; o (ii) laudar en conciencia, que pasa por aplicar los criterios de equidad que, a su juicio, son los óptimos para administrar justicia en el caso concreto.²² La LA reconoce expresamente ambas vías (aunque establece supletoriamente que la controversia debe resolver de acuerdo a derecho):

Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.
2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. [...].
3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.
[...].

1.3. Estructura

El laudo consiste, en esencia, en la decisión sobre la controversia. Esto es, su parte resolutive: qué parte tiene razón y el consecuente mandato declarativo, constitutivo o de condena que se emite.

Naturalmente, dichas decisiones no surgen *espontáneamente* del aire. Se fundan, en realidad, en el análisis del caso concreto, en el estudio de los hechos y la *subsunción* de las normas (incluyendo criterios de justicia, para los laudos en equidad) sobre dichos hechos.

²² Sin embargo, aun si el laudo es de conciencia, los árbitros también pueden sustentar su posición en normas legales de aplicación supletoria (Sentencia del Expediente n.º 237-2016, Segunda Sala Comercial, 16 de marzo de 2017, p. 15).

Pues bien, es regla general que la *exteriorización* del análisis descrito se encuentre en el laudo. ¿A qué nos referimos? A la motivación del laudo arbitral. Y decimos que se trata sólo de una «regla general» porque la LA no establece la obligación de que las decisiones estén motivadas.²³ Así, el artículo 56.1 de la LA dice que «Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto».

Así, la estructura del laudo se conforma, en esencia²⁴, por dos elementos:

- Elemento necesario:²⁵ la decisión sobre la controversia y el mandato respectivo.
- Elemento facultativo: la motivación de las decisiones adoptadas.

Sin perjuicio de lo señalado, el marco normativo peruano ha establecido un supuesto en el que los laudos sí deben estar motivados: laudos derivados de controversias sobre contratación pública. Veremos esto *in extenso* más adelante.

1.4. Motivación del laudo

La motivación del laudo es la exposición de razones que *justifican* —justificar equivale a hacer conforme a justicia— la decisión de los árbitros. Esta motivación (i) tiene una naturaleza convencional; (ii) cuenta con un contenido específico; y (iii) cumple ciertas funciones para las partes y para los árbitros.

²³ La excepción se encuentra en el artículo 56.3 de la LA, que establece que el laudo necesariamente deberá estar motivado «de manera expresa» para, en los casos en que alcance a una parte no signataria, poder ser inscrito en Registros Públicos

²⁴ Dejamos de lado aquí formalidades como la identificación de las partes, de los árbitros, etcétera, y también no consideramos aquellos casos en que el laudo no sólo contiene un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sino que también resuelve aspectos formales.

²⁵ Salvo para aquellos casos en que los árbitros decidan en el laudo que carecen de competencia y que, por lo tanto, no se pronunciarán sobre el fondo.

1.4.1. *Naturaleza*

Según expusimos anteriormente, el artículo 56.1 de la LA permite a las partes pactar que el laudo carezca de motivación. Más allá de que dicho artículo establezca que a falta de pacto el laudo deberá estar motivado, lo cierto es que la decisión de si el laudo contiene o no motivación recae en las partes.

¿Por qué esto es importante? Porque devela la naturaleza *convencional* del derecho a la motivación en el arbitraje. En efecto, a diferencia del proceso judicial en el que existe un derecho a la «debida motivación», expresión del debido proceso, de rango constitucional e indisponible,²⁶ en el arbitraje se está frente a un derecho distinto en su naturaleza, convencional y, por consiguiente, regulable y renunciabile. Así, «la exigencia de motivación del laudo no tiene naturaleza constitucional ni deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».²⁷

En ese sentido, el derecho a la motivación de las partes es un derecho convencional que surge en el marco de la relación crediticia partes-árbitros.²⁸ El acuerdo de las partes es lo que genera —más allá de que haya una norma de aplicación supletoria— la obligación crediticia (obligación de hacer) para los árbitros, como deudores, consistente en motivar el laudo. Asimismo, dicho acuerdo genera a la vez el derecho de las partes, como acreedoras, a obtener un laudo motivado.

²⁶ Constitución Política del Perú

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

²⁷ REMÓN PEÑALVER, Jesús. «Orden público y acción de anulación». En MENÉNDEZ ARIAS, María José (coordinadora). *Anuario de Arbitraje 2017*. Madrid: CIMA - Thomson Reuters, 2017, p. 418.

²⁸ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, p. 276.

1.4.2. *Contenido*

Según expusimos previamente, la motivación en el arbitraje no puede equipararse a la debida motivación judicial. Son conceptos que, en su esencia, resultan distintos entre sí.

Pues bien, más allá de dicha situación teórica, lo cierto es que en nuestro marco normativo todas las garantías del debido proceso *judicial* se han impuesto al arbitraje.²⁹ Esta imposición artificial, si bien no puede cambiar la naturaleza de la motivación en el arbitraje, sí logra que su *contenido* se vea afectado.

En otras palabras, aun cuando el estándar de la motivación en el arbitraje no debería equivaler al estándar de la debida motivación judicial, sino más bien ser menos riguroso,³⁰ lo cierto es que la imposición de este concepto al arbitraje ha derivado en que, forzosamente, la motivación en el arbitraje deba tener el contenido de la debida motivación judicial.

¿Cuál es este contenido? En esencia, el laudo arbitral debería presentar una justificación interna (validez lógica del silogismo jurídico) y una justificación externa (sustento de las premisas empleadas —hechos, normas— en el silogismo; como habremos notado, se tratan de categorías propias de la argumentación jurídica.³¹

Ahora bien, más allá del «tecnicismo» en la exposición del contenido de la motivación del laudo, podemos hacer una definición más práctica del mismo. Así, la motivación del laudo contiene la exposición de razones objetivas, fundadas en los hechos determinados por los ár-

²⁹ STC Exp. n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 9.

³⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «La motivación del laudo arbitral». *Revista de Economía y Derecho*. Lima, noviembre de 2006, n.º 11, p. 70.

³¹ Clasificación realizada por Wróblewski. WRÓBLEWSKI, Jerzy. «Legal decision and its justification». *Logique et Analyse*. Lovaina, vol. 14, n.º 53-54, 1971, p. 412.

bitros y la aplicación del derecho (y criterios de justicia para el caso del arbitraje de equidad) sobre los mismos.

1.4.3. *Funciones*

La motivación del laudo arbitral cumple distintos cometidos. Así, podemos decir que tiene una función base, que es propia de cualquier obligación crediticia (y la motivación del laudo es una obligación crediticia de los árbitros). En ese sentido, la ejecución de la prestación de motivar, obligación a cargo de los árbitros, cumple la misma función que cualquier otra prestación: la satisfacción del interés del acreedor.³²

Pero más allá de dicha función propia de cualquier obligación, la motivación del laudo tiene funciones específicas. Por un lado, para las partes la motivación cumple a nuestro criterio dos funciones:

- Informa sobre las razones por las que el tribunal decidió de tal o cual manera. Se trata de satisfacer la legítima curiosidad de saber por qué se ganó o por qué se perdió en el arbitraje.
- Legitima el trabajo de los árbitros de cara a las partes. La motivación del laudo permite que las partes verifiquen el «estándar» de los árbitros. Así, «los laudos motivados proporcionan garantías respecto a la naturaleza y calidad de la justicia que está siendo dispensada por el árbitro».³³

Por otro lado, para los árbitros, y siguiendo la línea de la función legitimadora descrita, la motivación les permite mantener/afianzar el per-

³² GIORGIANNI, Michele. *La obligación*. Barcelona: Bosch, 1958, traducción de Evelio Verdera y Tuells, pp. 61-70.

³³ STRONG, Stacy. «Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law-Civil Law Dichotomy». *Michigan Journal of International Law*. Michigan, 2015, vol. 37, n.º 1, p. 19. Traducción libre del siguiente texto: «[R]easoned awards provide key assurances regarding the nature and quality of justice that is being dispensed by the arbitrator».

fil y consideración que tienen como árbitros en el medio arbitral. Así, la motivación del laudo es un elemento (de entre muchos) que permite determinar dónde se ubica cada árbitro dentro del «mercado arbitral».

1.4.4. Control judicial de la motivación

Finalmente, vale mencionar que la motivación del laudo está sujeta a control judicial vía anulación. La jurisprudencia reconoce abrumadoramente ello e incluso más del 50% de las demandas de anulación del laudo se sustentan en supuestas anomalías en la motivación.³⁴

Este control judicial de la motivación se sustenta, en nuestra opinión, en una errada posición jurisprudencial que transgrede la esencia del arbitraje y el texto expreso de la ley. Controlar la motivación es intervenir sobre el fondo de la controversia,³⁵ lo cual distorsiona el objetivo de que sean los árbitros quienes decidan de manera *final* la controversia y viola el artículo 62.2 de la LA, que prohíbe expresamente controlar la motivación.

Sea como fuere, la judicatura aplica el estándar de motivación judicial establecido en el caso Llamuja (STC Exp. n.º 728-2008-PHC/TC) para evaluar la motivación del laudo.³⁶ Para la judicatura, la jurisprudencia sobre debida motivación judicial es aplicable «enteramente» al arbitraje.³⁷ A nuestro criterio,³⁸ la judicatura anula laudos por su motivación en los siguientes casos:

³⁴ RIVAS CASO, Gino. *La motivación de las decisiones arbitrales*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, p. 311.

³⁵ CANTUARÍAS SALAVERRY, Fernando. “La motivación del laudo arbitral”. *Op. cit.*, pp. 67-75.

³⁶ Consultar sentencias de los Expedientes n.ºs 12-2015, 18-2016, 39-2015, 49-2015 (todas de anulación de laudo), entre muchas otras.

³⁷ Sentencia del Expediente n.º 307-2014, Segunda Sala Comercial, 30 de junio de 2015, p. 9.

³⁸ RIVAS CASO, Gino. *Op. cit.*, pp. 274-280.

- Ausencia total de motivación. Si el laudo carece de la exposición de sus propios fundamentos en cuanto a la controversia, habrá una ausencia total de motivación y aquél deberá ser anulado.

Aquí nos referimos a casos en los que es evidente que no hay motivación en absoluto. Casos en los que simplemente no hay texto de motivación, o la «motivación» sólo se conforma con los dichos de las partes (sin expresión del razonamiento de los árbitros), entre otros similares.

Éste es el único supuesto en el que la judicatura no interviene sobre el fondo ni califica la motivación (no se puede calificar aquello que no existe), y, por consiguiente, el único escenario en que la intervención está justificada —presuponiendo que efectivamente las partes acordaron que el laudo tenía que estar motivado—.

- Motivación con defectos lógicos. Si el razonamiento expuesto por los árbitros transgrede los principios de la lógica, el laudo será declarado nulo. Esto porque se estaría en un supuesto de «falta de motivación interna en el razonamiento» (criterio establecido en el caso Llamoja).

En otras palabras, el laudo no puede sufrir de «rupturas de logicidad en el razonamiento del tribunal arbitral».³⁹ Como ejemplo representativo podemos señalar que si el laudo dice primero A y luego niega A, entonces habrá un defecto lógico en la motivación.

- Motivación con defectos de insuficiencia. Si a criterio de la judicatura la motivación no resulta «suficiente» para justificar las decisiones adoptadas, entonces el laudo deberá ser anulado. En

³⁹ Sentencia del Expediente n° 203-2015, Primera Sala Comercial, 21 de abril de 2016, p. 17.

específico, por insuficiencia en la motivación la judicatura se refiere a casos en que (i) la motivación expone afirmaciones sin sustentarlas adecuadamente; (ii) la motivación no absuelve ciertos argumentos de alguna de las partes;⁴⁰ o (iii) la motivación no se pronuncia sobre ciertos medios probatorios de alguna de las partes.⁴¹

- Motivación con defectos de incongruencia. Si el tribunal arbitral lauda sustentándose en razones que no fueron planteadas por las partes, está transgrediendo su encargo —que equivale a resolver la controversia atendiendo a los argumentos de las partes—, lo que ameritaría la anulación del laudo.

Más allá de que este supuesto formaría, en estricto, parte del supuesto anterior de motivación con defectos de insuficiencia,⁴² lo cierto es que el empleo de elementos *exógenos* al arbitraje (argumentos o pruebas que están fuera del mismo) constituye —a nuestro juicio— un supuesto de *excess of authority*, que debería denunciarse argumentando que las actuaciones arbitrales no se ajustaron al acuerdo de las partes (causal del artículo 63.1, literal c de la Ley de Arbitraje). Por ello, en estricto, aquí más que un vicio a la motivación se trata de un incumplimiento de los árbitros a observar los límites de su encargo.

⁴⁰ Sentencia del Expediente n° 86-2014, Segunda Sala Comercial, 2 de diciembre de 2014; Sentencia del Expediente n° 34-2012, Segunda Sala Comercial, 22 de agosto de 2012, entre otras.

⁴¹ Sentencia del Expediente n° 7-2012, Segunda Sala Comercial, 9 de julio de 2012.

⁴² En estricto, esta categoría calificaría dentro del supuesto de defecto de insuficiencia. Ello porque si el tribunal arbitral resuelve en función a argumentos ajenos al debate procesal, dichos argumentos deberían tenerse por inexistentes, lo que generaría que la motivación sea insuficiente.

Sea como fuere, la motivación con defectos de incongruencia ya ha sido evaluada y adoptada por la jurisprudencia local.⁴³

Ahora bien, sea el defecto lógico, de insuficiencia o de incongruencia, el mismo debe cumplir con ser *material* para derivar en la anulación del laudo.⁴⁴ Es decir, no cualquier supuesto de ilogicidad, incongruencia o insuficiencia va a generar la anulación del laudo. El defecto debe tener un real impacto en la decisión para ameritar la nulidad de ésta.

1.5. Anulación del laudo

El laudo arbitral es, a fin de cuentas, un acto jurídico y, como cualquier otro, en ciertos casos el mismo puede resultar inválido. Pues bien, la LA⁴⁵ ha regulado causales *específicas* que derivan en la invalidez del laudo arbitral. A continuación una brevísima descripción de

⁴³ Sentencia del Expediente n.º 292-2012, Primera Sala Comercial, 14 de marzo de 2013; Sentencia del Expediente n.º 34-2015, Primera Sala Comercial, 5 de octubre de 2015, entre otras.

⁴⁴ Sentencia del Expediente n.º 150-2016, Segunda Sala Comercial, 9 de marzo de 2017, p. 23.

⁴⁵ Las causales se encuentran, en esencia, en el artículo 63, más una causal ubicada en el artículo 41.

Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

las mismas y sus consecuencias.⁴⁶

- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

[...]

- 4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.
- 5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

⁴⁶ Las consecuencias de la anulación se encuentran reguladas en el artículo 65 de la LA.

Artículo 65.- Consecuencias de la anulación

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

- a. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
- b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.
- c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.
- d. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d del numeral 1 del artículo 63, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto

- Causal del artículo 63.1, literal a), anomalías en el convenio arbitral. Si no existe el convenio, o si existe pero es inválido o ineficaz, entonces el arbitraje construido sobre dicho convenio como base será de plano nulo. En tal sentido, el laudo deberá ser declarado nulo.

Naturalmente, si el laudo es nulo porque no existe convenio arbitral, las partes retornan a la etapa previa al inicio del arbitraje. Es decir, las controversias podrían dilucidarse en sede judicial (o en algún mecanismo alternativo de resolución de conflictos—incluyendo el arbitraje— si las partes acuerdan ello).

- Causal del artículo 63.1, literal b), indebida notificación o afectación a los derechos de las partes. Si alguna de las partes, sea por una indebida notificación o por cualquier otra razón, no pudo hacer valer sus derechos, el laudo deberá ser declarado nulo.

Ahora bien, bajo esta causal la judicatura encausa cualquier vulneración al derecho al debido proceso, lo que incluye el cuestionamiento a la motivación del laudo.

de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

- e. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.
- f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g del numeral 1 del artículo 63, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

En este caso, la anulación del laudo trae la nulidad de todo lo actuado hasta el momento en que la parte afectada no pudo hacer valer sus derechos. En el caso concreto de la anulación del laudo por su motivación, ello implica que, en sentido estricto, los árbitros tengan que emitir un nuevo laudo puesto que las actuaciones previas carecen de vicio alguno.

- Causal del artículo 63.1, literal c), incumplimiento de disposiciones sobre el procedimiento o sobre la composición del tribunal arbitral. Las reglas establecidas por las partes para el procedimiento deben ser respetadas, bajo sanción de nulidad del laudo arbitral.

Bajo esta causal también la judicatura permite denunciar supuestas anomalías en la motivación del laudo.

En este caso la consecuencia de la anulación varía según si se produjo una inobservación en el procedimiento arbitral o si hay un vicio en la composición del tribunal arbitral. En el primer caso, se reinicia el arbitraje en el punto en que se produjo la inobservación; y en el segundo caso, se vuelven a elegir a los árbitros.

- Causal del artículo 63.1, literal d), exceso de autoridad en la jurisdicción arbitral. Si los árbitros resuelven sobre cuestiones ajenas al convenio arbitral, o ajenas a las pretensiones sometidas por las partes, entonces el laudo será nulo (en cuanto al pronunciamiento fuera del ámbito de lo discutido por las partes). El arbitraje se legitimó en el encargo de las partes, por lo que cualquier exceso a dicho encargo resulta inválido.

Luego de la anulación, las cuestiones no sometidas a arbitraje podrán ser dilucidadas en sede judicial (o en algún mecanismo

alternativo de resolución de conflictos —incluyendo el arbitraje— si las partes acuerdan ello).

- Causal del artículo 63.1, literal e), inarbitrabilidad de la materia en arbitraje nacional. El ordenamiento jurídico ha establecido aquellas materias que son arbitrables, por lo que cualquier decisión arbitral sobre materias distintas a aquéllas será nula.

Y si la materia no es arbitrable, entonces luego de la anulación la controversia sólo podrá ser resuelta en la vía judicial.

- Causal del artículo 63.1, literal f), inarbitrabilidad de la materia y afectación del orden público internacional, para arbitraje internacional. Si el arbitraje es internacional y se pronuncia sobre materias no arbitrables (según la ley peruana) o afecta el orden público internacional, entonces el laudo será nulo.
- Causal del artículo 63.1, literal g), plazo para laudar. El laudo será nulo si las partes acordaron un plazo para su emisión y éste no es respetado por los árbitros.

En este caso, luego de la anulación del laudo las partes pueden decidir seguir una de las siguientes vías: (i) iniciar un nuevo arbitraje (opción por defecto); (ii) designar nuevos árbitros para que resuelvan sobre lo actuado; y (iii) acordar que la Sala Superior que dictaminó la anulación resuelva el caso (esto último sólo cuando el arbitraje es doméstico).

- Causal del artículo 41. El artículo 41 de la Ley de Arbitraje permite que la judicatura haga una revisión completa de la decisión arbitral sobre su propia competencia. Si la judicatura considera que la decisión arbitral es errada, el laudo será anulado.⁴⁷

⁴⁷ Ver Sentencia del Expediente n.º 19-2016, Segunda Sala Comercial, 13 de diciembre de 2016, pp. 10-12; Sentencia del Expediente n.º 159-2016, Segunda

Aquí las consecuencias de la anulación dependerán de la causa concreta que genera, a juicio de la judicatura, la incompetencia del tribunal arbitral.

En conclusión, son varias las razones por las que un laudo se anula y las consecuencias de dicha anulación varían según el supuesto que generó ello.

Sobre esta exposición general del laudo en el arbitraje comercial podemos pasar a analizar al laudo en el arbitraje sobre contratación pública.

2. LAUDO ARBITRAL DERIVADO DE ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. Introducción y ámbito de estudio

El arbitraje, originalmente concebido como un mecanismo *privado* de resolución de conflictos, ha extendido su ámbito de actuación y ha pasado a ser empleado como herramienta de solución de conflictos en los que, incluso, una de las partes es el Estado.⁴⁸

En el caso de Perú, la Constitución⁴⁹ establece que el Estado puede participar como parte en un arbitraje. Y sobre esta habilitación constitucional es que se han construido diversos regímenes en los que el Es-

Sala Comercial, 2 de diciembre de 2016, pp. 18-19; entre otras.

⁴⁸ El ejemplo por excelencia es el arbitraje de inversiones, que soluciona disputas estado-inversionista.

⁴⁹ Constitución Política del Perú

Artículo 63.- [...]

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

tado participa en arbitrajes, llegando en algunos casos a establecer que el arbitraje será el mecanismo *obligatorio* de solución de controversias.

Así, de manera referencial, tenemos a los siguientes regímenes:

- Controversias derivadas de la expropiación de propiedades (artículo 35 del Decreto Legislativo n.º 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles).
- Controversias entre entidades del Sistema Nacional de Salud o entre éstas y sus usuarios (artículo 30 y siguientes de Decreto Legislativo n.º 1158).
- Controversias sobre contratación pública - Régimen de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (LCE). En este caso, el artículo 45 de la LCE establece que las controversias sobre contratos sometidos a tal régimen no pueden seguir la vía judicial, recurriéndose al arbitraje en caso de disputas (cuando éstas tampoco puedan ser resueltas bajo algún otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos).
- Controversias provenientes de contratos de asociaciones público privadas (APP). En este caso, el artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1224, sobre APP, establece que los contratos de APP deben seguir la vía arbitral para la solución de controversias.

Entonces, el arbitraje en contratación pública es una especie del conjunto de casos en que el Estado participa como parte en un arbitraje.⁵⁰ Una especie particularmente importante, enfatizamos, por la obligatoriedad de arbitrar; así, «en materia de contratación pública el

⁵⁰ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Comentario al artículo 3 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: IPA, 2011, p. 36.

arbitraje no sólo es posible, sino obligatorio (sin perjuicio que las partes opten por la conciliación)».⁵¹

Por lo expuesto, el análisis del laudo arbitral derivado de contratación pública se hará, lógicamente, en función a la normativa propia de éste, así como a la luz del desarrollo doctrinario y jurisprudencial aplicable al mismo.

2.2. La causa de la regulación especial: el interés público

Antes de exponer cuáles son las particularidades de los laudos derivados de arbitrajes en contratación pública, es importante entender *por qué* existen tales particularidades.

La contratación pública es una especie concreta del conjunto de supuestos en los que el Estado participa como parte en un arbitraje. Pues bien, dicha participación genera un quiebre en el diseño normativo del arbitraje comercial, pensado sólo para controversias entre particulares.

¿Qué conlleva la participación del Estado en un arbitraje? En esencia, la presencia de un interés *público*. Así, el Estado no litiga para defender la posición y pretensiones particulares de un ciudadano o de un grupo de ellos. En específico, para el caso de la contratación pública, el Estado participa en arbitrajes para tutelar el interés público en el cumplimiento de las normas de contratación estatal⁵² y el adecuado empleo del erario nacional.

El interés público involucrado hace que el Estado, en la búsqueda de cautelararlo, genere normas específicas para los casos en que aquél se

⁵¹ Sentencia del Expediente n.º 91-2013, Segunda Sala Comercial. Lima, 20 de noviembre de 2015, p. 6.

⁵² Y de las normas en general que son aplicables, supletoria o mandatoriamente, a la contratación pública.

encuentra presente. Esto, naturalmente, ha alcanzado a los laudos derivados de contratación pública.

2.3. Particularidades del laudo derivado de la contratación pública

Las normas de contratación pública han establecido disposiciones especiales para el laudo en cuanto a (i) las normas en las que funda su decisión; (ii) su motivación; (iii) su publicidad; y (iv) la anulación del laudo.

2.3.1. Laudo en derecho y normas aplicables al fondo

El artículo 45.14⁵³ de la LCE establece que el arbitraje es de derecho. En controversias derivadas de contratación pública, los árbitros deben decidir en función a las normas del ordenamiento jurídico.

Sobre dicha base, la LCE estipula el orden de prelación normativa para solucionar las controversias sobre el fondo. Así, «en el ámbito de las contrataciones que realicen las entidades del Sector Público, se ha establecido un orden de prelación en la aplicación del derecho que debe ser observado por el árbitro único o tribunal arbitral para la resolución de una controversia».⁵⁴

En específico, la LCE establece en su artículo 45.3 un esquema general y adicionalmente en el artículo 44.5 uno específico para los casos de nulidad del contrato. Veamos:

⁵³ Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual [...]

45.14 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres (3) miembros.

⁵⁴ Sentencia del Expediente n.º 10-2016, Primera Sala Comercial. Lima, 21 de junio de 2016, p. 5.

Esquema general

Artículo 45.- Normas aplicables al fondo de la controversia
[...]

3. Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

Esquema específico para nulidad del contrato

Artículo 44.- Declaratoria de nulidad
[...]

44.5 Cuando corresponda al árbitro único o al tribunal arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considera en primer lugar las causales previstas en la presente Ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.

La primera disposición tiene su antecedente directo en el artículo 52.3 Decreto Legislativo n.º 1017, anterior Ley de Contrataciones del Estado —que incluso estipulaba que la inobservación al orden de prelación era causal de anulación de laudo—. Por contraste, la segunda es mucho más reciente, en tanto que surge con las modificatorias a la LCE establecidas por el Decreto Legislativo n.º 1444, que entró en vigencia el 30 de enero de 2019.

Los esquemas establecidos no resultan complicados de seguir. Los árbitros deben resolver de la siguiente forma:

Orden de prelación normativa	
Para todas las controversias	Precisiones para nulidad del contrato
1) Constitución 2) LCE 3) RLCE 4) Otras normas de derecho público 5) Normas de derecho privado	Causales de nulidad establecidas en: 1) LCE 2) RLCE 3) Otras disposiciones

Atendiendo al interés público involucrado, el legislador ha buscado dar un rol *principal* a las normas de derecho público, con énfasis, naturalmente, en las normas de contratación pública. Las disposiciones de derecho privado tienen una aplicación *supletoria*.

La preponderancia de las normas de contratación pública por sobre las demás es tal que:

- El artículo 45.3 de la LCE establece que el RLCE, norma reglamentaria, prima sobre leyes de derecho público y derecho privado.
- El artículo 44.5 establece que los árbitros deben primero considerar causales de nulidad establecidas en el RLCE para recién luego después evaluar causales ubicadas en otras disposiciones de derecho.

El principio constitucional de *jerarquía*,⁵⁵ entonces, cede ante el principio de *especialidad*⁵⁶ —los árbitros deben priorizar la aplicación del RLCE incluso por sobre normas con rango de ley—.

2.3.2. Motivación

Por regla general, el laudo se conforma por una parte resolutive indispensable, que puede o no estar acompañada por una parte expositiva que desarrolla las razones por las que se tomó la decisión.⁵⁷

Sin embargo, el laudo derivado de arbitraje en contratación pública debe estar motivado siempre. Así lo dispone el artículo 238.1 del Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 238.- Laudo

238.1. El laudo, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, es notificado a las partes a través del Seace. El laudo vincula a las partes del arbitraje, no pudiendo afectar derechos ni facultades legales de personas ni autoridades ajenas al proceso. *El laudo se encuentra motivado, no pudiéndose pactar en contrario.* (El énfasis es nuestro).

La norma glosada establece expresamente que el laudo debe estar motivado y deja en claro que dicha disposición no es supletoria. Esto es,

⁵⁵ Constitución Política del Perú

Artículo 51.- Jerarquía y publicidad de las normas

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

⁵⁶ RODRÍGUEZ ARDILES, Jorge. «Anulación de laudo por incumplimiento del orden de preferencia en la aplicación de la normativa». *Arbitraje PUCP* Lima, 2012, n.º 2, p. 91.

⁵⁷ Aunque, en la práctica, la motivación está presente en virtualmente todos los arbitrajes domésticos.

toma expresa distancia de la LA: ésta también dice que el laudo deberá estar motivado, *salvo que las partes pacten lo contrario*.

2.3.2.1. Razones de la obligatoriedad

¿Por qué el laudo derivado de arbitraje en contratación pública debe estar siempre motivado? La respuesta radica en el interés público y el consiguiente derecho ciudadano de acceso a la información pública.

Dijimos que existe un interés público en el cumplimiento de las normas de contratación pública y en el empleo de los fondos del erario nacional. Sobre ello, naturalmente, el ciudadano tiene pleno derecho a saber por qué razones el Estado ganó o perdió las disputas derivadas de una contratación pública. Esto es más fácil de ilustrar de la siguiente manera. Si un laudo ordena al Estado que pague una suma X al contratista, «los ciudadanos, como “accionistas” que asumirán las consecuencias del laudo, están legitimados a saber cómo se arribó a la decisión».⁵⁸

El derecho al que hacemos referencia es el derecho *constitucional* de acceso a la información pública (artículo 2.5⁵⁹ de la Constitución). Naturalmente, si toda información que posee el Estado es información

⁵⁸ AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo y REISMAN, Michael (editores). *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 2. Traducción libre del siguiente texto: «Citizens, as “stakeholders” who may have to bear the consequences of an award, are entitled to know why a decision was made». La cita es de un texto enfocado en el arbitraje de inversiones. No obstante, consideramos que el mismo es plenamente aplicable para nuestro caso.

⁵⁹ Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

pública (salvo excepciones),⁶⁰ la decisión de un tribunal arbitral que pone fin a una disputa sobre contratación pública *y sus razones* constituye indiscutiblemente información pública.

En síntesis, el laudo derivado de contratación pública debe estar siempre motivado y ello responde a que a través de dicha motivación el ciudadano podrá hacer valer su derecho de acceso a la información pública.⁶¹ La motivación del laudo, así, pasa a cumplir una función social, enlazada al mencionado derecho de información.

2.3.2.2. Estándar de motivación

Si el ciudadano tiene derecho a saber por qué el Estado gana o pierde los arbitrajes, si tiene derecho a saber cuáles son las razones por las que el tesoro público deberá hacer o no mayores desembolsos, entonces los laudos deberán expresar una motivación que satisfaga estos puntos.

Sabemos que la motivación es obligatoria, pero ¿cuál es el estándar de la misma? En este punto uno podría considerar que si el arbitraje en contratación pública pone en juego el erario nacional —esto es, el dinero de todos—, el estándar de motivación debe ser más alto, la vara debe ser elevada y los árbitros que resuelven casos de contratación pública deben realizar una motivación más *exhaustiva* que aquéllos que resuelven casos de arbitraje comercial.⁶²

⁶⁰ BOZA, Beatriz. *Acceso a la información del Estado. Marco legal y buenas prácticas*. Lima: Konrad-Adenauer-Stiftung V., 2004, p. 4.

⁶¹ Naturalmente, para satisfacer este derecho no basta con que el laudo esté siempre motivado, sino que el contenido del mismo deberá ser accesible a la ciudadanía. Este tema se evaluará en 2.4.

⁶² Ésta es la posición de Julio Martín Wong Abad. La misma ha sido expuesta, entre otros eventos en WONG ABAD, Julio Martín. «Motivación del laudo, autoridad de cosa juzgada y ejecución del laudo arbitral». En *Módulo de arbitraje de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2018.

En abstracto, dicho razonamiento puede considerarse correcto. En teoría, la motivación en el arbitraje derivado de contratación pública debería tener un estándar más alto que el de la motivación en el arbitraje comercial.

Sin embargo, en la práctica, en el arbitraje doméstico peruano el estándar de motivación es el mismo para el arbitraje comercial y para el arbitraje derivado de contratación pública⁶³ y ello se debe a que en ambos casos se ha impuesto el estándar de la *debida motivación judicial*. En efecto, según relatamos previamente, la judicatura constitucional consideró que en tanto el arbitraje es jurisdicción se le aplican todas las garantías del debido proceso judicial. Ello generó que la debida motivación de las resoluciones judiciales sea aplicada, sin más, al arbitraje.

En síntesis, en el Perú el estándar de la motivación para los laudos es uniforme y equivale al estándar aplicado para las sentencias judiciales.

2.3.3. *Publicidad*

El laudo debe estar motivado. Sin embargo, ello por sí mismo es insuficiente para satisfacer el interés público de acceder a su contenido. Es necesario *publicitarlo*.

En efecto, el laudo arbitral en contratación pública no es un documento confidencial y reservado, todo lo contrario, es *público* y puesto a

⁶³ Esta afirmación la hacemos en función a la revisión de las sentencias de anulación de laudo emitidas desde el 2009 hasta el 2016, inclusive. No podemos descartar que en algún momento posterior se haya realizado un cambio de criterio.

disposición de la ciudadanía en general. Así está establecido en la quinta disposición final⁶⁴⁻⁶⁵ de la LA y en el artículo 238.4⁶⁶ del RLCE.

La motivación del laudo + la publicidad del mismo = la satisfacción del derecho de acceso a la información pública de la ciudadanía en cuanto a las disputas derivadas de contratos pagados con el erario público. Así, se logra el «control del laudo emitido cuando [éste] es publicado».⁶⁷

Asimismo, la publicidad de los laudos arbitrales genera también otras consecuencias que merecen ser desarrolladas. En específico, la aparición de una *base de datos* que permite tomar conocimiento de distintos factores y elementos cuantificables en la contratación pública. De

⁶⁴ Quinta.- Publicidad de los laudos arbitrales

Los laudos que se emitan en procesos arbitrales donde el Estado sea parte, deben ser remitidos por la entidad estatal o empresa del Estado participante en dicho proceso arbitral, y en un plazo no mayor a 30 días calendario, al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para su publicación en su portal institucional (www.osce.gob.pe). Dichos laudos se mantendrán publicados por un plazo no menor a un (1) año.

⁶⁵ La disposición no se restringe a los arbitrajes derivados del régimen de la LCE, sino que se extiende a cualquier caso arbitral en el que el Estado sea parte.

⁶⁶ Artículo 238.- Laudo

[...]

238.2. Es responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral registrar correctamente el laudo en el Seace, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 254.3 del artículo 254.

238.3. El OSCE implementa, administra y opera el Banco de Laudos Arbitrales que contiene información relevante del laudo que los árbitros hayan registrado en el Seace.

238.4. Dicha información se publica en el portal institucional del OSCE y es actualizada trimestralmente, bajo responsabilidad.

⁶⁷ NAVAS RONDÓN, Carlos. *El arbitraje en las contrataciones del Estado*. Lima: Ediciones Legales, 2015, p. 234.

ahí que el propio RLCE en su artículo 241⁶⁸ estipula que el OSCE tiene el rol de realizar estudios de laudos.

En efecto, la publicidad de los laudos permite conformar base de datos sobre distintos aspectos, tales como:

- (i) Las partes, lo que permite saber quiénes son los contratistas y entidades más «pleitistas». Incluso, se puede determinar la proporción entre casos en los que la entidad o el contratista es demandante o demandado.
- (ii) Los árbitros. La publicidad de los laudos permite identificar a las personas más designadas para dirimir controversias de contratación pública. Éste, en realidad, es un aspecto especialmente útil para determinar si las designaciones de los árbitros han sido adecuadas o si, por el contrario, han sido *reiteradas* y, por lo tanto, pueden surgir dudas en cuanto a la imparcialidad del árbitro. Incluso, el OSCE generó un sistema denominado «récord arbitral»,⁶⁹ que permite justamente hacer búsquedas de personas naturales para determinar en qué casos han participado como árbitros.
- (iii) Los tipos de arbitraje. Una base de datos de laudos permite determinar las proporciones entre arbitrajes (laudos) de derecho o de conciencia, arbitrajes institucionales o *ad hoc*, arbitrajes con o sin laudos parciales, etcétera.
- (iv) Las pretensiones discutidas. Esto permite conocer cuáles son los temas más controvertidos en casos de provisión de bienes,

⁶⁸ Artículo 241.- Estudios a cargo del OSCE

El OSCE elabora estudios de laudos, actas de conciliación y sentencias que resuelvan recursos de anulación con la finalidad de evaluar y analizar la eficiencia de los medios de solución de controversias en contratación pública y, de ser el caso, proponer lineamientos de transparencia, estrategias y mejores prácticas que contribuyan al desarrollo eficiente del mercado de compras públicas.

⁶⁹ Disponible en <<http://portal.osce.gob.pe/osce/content/record-arbitral-de-osce>>.

prestación de servicios, consultoría de obras o ejecución de obras.

- (v) Los resultados. Tener a disposición todos los laudos permite conocer el éxito de los reclamos sometidos a arbitraje. Centrandolo en términos monetarios, permite saber cuánto ganó o cuánto perdió el contratista y/o la entidad pública.

Vale resaltar que el desarrollo de la mencionada base de datos es una consecuencia que se deriva de la publicidad de los laudos, haya o no haya motivación obligatoria. Esto porque, con o sin motivación, los laudos naturalmente identifican los puntos reseñados.

2.3.4. Anulación

La regulación normativa de la anulación de laudo de contratación pública tiene las siguientes particularidades: (i) requisitos especiales para iniciar la acción judicial; (ii) una causal de anulación exclusiva para casos de contratación pública; y (iii) matices en cuanto al entendimiento de ciertas causales de anulación previstas en la LA.

2.3.4.1. Requisitos para la acción judicial

a) Requisitos para el contratista

A nivel normativo, la LA estipula que la acción de anulación deberá contener «cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo».⁷⁰ Sobre dicha base, el artículo 45.22 de la LCE establece lo siguiente:

⁷⁰ Artículo 64.- Trámite del recurso

[...]

2. [...]

Asimismo, el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.

Artículo 45.- Normas aplicables al fondo de la controversia

[...]

45.22 La interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad, conforme al porcentaje que se establece en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso.

Esta disposición es desarrollada en el artículo 239 del RLCE:

Artículo 239.- Recurso de anulación

239.1. Conforme a lo previsto en el numeral 45.22 del artículo 45 de la Ley, para la interposición del recurso de anulación del laudo, el contratista presenta una carta fianza bancaria, solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento, con una vigencia no menor de seis (6) meses, debiendo ser renovada por todo el tiempo que dure el trámite del recurso. Dicha carta fianza se otorga a favor de la entidad, por una cantidad equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor de la suma que ordene pagar el laudo.

239.2. Si el laudo, en todo o en parte, es puramente declarativo o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el valor de la carta fianza es equivalente al tres por ciento (3%) del monto del contrato original.

239.3. Si el recurso de anulación es desestimado, la carta fianza se entrega a la entidad para que la ejecute. En caso contrario se le devuelve al contratista, bajo responsabilidad.

239.4. Las sentencias que resuelvan de manera definitiva el recurso de anulación son remitidas por el procurador público o funcionario o servidor que ejerce similar función en la entidad, según corresponda, al OSCE en el plazo de diez (10) días hábiles de notificadas para su registro y publicación, bajo responsabilidad.

La LCE establece que, para iniciar una acción de anulación de laudo, el contratista debe acompañar a su demanda una fianza bancaria.

Sin embargo, consideramos que en la práctica este requisito no es exigido. Y es que la jurisprudencia ha denotado que exigir fianzas para la interposición de una acción de anulación es inconstitucional en tanto afecta el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso. En específico, ambas Salas Comerciales de Lima manejan tal posición:

Primera Sala Comercial:⁷¹

En ese sentido, la exigencia reglamentaria del requisito de carta fianza para la presentación de un recurso de anulación aparece más bien como una exigencia abusiva, que carece de sentido y utilidad, siendo, por ende, irrazonable, máxime si, como advierte el Colegiado, implica severa restricción de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de la tutela jurisdiccional efectiva.

Segunda Sala Comercial:⁷²

Por tanto, no corresponde a la autonomía de voluntad de las partes directamente, ni indirectamente por vía de remisión al reglamento arbitral, la regulación de los requisitos para acceder a sede judicial para el ejercicio de la función de control judicial por vía del recurso de anulación, pues ello entronca directamente con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de tutela jurisdiccional efectiva cuya regulación sólo puede provenir de la ley, teniendo ésta incluso como límite el contenido esencial de tales derechos que no puede ser desconocido con la imposición de requisitos irrazonables. Por ende, resulta manifiestamente contrario al diseño normativo del sistema de justicia

⁷¹ Sentencia del Expediente n.º 42-2015, Primera Sala Comercial, 20 de octubre de 2015, p. 14.

⁷² Sentencia del Expediente n.º 65-2014, Segunda Sala Comercial, 20 de enero de 2015, p. 8.

que por vía del Reglamento del Centro de Arbitraje se imponga al órgano jurisdiccional la obligación de exigir requisitos no previstos por la ley para ejercer su función —de orden público— de control judicial requerida vía recurso de anulación.

Así, existe una divergencia entre lo establecido normativamente y lo adoptado jurisprudencialmente. En la práctica, la exigencia de presentar carta fianza podría tenerse por no puesta.

b) Requisitos para la entidad

El artículo 45.23 de la LCE establece un procedimiento interno para que las entidades puedan iniciar la acción de anulación de laudo.

Artículo 45.- Normas aplicables al fondo de la controversia
[...]

45.23 Las entidades sólo pueden iniciar la acción judicial de anulación de laudo previa autorización del titular de la entidad mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable. Para tal efecto, se realiza el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, la expectativa de éxito de seguir la anulación. Constituye responsabilidad funcional impulsar la anulación del laudo arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no puede ser acogida.

El procedimiento ha sido simplificado. La redacción actual responde a la modificación establecida por el Decreto Legislativo n.º 1444. La redacción previa contenía un procedimiento que requería la autorización del titular del sector pertinente —o autorización de Consejo de Ministros en casos de ministerios—. ⁷³ Esta simplificación tiene por

⁷³ LCE, redacción previa a la entrada del Decreto Legislativo n.º 1444: «Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual [...] 45.8 [...] Las entidades no pueden interponer recurso de anulación del laudo u otra actuación impugnante en vía judicial, salvo que se cumplan las siguientes condi-

objeto evitar que las autorizaciones necesarias no sean alcanzadas dentro del plazo para la interposición de la acción de anulación de laudo.⁷⁴

2.3.4.2. La causal especial de anulación para contratación pública

El artículo 45.25 de la LCE establece una causal de anulación de laudo especial para casos de contratación pública:

Artículo 45.- Normas aplicables al fondo de la controversia
[...]

45.25 Adicionalmente, sin perjuicio de lo señalado, el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación sólo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y ésta fue desestimada.

En primer lugar, observemos que la redacción de esta causal es similar a la del artículo 63.1, literal c) de la LA.

ciones de manera conjunta: 1. Que la acción judicial sea autorizada por la máxima autoridad de la entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable. 2. Que la referida autorización sea aprobada por el titular del sector correspondiente, excepto tratándose de ministerios en cuyo caso, la autorización deberá ser aprobada por Consejo de Ministros».

⁷⁴ Exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1444, p. 22.

Causales de anulación	
Artículo 45.25 de la LCE	Artículo 63.1, literal c, de la LA
[...] si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento [...]	c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este decreto legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este decreto legislativo.

Sin embargo, la similitud en la redacción no debe confundirnos en cuanto al alcance de cada causal.

La causal del artículo 63.1, literal c, de la LA es una causal «contractual, que persigue se cumpla lo pactado por las partes».⁷⁵ Su objetivo pasa por que se respeten las disposiciones establecidas por las partes para la realización del arbitraje —y si éstas no pactaron nada específico, se presume que su pacto se dirigía a que se apliquen las reglas de determinado reglamento o, en su defecto, las reglas de la LA—.

Por contraste, la causal del artículo 45.25 de la LCE no busca que se cumpla lo pactado por las partes. Esta causal se dirige a que se observe lo establecido en la LCE y el RLCE para el desarrollo del arbitraje. En términos simples, busca que se cumpla lo que dice la ley —en cuanto al procedimiento—. Ni las partes ni los árbitros pueden sustraerse del alcance de la LCE y el RLCE.

Vale resaltar que el artículo 45.25 de la LCE restringe su ámbito de aplicación a normas relativas a (i) composición del tribunal arbitral;

⁷⁵ Sentencia del Expediente n.º 122-2015, Segunda Sala Comercial, 15 de octubre de 2015, p. 29.

y (ii) actuaciones arbitrales. Es decir, a aspectos *procedimentales* («procesales») del arbitraje. El artículo 45.25 de la LCE en ningún modo puede servir de fundamento para, en el proceso de anulación, alegar el incumplimiento a disposiciones de la LCE o el RLCE en el fondo de la controversia.

En cualquier escenario, la causal del artículo 45.25 de la LCE supedita su procedencia a la existencia de un reclamo expreso previo en el arbitraje, reclamo que está regulado en el artículo 63.2 de la LA.

2.3.4.3. Particularidades en la anulación del laudo de contratación pública

Ciertas causales de anulación de laudo establecidas en la LA adoptan matices particulares al evaluar laudos de contratación pública.

a) Causal a del artículo 63.1 de la LA

La causal de anulación del artículo 63.1, literal a, establece que si existen anomalías en el convenio arbitral, el arbitraje será nulo. La idea de fondo es que haya arbitraje sólo cuando exista una válida decisión conjunta de someter las controversias a dicho mecanismo.

Pues bien, en la contratación pública, la decisión de resolver las disputas mediante arbitraje responde a una *política legislativa*. El legislador decidió que las entidades, al contratar sobre bienes, servicios u obras, deberán establecer una cláusula arbitral, la que es «no negociable». Tan clara es esta posición legislativa que el RLCE establece que aun si no hubo un convenio arbitral expreso en el contrato, igual se entiende que hay uno.⁷⁶

⁷⁶ Artículo 226.- Convenio arbitral

[...]

226.2. En los siguientes supuestos, el arbitraje deberá ser iniciado ante cualquier institución arbitral:

a) Cuando no se ha incorporado un convenio arbitral expreso en el contrato.

En ese sentido, la judicatura incluso ha señalado que «resulta irrelevante que las partes expresen, o no, su libre voluntad de someter las eventuales controversias al arbitraje. En dichos casos, la ley obliga a las partes que frente a cualquier controversia suscitada en sus relaciones contractuales sea, *prima facie*, la vía arbitral la competente para la solución de sus conflictos».⁷⁷

En ese sentido:

- (i) Cualquier vicio o anomalía en el convenio arbitral no podría generar la anulación del laudo porque existe un marco normativo que establece y regula un convenio arbitral para todos los casos de contratación pública.
- (ii) En atención al principio de separabilidad, si el vicio estuviese en el contrato principal, el mismo no afectaría al convenio arbitral, por lo que en este supuesto tampoco se justificaría la anulación del laudo bajo la causal analizada.
- (iii) Así, la judicatura considera que el único caso en que esta causal aplicaría sería cuando el contrato, en realidad, inexistiese (falta de manifestación de voluntad).⁷⁸

b) Causal b del artículo 63.1 de la LA

La causal de anulación del artículo 63.1, literal b, establece que si una de las partes no fue notificada de manera debida o no pudo hacer valer sus derechos, el laudo se anula.

En esta causal hay dos temas a destacar. Por un lado, tenemos al tema de la participación de la procuraduría pública de la entidad que es

⁷⁷ Sentencia del Expediente n.º 11-2013, Primera Sala Comercial. Lima, 19 de junio de 2013, p. 6.

⁷⁸ Sentencia del Expediente n.º 90-2014, Segunda Sala Comercial. Lima, 28 de noviembre de 2014, p. 19.

parte del arbitraje. Así, inicialmente, la judicatura consideró que la no participación de la procuraduría en el arbitraje afectaba el derecho de defensa de la entidad, por lo que anulaba en tales casos los laudos.⁷⁹ El sustento estaba en que la representación legal del Estado es un tema de orden público,⁸⁰ por lo que cualquier vicio en el mismo necesariamente debía generar la nulidad del laudo.

Sin embargo, en la actualidad la judicatura es de la posición que la ausencia del procurador público no vicia el procedimiento arbitral. En esencia, si la entidad fue correctamente notificada sobre el inicio de un arbitraje contra ella, ésta debe emplear canales internos para informar de ello a la procuraduría respectiva.⁸¹

Por otra parte, vale reiterar aquí que el control de la motivación del laudo —el que se encauza principalmente bajo esta causal— tiene el mismo estándar tanto para el arbitraje comercial como para el arbitraje en contratación pública.

c) Causal e del artículo 63.1 de la LA

La causal de anulación del artículo 63.1, literal e, establece que el laudo que resuelve sobre materia no arbitrable es nulo. Pues bien, en el caso de obras públicas, un supuesto específico a destacar de inarbitrabilidad es el de los adicionales de obra y el consiguiente aumento del gasto público para la misma.

⁷⁹ Sentencia del Expediente n.º 139-2010, Segunda Sala Comercial. Lima, 5 de agosto de 2010, p. 4; Sentencia del Expediente n.º 99-2009, Primera Sala Comercial. Lima, 10 de setiembre de 2009, pp. 10-12; Sentencia del Expediente n.º 205-2009, Segunda Sala Comercial. Lima, 15 de julio de 2010, pp. 5-7.

⁸⁰ Sentencia del Expediente n.º 99-2009, Primera Sala Comercial. Lima, 10 de setiembre de 2009, pp. 10-12.

⁸¹ Sentencia del Expediente n.º 242-2012, Primera Sala Comercial. Lima, 18 de junio de 2013, p. 6; Sentencia del Expediente n.º 136-2011, Primera Sala Comercial. Lima, 9 de marzo de 2012, pp. 5-6.

Comencemos por el principio. La LCE establece en su artículo 34⁸² que los contratos de obras pueden ser modificados para establecer prestaciones adicionales. Para realizar tales modificaciones, la norma establece el siguiente esquema:

- Si las prestaciones adicionales son de hasta el 15% del valor original de la obra, entonces basta la aprobación del titular de la entidad.
- Si las prestaciones adicionales superan el 15% del valor original de la obra (hasta por un máximo de 50%), entonces es necesaria la aprobación de la Contraloría General de la República.

Luego, nuestro sistema normativo ha establecido limitaciones en la dimensión de la arbitrabilidad. Primero, el artículo 23⁸³ de la Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contra-

⁸² Artículo 34.- Modificaciones al contrato

[...]

34.4 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. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el titular de la entidad.

[...]

34.5 En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente técnico de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el numeral precedente 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, siempre que se cuente con los recursos necesarios. Adicionalmente, para la ejecución y pago, debe contarse con la autorización previa de la Contraloría General de la República [...].

⁸³ Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitra-

loría General de la República, y el artículo 45.4⁸⁴ de la LCE establecen que las decisiones de la Contraloría de aprobar o no los presupuestos adicionales no son arbitrables.

En segundo lugar, y sobre dicho esquema, el artículo 45.4 de la LCE establece que no pueden ser sometidas a arbitraje las «pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas».

En ese sentido, cualquier discusión sobre prestaciones adicionales que superen el 15% del valor original no podrá ser sometido a arbitraje. El sustento de ello radica en que «a través de estos posibles o eventuales adicionales, se podría estar modificando o alterando el presupuesto general de la república, razón por la cual se establecen estas normas que, evidentemente, son de orden público».⁸⁵

je, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1 de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje.

⁸⁴ Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual [...]

45.4 La decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

⁸⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. «El arbitraje y los adicionales de obra». *Derecho PUCP*. Lima, 2011, n.º 66, p. 329.

3. CONCLUSIONES

El laudo derivado de arbitraje en contratación pública tiene particularidades que se deben directamente a la existencia de un marco normativo especial para el mismo. Naturalmente, la razón final de ello está en el interés público involucrado porque, a diferencia un arbitraje comercial, en el arbitraje derivado de la contratación de bienes, servicios u obras públicas, el ciudadano tiene interés en cómo es que el Estado invierte el dinero del erario nacional.

Este interés público tiene un impacto directo en el laudo: impone un esquema particular de aplicación y prelación de normas, hace que el mismo deba estar motivado y deba ser de libre acceso para la ciudadanía en general.

Asimismo, el esquema normativo del arbitraje en contratación pública ha tenido un impacto en el control judicial del laudo derivado de un arbitraje de dicho tipo. La LCE establece requisitos para el inicio de la acción judicial de anulación, generó una causal especial de anulación de laudo, no aplicable para casos de arbitraje comercial; y ciertas causales establecidas en la LA tienen matices particulares cuando el laudo se derivaba de contratación pública.

LAUDOS ARBITRALES

*Manuel Villa-García Noriega**

*Josefina Salinas Tipiani***

*Daniel Quintana Santa Cruz****

1. INTRODUCCIÓN

Los conflictos nacen con los seres humanos debido a que cada persona tiene su manera de interpretar los hechos que suceden a su alrededor. Es por ello que con el paso de los años se han ido globalizando y modernizando los mecanismos de solución de conflictos entre las personas dando lugar, de esta manera, al arbitraje.

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias heterocompositivo, esto es, frente a un conflicto que surge entre las partes interviene un tercero a fin de solucionarlo. Para que este tercero, representado por un árbitro único o un tribunal arbitral, pueda intervenir es necesario que las partes hayan suscrito un convenio o una cláusula arbitral donde de manera voluntaria dentro de un contrato, las partes pactan que someterán sus conflictos a arbitraje.

* Abogado en ejercicio. Socio del Área de Arbitrajes del Estudio Olaechea.

** Bachiller en Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asistente del curso de Arbitraje en la UPC. Asistente legal del Área de Arbitrajes del Estudio Olaechea.

*** Bachiller en Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asistente legal del Área de Arbitrajes del Estudio Olaechea.

En este aspecto hay una diferencia importante entre el arbitraje comercial y el que se lleva a cabo en las contrataciones del Estado, pues mientras que en el primero el arbitraje es voluntario, en el segundo el arbitraje es obligatorio.

El arbitraje se inicia con la petición o solicitud de arbitraje presentada por la parte afectada en virtud del convenio arbitral, la otra parte contesta la petición, se designan a los árbitros, dependiendo si es arbitraje *ad hoc* o institucional; posteriormente, se fijan las reglas que se seguirán en el caso arbitral, se presenta la demanda, la otra parte presenta excepciones, contestación y reconvención (en algunos casos), se realizan audiencias, se declara el cierre de la instrucción, se presentan alegatos finales y, finalmente, se emite aquéllo que las partes ansiaban desde el principio: la decisión, respecto a la controversia, de los árbitros contenida en el laudo arbitral.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo mencionado, hay que relacionarlo con las contrataciones del Estado, pues el Estado, teniendo dentro de sus poderes al Judicial, ha apostado por someter sus controversias a arbitraje de manera obligatoria debido a que, con el pasar de los años, la jurisdicción ordinaria, esto es, el Poder Judicial, se ha hecho cargo de más casos de los que estaba apto tendiendo a resultar ineficiente, burocrático y poco especializado en las materias que se demandan. Esto en contraste con lo que sucede en sede arbitral, donde los casos son atendidos por árbitros especializados y son resueltos en menor tiempo que en un proceso judicial.

Por tratarse de un arbitraje en donde una de las partes está constituida por el Estado tiene un tratamiento legal distinto al arbitraje comercial, pues no basta con ceñirse a lo que dispone el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley General de Arbitraje,¹ sino que es muy importante tener

¹ Decreto Legislativo n.º 1071, Ley General de Arbitraje, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008.

presente a lo largo del desarrollo del caso arbitral a la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.²

En el presente artículo desarrollaremos algunas ideas sobre el laudo arbitral, teniendo en cuenta el tratamiento que recibe cuando se trata de contrataciones del Estado.

2. LAUDOS ARBITRALES

La etapa en la cual se da, en principio, por finalizado el arbitraje es con la emisión del laudo arbitral que constituye una etapa delicada en tanto las partes por fin toman conocimiento del razonamiento y la posición que ha adoptado el árbitro único o tribunal arbitral respecto a cada uno de los puntos controvertidos.

El concepto de laudo arbitral ha sido discutido en muchas ocasiones a nivel nacional como internacional. En ese sentido, consideramos importante tener en cuenta las siguientes definiciones.

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, laudo se define como una ‘decisión o fallo que dictan los árbitros o amigables compondores’.³ Teniendo en cuenta esta primera definición, pasaremos a revisar los distintos conceptos que tienen algunos juristas sobre el laudo arbitral.

² Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de julio de 2014, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1444, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de setiembre de 2018.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa Calpe, 2001, vigésimo segunda edición, p. 1354.

Al respecto, Roque Caivano define al laudo arbitral como ‘la decisión emanada de los árbitros que pone fin al litigio, resolviendo definitivamente el diferendo que las partes les habían sometido’.⁴

Por su parte, Ignacio Ripol define al laudo arbitral como la «resolución de contenido jurídico que pone fin a una controversia y es distinta a cualquier otro tipo de resolución que pueda ser emitida por un órgano judicial».⁵

De estas definiciones podemos concluir que el laudo arbitral es la resolución de contenido fáctico y jurídico emitida por los árbitros que pone fin al procedimiento arbitral, ya sea amparando o no la pretensión de la parte demandante y/o de la parte demandada, de haberse interpuesto una reconvencción. En ese sentido, el laudo arbitral es un acto jurídico de naturaleza jurisdiccional, el cual para muchos autores es el equivalente arbitral de la sentencia judicial.⁶

Desde otro punto de vista, el laudo arbitral puede ser visto como la forma en la que los árbitros dan cumplimiento a su cometido principal, concluyendo su misión de decidir sobre una materia en controversia.⁷ De esta manera se entiende que el laudo arbitral no sólo pone fin al proceso, sino también a la competencia de los árbitros.

Esto sin perjuicio de que los árbitros, una vez emitido el laudo arbitral, puedan pronunciarse respecto a la solicitud de rectificación, interpretación, integración y exclusión.

⁴ CAIVANO, Roque. *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 219.

⁵ RIPOL, Ignacio. *La ejecución del laudo y su anulación*. Barcelona: Bosch Editor, 2013, p. 54.

⁶ VIDAL, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 155.

⁷ CAIVANO, Roque. Ob. cit., p. 219.

Es necesario también precisar que la Ley General de Arbitraje no contiene una definición formal del laudo arbitral, peculiaridad que se da en la mayoría de leyes arbitrales de otros países.

Al respecto, cabe acotar que el arbitraje en materia de contrataciones del Estado, de acuerdo al artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado,⁸ tiene que ser fundado en derecho y, como consecuencia, el laudo que se emita debe cumplir con tal disposición.

3. CONTENIDO Y FORMALIDADES DEL LAUDO ARBITRAL

3.1. *El contenido del laudo arbitral*

La sistemática del laudo arbitral es similar a la de una sentencia pronunciada por una corte del Poder Judicial. En ese sentido, y como bien sugiere Navas Rondón,⁹ el contenido del laudo arbitral puede ser dividido en tres partes.

En primer lugar, tenemos a la parte expositiva, en la cual se mencionan el lugar y la fecha de la emisión del laudo arbitral, los antecedentes, las alegaciones y exposiciones de las partes, así como de los puntos controvertidos. Hay que tener presente que en este momento es conveniente y necesario que se señale el convenio arbitral que motiva la solución de las controversias en sede arbitral.

En segundo lugar se encuentra la parte considerativa por medio de la cual se analiza cada uno de los puntos controvertidos y se valoran los

⁸ Artículo 45.- [...]

45.14 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres (3) miembros.
[...].

⁹ NAVAS RONDÓN, Carlos. *El arbitraje en las contrataciones del Estado*. Lima: Ediciones Legales, 2015, p. 229.

medios probatorios en los cuales se basa la decisión, así como los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las pretensiones del objeto arbitral.

En tercer lugar, el laudo arbitral contiene una parte resolutive sobre la cual versa la decisión del tribunal arbitral respecto de los puntos controvertidos, indicando qué deben hacer o dejar de hacer las partes.¹⁰

En línea con lo expuesto, cabe precisar que los laudos en sus tres partes, deben ser congruentes y acordes con lo solicitado, esto es, debe existir una identidad entre el *petitium* y el fallo.

3.2 Sobre la motivación en el laudo arbitral

El laudo arbitral que se emita en materia de contrataciones del Estado debe ser motivado, es decir, debe contar con expresa descripción de los hechos que han sido materia de la controversia, el estudio y fundamentación jurídica del caso, analizando los puntos controvertidos, argumentos y los medios de prueba aportados, esto siguiendo el orden de preferencia respecto a la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado en la resolución de controversias en contrataciones del Estado, de acuerdo con el artículo 45.10 de la Ley de Contrataciones del Estado.¹¹

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual [...]

45.10 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.
[...].

Caso distinto es lo que ocurre en el arbitraje comercial, donde los privados tienen la potestad de convenir si el laudo será o no motivado, como bien manifiesta el artículo 56 de la Ley General de Arbitraje.¹²

En línea con lo señalado, la motivación en los laudos arbitrales es, de acuerdo con León Pastor,¹³ un «principio y un derecho». Por un lado, la motivación es un principio porque orienta la actuación de los árbitros, jueces, fiscales, tribunales administrativos y forma parte del debido proceso.

Por otro lado, la motivación es un derecho, pues las partes como resultado de los argumentos, así como las pruebas presentadas, tienen el derecho de acceder y conocer el análisis y fundamentos que son el sustento para resolver la controversia, esto con el objeto de que las partes puedan eventualmente solicitar de manera oportuna la interpretación, rectificación, integración o la exclusión de algún punto de dicho laudo o, de considerar que éste incurre en alguna causal de anulación, interponer el respectivo recurso.

La motivación como integrante del contenido del laudo arbitral es un tema sumamente delicado puesto que muchas veces se recurre al recurso de anulación de laudo arbitral por la falta o la incongruencia que se incurre en el mismo.

¹² Artículo 56.- Contenido del laudo

Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.
[...].

¹³ LEÓN PASTOR, Ricardo. ¿Motivar o no motivar un laudo arbitral? En Blog de Ricardo León Pastor. Lima, 5 de septiembre de 2016. Disponible en <<http://www.leonpastor.com/2016/09/motivar-o-no-motivar-un-laudo-arbitral.html>>.

Al respecto, el 5 de julio de 2018 se realizó el V Congreso Nacional de Jueces y Árbitros organizado en Lima por el Instituto Peruano de Arbitraje, donde se abordó el tema de la motivación del laudo en los arbitrajes de contratación pública.

En dicho congreso hubo posiciones discrepantes en torno al control que debería ejercer el Poder Judicial sobre la motivación del laudo arbitral.

Por una parte, la posición de Alfredo Bullard González, uno de los ponentes de esta mesa, se inclinaba por el no control absoluto de la motivación del laudo arbitral no sólo porque sería una puerta para que los jueces accedan a calificar el fondo de la controversia, sino porque las partes, al pactar un convenio arbitral, se someten, de manera voluntaria, a la jurisdicción arbitral.

En tal sentido, si las partes han actuado de manera diligente al momento de someterse a arbitraje, en la designación y a lo largo del arbitraje no tendría por qué entrometerse el control judicial en la autonomía de las partes que tiene su origen en el convenio arbitral.

Esta posición también está sustentada en uno de los libros que coescribe Alfredo Bullard y señala lo siguiente:

[...] la exigencia es que haya motivación, pero no que esa motivación sea analizada con los estándares con los que se revisa la motivación en el ámbito judicial. Finalmente, la revisión de la motivación sólo podría darse en el ámbito judicial en la anulación, y el legislador prohibió que dichas motivaciones sean revisables o evaluadas por los jueces. La autonomía de la voluntad, concreta y expresada en el convenio, es más fuerte incluso, que un supuesto derecho de defensa abstracto y teórico, al que las

partes han renunciado, al haber escogido un sistema de solución de controversias que implica la renuncia a la apelación [...].¹⁴

Por otra parte, la posición de Ricardo León Pastor, otro de los ponentes, estaba direccionada al control judicial del laudo arbitral siempre y cuando se tratara de una «motivación atroz», esto es, que se trate de una falta de motivación muy grave. Que motive cualquier cosa que no esté referido a los puntos controvertidos con el solo propósito de cumplir con la formalidad de motivar cuando este deber, a todas luces, no se cumple. Es más, dicho ponente sostuvo incluso que en este caso estaríamos frente a una inexistencia de motivación en el laudo arbitral.

Al respecto, Ricardo León Pastor sostiene que

[...] si entramos a consideraciones sobre la calidad de los motivos, nos encontramos en un escenario de apelación, camino no previsto en la configuración legal del arbitraje en la mayoría de países del mundo, incluyendo de suyo al Perú. Si los jueces en el recurso de anulación corrigen o modifican malos argumentos por argumentos buenos o mejores, influirán directamente sobre la decisión de fondo, convirtiéndose en los tomadores de decisiones reales y destruyendo la lógica del arbitraje [...].¹⁵

Por último, pero no por ello menos importante, Julio Martín Wong Abad, juez supremo de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, otro de los ponentes, sustentó que los laudos arbitrales deben ser revisados por el Poder Judicial y que los árbitros deberían tomar conocimiento de esto.

¹⁴ SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coordinadores). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo II, p. 626.

¹⁵ LEÓN PASTOR, Ricardo. «¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación?». *Arbitraje PUCP*. Lima, 2017, p. 46.

Dicha posición se encuentra recogida en uno de los libros del juez mencionado, por medio del cual señala que «sostener que no es posible evaluar la calidad de la motivación de los laudos arbitrales nos conduce, simplemente, a negar el derecho a la motivación pues, en efecto, cómo podría hablarse de un derecho si su cumplimiento quedara al arbitrio irrevisable del obligado a satisfacerlo».¹⁶

Al respecto la Ley General de Arbitraje señala de manera expresa en su numeral 2 del artículo 62¹⁷ que está prohibido pronunciarse sobre el fondo de la controversia; dicha prohibición se aplica también a que los jueces se pronuncien sobre la motivación del laudo arbitral.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que de las tres posiciones citadas, la que predomina es la del juez supremo debido a que ésta se toma como parámetro para que los demás jueces determinen si es o no posible anular un laudo arbitral por algún defecto de motivación.

En consecuencia, esto lleva a que estemos frente a un sistema judicial de control de los laudos arbitrales que no sean predictibles en tanto no se puede saber en qué circunstancias los jueces determinarán, por ejemplo, cuando la motivación de un laudo resulta insuficiente o no.

Nuestra posición al respecto es que únicamente un laudo arbitral puede ser revisado cuando se está frente a la inexistencia de una motivación, mas no cuando hay un supuesto de «insuficiencia», esto debido a que se estaría poniendo a discreción del juez calificar cuándo un laudo arbitral resulta estar motivado de manera suficiente, así se estaría in-

¹⁶ WONG ABAD, Julio. *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo*. Lima: Jurista Editores, 2013, p. 17.

¹⁷ Artículo 62.- [...]

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

fringiendo la Ley General de Arbitraje, pues se estaría yendo contra la prohibición de pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

Además, hay que tener en cuenta que los parámetros que son utilizados en la jurisdicción ordinaria, esto es, el Poder Judicial, para determinar cuándo una sentencia está debidamente motivada no son iguales a los usados en sede arbitral.

3.3. Formalidades del laudo

No basta con que el contenido del laudo arbitral se haya emitido correctamente, sino que es necesario que el mismo para que sea válido cumpla con ciertas formalidades. En ese sentido, en principio, el laudo debe constar de manera escrita y debe ser firmado por los árbitros, cuando haya más de un árbitro es suficiente la firma de la mayoría de sus miembros o sólo del presidente, siempre que se manifiesten los fundamentos de la firma faltante.¹⁸ Asimismo, el laudo debe ser firmado por los árbitros cuyos votos deben conformar una mayoría y dejándose constancia del voto discrepante.¹⁹ Es decir, se debe conocer el voto de cada uno de los árbitros, así éstos no sean unánimes.

Por último, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo, de acuerdo con el artículo 55 de la Ley General de Arbitraje.²⁰

¹⁸ NAVAS RONDÓN, Carlos. *Op. cit.*, pp. 229-230.

¹⁹ VIDAL, Fernando. *Op. cit.*, p. 155.

²⁰ Artículo 55.- Forma del laudo

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

4. CARACTERÍSTICAS DEL LAUDO ARBITRAL EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

El laudo arbitral presenta las características siguientes:

4.1. Definitivo

El laudo arbitral es tanto para las partes como para el tribunal la meta del arbitraje, razón por la cual es imprescindible su carácter definitivo, así como su carácter de cosa juzgada, el mismo que se origina de una decisión lógica, teniendo presente que en el ámbito de las contrataciones del Estado se trata de un arbitraje de derecho, sobre todo lo actuado durante el proceso, poniéndole fin a la controversia de manera definitiva.

Una vez plasmada esta decisión por el tribunal en un laudo, tanto éstos como otros tribunales, ya sean arbitrales o judiciales, pierden la facultad de volver a pronunciarse respecto a lo laudado, blindando de esta manera al laudo con una seguridad jurídica.

Sin embargo, que el laudo sea definitivo no quiere decir que no sea susceptible de ser anulado por las causales expresadas en la Ley General de Arbitraje.

4.2. Vinculante y obligatorio

Una vez emitido el laudo se vuelve vinculante y obligatorio para todas las partes del arbitraje; por lo tanto, es imposible que una de las partes pretenda alegar que el laudo no surte efectos para ella.

-
2. Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.
 3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda. [...].

4.3. *Dispositivo*

El laudo no debe alejarse de lo solicitado por las partes durante el arbitraje, es así que debe existir una identidad entre lo resuelto y lo solicitado, dejando de lado los pronunciamientos externos, es decir, materias no parte del arbitraje (*extra petita*) u omisiones de las pretensiones en disputa (*infra petita*), congruencias que desarrollaremos más adelante.

4.4. *Notificación a través del Seace y publicidad*

La notificación del laudo arbitral en el marco de las contrataciones del Estado es fundamental y de especial relevancia debido a que su eficacia estará sujeta a que ésta se realice a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - Seace, tal como se menciona en el artículo 45.21 de la Ley de Contrataciones del Estado.²¹

Respecto de la publicidad del laudo, en principio, según el artículo 51 de la Ley General de Arbitraje,²² en el arbitraje comercial existe un deber de confidencialidad, salvo que las partes pacten en contrario. No

²¹ Artículo 45.- [...]

45.21 El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) para efecto de su eficacia. Contra dicho laudo sólo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje o norma que lo sustituya.
[...].

²² Artículo 51.- Confidencialidad

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un

obstante, en el mismo artículo de la Ley General de Arbitraje se dispone que en todos los arbitrajes regidos por esta ley en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público una vez terminadas las actuaciones.

Por último, y de acuerdo a lo mencionado anteriormente, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje comercial, el arbitraje sobre contrataciones del Estado no es confidencial, sino público, de acuerdo con el principio de transparencia que rige para los medios de solución de controversias en las contrataciones del Estado.

Es así que, de acuerdo con el artículo 197.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado,²³ el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) se encarga de implementar, administrar y operar el Banco de Laudos Arbitrales para que sea de fácil acceso al público en general.

Dicho banco debe contener información relevante del laudo arbitral que ha sido registrado por los árbitros.

derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

²³ Artículo 197.- Laudo

[...]

197.3 El OSCE implementa, administra y opera el Banco de Laudos Arbitrales que contiene información relevante del laudo que los árbitros hayan registrado en el Seace.

5. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DEL REGLAMENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE (SNA)

Una de las funciones que tiene el OSCE es organizar y administrar arbitrajes, o de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado.²⁴ En ese sentido, el OSCE organiza y administra un régimen institucional de arbitraje en contrataciones del Estado, en armonía con el principio de subsidiariedad, denominado «Sistema Nacional de Arbitraje (SNA)», de conformidad con el artículo 195 del Reglamento de la mencionada ley.²⁵

Hay que tener en cuenta que pueden someterse a arbitraje institucional a cargo del SNA las controversias que deriven de la ejecución de contratos de bienes y servicios en general, cuyos montos originales sean menores a diez (10) UIT.²⁶ Esto último se dará siempre que no

²⁴ Artículo 52.- Funciones

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) tiene las siguientes funciones:

[...]

j) Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y un Banco de Laudos Arbitrales de fácil acceso en la que se pueda identificar, árbitros, temas, plazo del proceso, partes, entre otros.

k) Organizar y administrar arbitrajes de acuerdo a lo previsto en el reglamento y de conformidad con la directiva que se apruebe para tal efecto.

[...].

²⁵ Artículo 195.- De la organización y administración de arbitrajes a cargo del SNA-OSCE

195.1. El OSCE organiza y administra un régimen institucional de arbitraje en Contrataciones del Estado, en armonía con el principio de subsidiariedad, denominado Sistema Nacional de Arbitraje (SNA-OSCE), sujetándose a las reglas establecidas en el presente artículo y en el Reglamento del SNA-OSCE.

²⁶ Artículo 195.- De la organización y administración de arbitrajes a cargo del SNA-OSCE

[...]

195.2. Pueden someterse a arbitraje institucional a cargo del SNA-OSCE las controversias que deriven de la ejecución de contratos de bienes y servicios en general, cuyos montos originales sean menores a diez (10) UIT, siempre que no existan

existan instituciones arbitrales registradas y acreditadas en el lugar del perfeccionamiento del contrato o cuando, de existir, éstas se nieguen expresamente a administrar el arbitraje o sus gastos arbitrales resulten desproporcionados con relación a la cuantía controvertida, de conformidad con los parámetros establecidos por el OSCE.

En línea con lo mencionado, debemos tener presente las siguientes particularidades que regula el Reglamento del SNA respecto de los laudos arbitrales.

El laudo arbitral se dictará por mayoría de votos de los árbitros, en caso de falta de mayoría decide el voto del presidente del tribunal arbitral, de acuerdo con el artículo 56 del Reglamento del SNA²⁷⁻²⁸.

Asimismo, y tal como lo dispone el artículo citado, los árbitros, en el marco de las contrataciones del Estado, no pueden abstenerse o inhibirse de votar al momento de laudar y están obligados, de ser el caso, a

instituciones arbitrales registradas y acreditadas en el lugar del perfeccionamiento del contrato o cuando, de existir, éstas se nieguen expresamente a administrar el arbitraje o sus gastos arbitrales resulten desproporcionados con relación a la cuantía controvertida, de conformidad con los parámetros establecidos por el OSCE.

²⁷ Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado por Resolución n.º 016-2004 CONSUCODE-PRE, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de febrero de 2004.

²⁸ Artículo 56.- Mayoría de concurrencia y mayoría para resolver [...]

Todas las resoluciones y el laudo arbitral se dictarán por mayoría de votos de los árbitros. En caso de falta de mayoría, decide el voto del presidente del tribunal arbitral. Los árbitros no pueden abstenerse o inhibirse de votar al momento de laudar y están obligados, de ser el caso, a expresar y sustentar su voto en discordia, el mismo que será notificado a las partes junto con el laudo, manteniendo necesariamente la estructura metodológica dispuesta en el artículo 58.

Los árbitros no pueden abstenerse o inhibirse de votar al momento de laudar y están obligados, de ser el caso, a expresar y sustentar su voto en discordia, el mismo que será notificado a las partes junto con el laudo, manteniendo necesariamente la estructura metodológica dispuesta en el artículo 58.

expresar y sustentar su voto en discordia, el mismo que será notificado a las partes junto con el laudo.

El Reglamento del SNA dispone condiciones para que se pueda emitir un laudo arbitral que se encuentran expresamente señaladas en el artículo 57,²⁹ pues el tribunal arbitral podrá proceder a laudar siempre que considere que los medios probatorios actuados permitan la formación de un criterio para resolver el conflicto y en tanto que el laudo cumpla con los requisitos previstos del Reglamento y en el marco normativo del SNA.

En ese sentido, y como bien dispone el artículo 58 del Reglamento del SNA,³⁰ el contenido del laudo arbitral debe tener, como lo hemos mencionado, una parte expositiva, una considerativa y una parte resolutive.

Por último, el tribunal arbitral dispondrá cómo deberán ser asumidos los gastos arbitrales, de acuerdo a lo previsto por las partes en el convenio arbitral. En ese sentido, el artículo 59 del Reglamento del SNA³¹ señala que en caso el convenio arbitral no señale cómo se deberá

²⁹ Artículo 57.- Condiciones para laudar

El tribunal arbitral podrá proceder a laudar, siempre que considere que los medios probatorios actuados permiten la formación de criterio para resolver el conflicto y en tanto que el laudo cumpla con los requisitos previstos en este Reglamento y en el marco normativo del SNCA-Consucode.

³⁰ Artículo 58.- Contenido del laudo

El laudo expedido por el tribunal arbitral debe tener la siguiente estructura y contenido: una parte expositiva, en la que se indiquen los antecedentes, un resumen de las alegaciones y posiciones de las partes y la determinación de los puntos controvertidos.

³¹ Artículo 59.- Gastos del arbitraje y laudo

El tribunal arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la Secretaría del SNCA-Consucode, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes.

distribuir los gastos entre las partes, el tribunal arbitral, previa liquidación de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales,³² conforme lo señala el artículo 105,³³ decidirá a su entera discreción quién debe asumirlos o en qué proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes.

Dichos gastos arbitrales comprenden tanto los honorarios de los árbitros como los gastos administrativos, de acuerdo con el artículo 66 del Reglamento del SNA,³⁴ así como cualquier multa o sanción que el tribunal arbitral haya aplicado u ordenado durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

6. TIPOS DE LAUDOS ARBITRALES

Diversos sectores de la doctrina tanto nacional como internacional identifican y desarrollan distintos tipos de laudos arbitrales.

Los gastos arbitrales comprenden los rubros detallados en el artículo 66 así como cualquier multa o sanción que el tribunal arbitral haya aplicado u ordenado durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

³² Decreto Supremo n.º 076-2016-EF, Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE publicado en el diario oficial *El Peruano* el 7 de abril del 2016.

³³ Artículo 105.- Funciones de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales

Son funciones de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales:

[...]

f) Elaborar o proyectar informes y/o Resoluciones respecto a las recusaciones de árbitros, solicitudes de devolución de gastos arbitrales, solicitudes de liquidación o reliquidación de gastos arbitrales y otros procedimientos administrativos relacionados a la normativa en materia de arbitraje en contrataciones del Estado;

[...].

³⁴ Artículo 66.- Gastos arbitrales

Los gastos arbitrales comprenden los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del SNCA-Consucode.

Por un lado, la doctrina peruana estableció dos tipos de laudos *(i) laudos finales* y *(ii) laudos parciales*. Es así que los legisladores, a través de la Ley General de Arbitraje, adoptaron estas posturas y brevemente las desarrollaron en el artículo 54,³⁵ facultando a los árbitros de poder emitir laudos finales o los laudos parciales que ellos consideren necesarios para poder arribar a la correcta conclusión del procedimiento arbitral.

Por otro lado, la doctrina internacional incluye otros tipos de laudos arbitrales aparte de los ya mencionados, según Cantuarias Salaverry,³⁶ citando a Fouchard, Gaillard y Goldman, éstos identifican otros tres tipos de laudos, los cuales son los *laudos preliminares*; *(ii) laudos interlocutorios* y *(iii) laudos interinos*. Asimismo, José Carlos Fernández Rozas³⁷ agrega otro concepto, el cual es el *laudo adicional*.

Finalmente, la doctrina ha desarrollado un concepto peculiar, que suele pasar en la práctica del arbitraje, el *(iv) laudo inhibitorio*.

6.1. *Laudo final*

Cuando se hace referencia al concepto de «laudo» se identifica al documento cuyo contenido comprende una decisión final, la cual concluye con alguna controversia entre las partes que previamente aceptaron someterse a un procedimiento arbitral, comprendiendo que este concepto proviene de las resoluciones del órgano jurisdiccional ordinario, las cuales ponen fin a la tutela y son conocidas como decisiones definitivas. Es así que surge el concepto de *(i) laudo final*.

³⁵ Artículo 54.- Laudos

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

³⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Art. 54º.- Laudos». En SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coordinadores). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 602-605.

³⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008, p. 805.

El laudo final, estructuralmente, tiene como concepto medular la decisión del tribunal arbitral que resuelve los puntos en controversia y es desarrollado mediante un documento escrito.

El laudo final no siempre tendrá la característica de unidad o ser algo único. Ante el eventual cuestionamiento del laudo frente a alguna solicitud de rectificación, interpretación, integración o exclusión, siempre habrá una resolución ulterior que se pronuncie sobre estas solicitudes, ya sea declarándolas fundadas o infundadas, la cual también debe ser considerado como parte del laudo final, puesto que (i) termina agotando todos los mecanismos que cuestionan el laudo arbitral en sede arbitral, con lo cual concluye todo tipo de actuación de parte dentro del procedimiento arbitral; y (ii) modifica o consiente el laudo previamente emitido.

6.2. *Laudo parcial o laudo interlocutorio*

Así como el laudo final, el artículo 54 de la Ley General de Arbitraje³⁸ reconoce también la existencia de los *(ii) laudos parciales*.

Estas diferencias, radican en las atribuciones sobre el fondo que cada laudo tiene como motivo de pronunciamiento. Por un lado, la normativa peruana considera que un laudo parcial sí podría pronunciarse sobre el fondo de la controversia; mientras que, por otro lado, diversos reglamentos de arbitraje de otros países —como, por ejemplo, el reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de España— sólo faculta al laudo interlocutorio para pronunciarse sobre cuestiones meramente procedimentales, excepciones o frente a una medida cautelar.

³⁸ Artículo 54.- Laudos

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

Haciendo un hincapié, el doctor Mario Castillo Freyre³⁹ señala otra diferencia entre ambos conceptos que la ley peruana no profundiza, la primera diferencia es sobre el laudo interlocutorio; cuando un laudo declara fundada la excepción sobre todas las materias y, por ende, es susceptible de revisión mediante la anulación de laudo arbitral es un laudo interlocutorio; y, por el contrario, nos encontramos frente a un laudo parcial cuando se declara fundada en parte la excepción, por cuanto el proceso debe continuar sobre la otra materia controvertida.

Tal como lo hemos mencionado, el legislador peruano al momento de definir implícitamente sobre la variabilidad de los laudos dejó de lado el concepto previamente mencionado, en el cual sólo se habla de un único laudo para definir la controversia materia del procedimiento arbitral.

Es así que, la ley peruana le otorga la facultad al árbitro de poder desarrollar y decidir su veredicto sobre las controversias de manera progresiva y paulatina mediante diferentes laudos. Es decir, el árbitro podrá pronunciarse sobre el fondo de algunas de las pretensiones, declarándose fundadas o infundadas oportunamente, y posteriormente podrá emitir otro laudo, pronunciándose sobre las pretensiones restantes.

En ese sentido, por laudo parcial deberá entenderse aquella decisión definitiva que toma el tribunal arbitral sobre una parte de la controversia, sea de forma o de fondo, que no le pone fin al proceso arbitral, sino sólo a uno de los puntos controvertidos.⁴⁰

³⁹ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. «El laudo arbitral. Concepto y forma». En *Derecho y Cambio Social*. Lima, 2017, año XIV, n.º 48, extraído de CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, 2014, p. 4.

⁴⁰ VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel. «El laudo parcial y el momento para impugnarlo vía el recurso de anulación». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2009, p. 102.

Ésta es una característica importante y crucial en las pretensiones cuyo fondo tiene una alta complejidad de desarrollo, ya que le permite al árbitro pronunciarse parcialmente sobre las pretensiones, emitir el laudo y continuar con aquéllas que por su naturaleza requieren de un mayor análisis o sustentación técnica.

De manera similar al laudo final, también consideramos que los laudos parciales desde una perspectiva nacional tienen como concepto medular resolver los puntos de controversia, así como también que puedan tener una característica de pluralidad. Sin embargo, un laudo parcial no tendrá la misma característica que un laudo final, a pesar de que ambos pongan de manera definitiva fin a la controversia.

La diferencia entre el laudo final y el laudo parcial radica en la razón de ser de cada laudo, es decir, el laudo final, en principio, tiene el propósito de poner fin a la controversia mediante la unidad del acto arbitral, pero esto puede variar conforme a las actuaciones de las partes con relación a las solicitudes de interpretación, rectificación, integración y exclusión. Este propósito de unidad proviene de la intención del árbitro de poner fin y responder todas las pretensiones del procedimiento arbitral mediante un único laudo. De manera contraria, el laudo parcial no tiene como razón de ser la unidad, ya que la intención de un árbitro al emitir laudos parciales es la de pronunciarse sobre temas de forma o de fondo en diferentes momentos.

En ese sentido, un laudo parcial nunca deberá ser considerado como un laudo final, por más que concluye la controversia. En esta misma línea de razonamiento se encontraba el legislador al determinar que el árbitro puede emitir un laudo final o una serie de laudos parciales distinguiendo y marcando distancias entre las características de cada uno.

Esto no significa que un laudo final está por encima de un laudo parcial ni mucho menos que un laudo parcial pierda las atribuciones que la Ley General de Arbitraje le otorga a un laudo arbitral.

6.3. *Laudo interino*

Citando nuevamente al doctor Castillo Freyre,⁴¹ considera que el concepto de laudo interino constituye un contrasentido debido a que un laudo es definitivo y no interino.

De acuerdo con el doctor Cabanellas,⁴² la definición de interino es la siguiente: ‘Interino. Quien suple o substituye temporalmente la falta de otro en una función, empleo, trabajo o actividad. || Provisional o transitorio’.

Partiendo de la definición de interino, que tiene como característica la temporalidad provisional o transitoria, encontramos ciertas similitudes con las características principales de una medida cautelar.

La provisionalidad es la característica por excelencia de una medida cautelar, ya que tiene una duración limitada y siempre está afecta a la variabilidad del proceso, ya sea por un cambio en la perspectiva del árbitro en la verosimilitud o la emisión del laudo que pone fin al proceso y determina el derecho con certeza. En consecuencia, una medida cautelar no posee la característica de ser definitiva ni mucho menos perpetua, tal como lo señala el artículo 47 de la Ley General de Arbitraje.⁴³

⁴¹ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. *Op. cit.*, p. 3.

⁴² CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, 2003, tomo IV, vigésimo sexta edición, p. 165.

⁴³ Artículo 47.- Medidas cautelares
[...]

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
 - a. Que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia; [...].

En ese sentido, el laudo que otorga una medida cautelar sería un laudo interino por las mismas características que posee una medida cautelar. Sin embargo, este concepto de laudo interino es puramente doctrinario, ya que la legislación peruana no entra en detalles sobre el tipo de laudo que otorga una medida cautelar. De esta manera, sólo se tendría como referencia los dos únicos conceptos que menciona la ley: laudo final y laudo parcial.

Por ello, consideramos que el concepto de laudo interino es más preciso para relacionar al laudo que otorga una medida cautelar.

6.4. *Laudo inhibitorio*

Los *(iv) laudos inhibitorios*, dentro de la práctica del arbitraje nacional, no son laudos que se presentan con frecuencia dada la característica que éstos tienen. Sin embargo, a pesar de ser inusuales, existen dentro de este mecanismo para resolver disputas.

Según Rosas Berastain,⁴⁴ un laudo inhibitorio es aquél que después de haber seguido un proceso arbitral regular, los árbitros señalan que no son competentes para pronunciarse sobre el fondo.

Tiene como origen uno de los principios más importantes del arbitraje, el *kompetenz-kompetenz*, el cual faculta al tribunal arbitral para pronunciarse sobre su propia competencia. Ahora bien, la importancia de la discusión sobre los laudos inhibitorios no radica sobre el significado o concepto de éstos, sino sobre si éstos afectan el derecho y la voluntad de las partes a someterse a un arbitraje.

Esto frente al escenario de haber realizado todo el procedimiento arbitral y que en la parte decisoria el tribunal arbitral lauda en derecho, argumentando la falta de competencia para pronunciarse sobre la mate-

⁴⁴ ROSAS BERASTAIN, Verónica. *Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Segunda parte. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, pp. 45-46.

ria, es decir, que las partes no obtienen una respuesta sobre el conflicto motivo por el cual acudieron en primer lugar a un arbitraje.

7. INCONGRUENCIAS EN EL LAUDO ARBITRAL

¿Es posible en el ejercicio del arbitraje que el tribunal arbitral se pronuncie sobre puntos que no estaban sometidos a su jurisdicción (*extra petita*) o que otorgue más de lo peticionado por las partes (*ultra petita*) u omita pronunciarse sobre algún punto del petitorio (*infra petita*)?

Pues sí, en la práctica del arbitraje es posible que el laudo arbitral contenga alguna diferencia con respecto a las materias que las partes convinieron someter a la jurisdicción arbitral o lo peticionado por las mismas sobre el pronunciamiento final del tribunal arbitral.

A esta relación entre lo peticionado por las partes y la conclusión sobre la materia del tribunal arbitral es denominado por la doctrina como la congruencia del laudo. Según Merino y Chillón, comúnmente se suele entender que la congruencia hace referencia al concepto de correlación entre las pretensiones de las partes y la decisión del tribunal arbitral.⁴⁵

En ese sentido, *a contrario sensu*, nos encontramos frente a una incongruencia cuando no existe una correlación entre la decisión del tribunal arbitral y las pretensiones expresamente determinadas por las partes. A partir de este punto se desprenden tres hipótesis sobre la incongruencia de los laudos arbitrales:

- (i) La incongruencia por omisión de pronunciamiento (*infra petita*).

⁴⁵ CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, tercera edición, p. 659.

(ii) La incongruencia por pronunciamiento de materia no sometida al arbitraje (*extra petita*).

(iii) La incongruencia por otorgar más de lo pedido (*ultra petita*).

Nuestro ordenamiento, a través del Decreto Legislativo n.º 1071, Ley General de Arbitraje, en el artículo 58⁴⁶ estableció dos mecanismos para lidiar ante una situación de esa naturaleza, las solicitudes de *integración* ante un laudo *infra petita* y *exclusión* ante un laudo *extra petita*. A diferencia de otras legislaciones, la peruana no encasilla en un mismo lugar a los laudos *extra petita* con los *ultra petita*, punto que fue sumamente acertado por parte del legislador.

Esto debido a que un laudo *extra petita* no es sinónimo de un laudo *ultra petita*. La diferencia se centra en que un laudo *extra petita* contiene el pronunciamiento del tribunal arbitral sobre una materia o extremo que las partes no decidieron someter a la jurisdicción arbitral y, por

⁴⁶ Artículo 58.- Criterios de priorización social y sectorial

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:
 - a) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
 - b) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitarla interpretación de algún extremo oscuro, impreciso, o dudo expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
 - c) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
 - d) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje. [...].

ende, el tribunal, al pronunciarse sobre este punto extra, estaría excediendo en sus facultades y existiría un vicio subsanable en el laudo arbitral.

Por su parte, en un laudo *ultra petita* el tribunal arbitral sí tiene plena capacidad y jurisdicción para pronunciarse sobre un punto materia de litis, sólo que mediante el análisis de los fundamentos y las valoraciones probatorias el tribunal decide otorgarle a una parte más de lo que ésta puede haber solicitado en el petitorio, situación que no debe ser considerada como vicio en el laudo, ya que los árbitros tienen plenas atribuciones para dictar el laudo de acuerdo a sus consideraciones sobre la materia.

Es por ello que el legislador no contempló un mecanismo para que el propio tribunal arbitral revise su decisión cuando nos encontramos frente a un laudo *ultra petita* y, como consecuencia, no cabría el recurso de anulación contra un laudo que otorga a la parte ganadora más de lo que ha solicitado, ya que tampoco atenta contra alguna de las causales establecidas en el artículo 63⁴⁷ de la Ley General de Arbitraje y, por

⁴⁷ Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
 - b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
 - d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
 - e) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

consecuencia, la tutela jurisdiccional ordinaria no debería considerarlo *contra legem*.

8. LA CULTURA DEL NO PAGO

Una vez emitido el laudo arbitral que pone fin a la disputa, todos esperamos que sea cumplido por la parte perdedora, tanto más si es el Estado (ministerios, gobiernos regionales, municipalidades, etcétera). Sin embargo, el Estado es el primero en no cumplir con lo que ordenan los laudos.

Es así que no es lo mismo cobrarle al Estado peruano que a un privado. ¿Acaso la pérdida de efectividad de cobrarle al Estado peruano desnaturaliza el propio procedimiento arbitral? Más aún teniendo en cuenta que el Estado peruano a lo largo de su historia republicana ha mantenido una «cultura de no pagar» las obligaciones asumidas.

El Estado peruano ha mantenido una conducta irresponsable de falta a las obligaciones de pago plenamente asumidas y que consideramos no sólo perjudicial desde un punto superficial como imagen estatal, sino también desde un punto más profundo que involucra el propio desarrollo del Estado peruano.

Nuestro ordenamiento hace referencia a esta «cultura de no pago» mediante la Ley n.º 30137, Ley que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales.⁴⁸

f) Que según de las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral [...].

⁴⁸ Publicada el 27 de diciembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

Se puede observar en el artículo 1 (objeto de la ley)⁴⁹ que el legislador determinó que el objetivo de dicha norma es la de «reducir costos al Estado», estableciendo un criterio de «prelación» dentro de la priorización de pagos en el artículo 2,⁵⁰ es decir, que el Estado deberá cumplir con pagar las sentencias con calidad de cosa juzgada, siguiendo un criterio de a) materia de la sentencia; b) característica del acreedor; y c) monto de la acreencia, determinando también dentro de las «características del acreedor», (i) la fecha de notificación; y (ii) la edad del acreedor.

Criterios absurdos que no sólo vulneran directamente la Constitución, sino también indirectamente determinan una diferencia entre las sentencias que ostentan la calidad de cosa juzgada, cuando jurídicamen-

⁴⁹ Artículo 1.- Objeto de la ley

La Ley tiene por objeto establecer criterios de priorización para el pago de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada para efectos de reducir costos al Estado, conforme a lo dispuesto en la sexagésima novena disposición complementaria final de la Ley 29812, Ley de presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012.

⁵⁰ Artículo 2.- Criterios de priorización social y sectorial

2.1. Los pliegos cumplen con efectuar el pago por sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada en función a los criterios legales:

1. Materia laboral.
2. Materia provisional.
3. Víctimas en actos de defensa del Estado y víctimas por violaciones de derechos humanos.
4. Otras deudas de carácter social.
5. Deudas no comprendidas en los numerales precedentes.

[...]

2.2. Cada pliego aplica los criterios dispuestos en el numeral 2.1 para determinar el orden de prioridad y, considera además, aspectos tales como la fecha de notificación, edad de los acreedores y los montos de obligación, en ese orden. Asimismo, luego de efectuado lo anterior, se prioriza a los acreedores individuales cuyo saldo de acreencia sea menos o igual a las 5 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), luego a los acreedores cuyo saldo de acreencia sea de mayor de 5 y hasta 10 Unidades Impositivas Tributarias (UITs).

[...].

te no tienen ninguna diferencia. Situación que no sólo alimenta a esta «cultura de no pago» al establecer un orden bajo criterios sumamente irrazonables y desiguales que lo único que tendrían por objeto sería el realizar un pago de manera ineficaz para aquellas personas que tienen una acreencia legítima contra el Estado peruano, sino que también permite a la autoridad decidir directamente qué sentencias paga y qué otras difiere o paga por partes.⁵¹

Siendo así que en diciembre de 2013 el Colegio de Abogados de Ica inició un proceso de inconstitucionalidad en el tribunal constitucional contra dicha ley.⁵² Sin embargo, a pesar que el expediente ha quedado expedito para ser resuelto, el Tribunal Constitucional todavía no se pronuncia.

En ese sentido, la pregunta que se desprende de todo lo que hemos abordado hasta el momento es si el Estado peruano obliga mediante el artículo 45.1 de la Ley de Contrataciones del Estado⁵³ a someterse a arbitraje a los contratistas, ¿por qué cuando se emite y notifica a las partes a través del Seace con el laudo arbitral no se cumple lo dispuesto?

Es absurdo que los contratistas sometan la controversia a arbitraje por determinado tiempo y obtengan un laudo arbitral a su favor y, finalmente, el Estado peruano ponga trabas para que se ejecute.

⁵¹ VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel. *La cultura estatal del no pago. El caso de los bonos de la reforma agraria, y la inexplicable intervención de Tribunal Constitucional 12 años después de haber expedido sentencia*. Lima: Palestra, 2014, p. 373.

⁵² VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel. «Los bonos de la deuda agraria: ¿cultura del no pago?». *Advocatus*. Lima, 2014, p. 506.

⁵³ Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual
45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje *ad hoc*. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje. [...].

Prueba de las trabas que pone el Estado peruano para ejecutar las sentencias, así como los laudos arbitrales en su contra es la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto⁵⁴ que dispone en su artículo 70⁵⁵ que para el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada —esto también se aplica para los laudos arbitrales— se afecta hasta el cinco por ciento (5%) o hasta un mínimo de tres por ciento (3%), según sea necesario, de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) de la entidad contra la cual se pretende ejecutar el laudo.

Peor aún es lo que señala el mismo artículo 70 de la ley mencionada, pues indica que los requerimientos de pago que superen los fondos públicos señalados (5% o un mínimo de 3%) se atenderán con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco (5) años fiscales subsiguientes.

Esta disposición dificulta la ejecución eficiente del laudo arbitral, pues el contratista tendrá que pasar por un trámite engorroso durante meses e incluso años a fin de satisfacer sus acreencias. De esta manera se desvirtúa uno de los beneficios más resaltantes de recurrir a sede arbitral, esto es, la celeridad del proceso.

⁵⁴ Decreto Supremo n.º 304-2012-EF, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2012.

⁵⁵ Artículo 70.- Pago de sentencias judiciales

70.1 Para el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, se afecta hasta el cinco por ciento (5%) o hasta un mínimo de tres por ciento (3%), según sea necesario, de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA), con excepción de los fondos públicos correspondientes a las fuentes de financiamiento Donaciones y Transferencias y Operaciones Oficiales de Crédito Interno y Externo, la reserva de contingencia y los gastos vinculados al pago de remuneraciones, pensiones y servicio de tesorería y de deuda. Esta norma comprende, entre otros, la atención de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada por adeudos de beneficios sociales. [...].

Es así que esta forma de actuar del Estado peruano desincentiva que los inversionistas quieran invertir en el Perú, lo cual genera que la economía nacional se atrase y, a causa de ello, la pobreza crezca.

9. CONCLUSIONES

El laudo arbitral es la resolución de contenido jurídico emitida por los árbitros que ponen fin al proceso arbitral y a la controversia que ha sido sometida a arbitraje, ya sea amparando o no la pretensión de la parte demandante o reconviniente. El contenido del laudo arbitral puede ser dividido en tres partes, siendo éstas la expositiva, considerativa y la resolutoria.

Cabe resaltar que el laudo arbitral tiene que estar motivado, de tratarse de un arbitraje de derecho, como en la materia de contrataciones del Estado. Asimismo, el laudo arbitral tiene formalidades que exige el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley General de Arbitraje, como constar por escrito y ser firmado por los árbitros.

Así, dentro de las características del laudo arbitral tenemos que es definitivo, sin que esto nos lleve al engaño, pues es posible que alguna de las partes interponga el recurso de anulación de laudo; es vinculante, obligatorio y dispositivo. De esta manera, el laudo arbitral que se emita en el marco de las contrataciones del Estado tiene que estar sustentado en derecho.

Asimismo, la notificación del laudo arbitral en el marco de las contrataciones del Estado es fundamental y de especial relevancia para su eficacia. Ésta estará sujeta a que se realice a través del Seace.

Cabe tener en cuenta las características particulares del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNA) que organiza

y administra el OSCE, pues se trata de un régimen institucional de arbitraje.

En suma, si bien se desarrolla todo un sistema para que el arbitraje en contrataciones del Estado sea transparente, célere y conforme a ley, esto no se contrasta con otros dispositivos legales como la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, que dificultan que se ejecute eficazmente el laudo arbitral que se obtenga contra el Estado y hace que el mismo incurra de manera permanente en el no pago, haciéndose este tipo de comportamientos una cultura que caracteriza al Estado peruano.

CAPÍTULO V

MATERIAS RECURRENTES EN ARBITRAJES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

AMPLIACIONES DE PLAZO EN OBRAS

*Carlos Antonio López Avilés**

El presente artículo se ha redactado tomando como base legal la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE) Ley n.º 30225 modificada con el Decreto Legislativo n.º 1341 y su Reglamento (en adelante, RLCE), aprobado con Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, modificado con Decreto Supremo n.º 055-2017-EF, y se refiere a la ampliación de plazo en los contratos de obra suscritos bajo la Ley de Contrataciones del Estado.

1. DERECHO A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO EN LA LCE

En términos generales, una ampliación de plazo está regulada normativamente en el artículo 34.5 de la LCE y en los artículos 169 a 172 del RLCE. La LCE señala:

34.5 El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente

* Ingeniero civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú con más de 40 años de experiencia. Se ha dedicado a la ejecución y consultoría de obras, así como a labores académicas. Actualmente, ve temas de solución de controversias como árbitro, perito y miembro de juntas de resolución de disputas.

comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

De aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados. El procedimiento para determinar los gastos generales es establecido en el reglamento.

Este artículo señala la posibilidad que tiene el contratista de solicitar la ampliación del plazo pactada originalmente, o del que hubiera sido ampliado con anterioridad, pero siempre y cuando ocurra un atraso o una paralización por causas ajenas a su voluntad. Agrega dos condiciones más, luego desarrolladas en el RLCE: que la causal esté debidamente comprobada y que produzca una modificación del plazo contractual.

El mismo artículo señala que la ampliación de plazo que se apruebe tendrá efectos económicos que se deben de reconocer al contratista, los «gastos y/o costos» incurridos, siempre que sean debidamente acreditados.

El RLCE identifica los «gastos» con los mayores gastos generales variables, y los «costos» con mayores costos directos originados, ambos, por la ampliación de plazo.

En estos dos casos, la determinación del mayor plazo y de los mayores gastos y/o costos se hace según lo dispone el RLCE en los ya citados artículos 169 a 172.

2. CAUSALES DE AMPLIACIÓN DE PLAZO EN EL RLCE

Las denominadas causales de ampliación de plazo están identificadas en el artículo 169 del RLCE vigente:

Artículo 169.- Causales de ampliación de plazo

El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a su voluntad, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
3. Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados que no provengan de variaciones del expediente técnico de obra, en contratos a precios unitarios.

Es interesante resaltar que las causales ahora consideradas en el RLCE han cambiado respecto de las consideradas en la versión 2012 del RLCE, aprobado con Decreto Supremo n.º 138-2012-EF que decía:

Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.

4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

Como se puede apreciar, de cuatro causales se ha pasado a tres. Las causales 1, 2 y 3 del RLCE versión 2012 se han integrado en la causal 1 del RLCE versión 2015. La causal 4 del RLCE versión 2012 ha pasado a ser la causal 2 del RLCE versión 2015, aunque con una redacción más precisa y se ha incorporado una nueva causal, la número 3 en el RLCE versión 2015, que antes no existía.

Respecto de la causal 1 del RLCE versión 2015, es necesario diferenciar si se está en una situación de atraso (obra que toma más tiempo, pero sin interrumpirse) o una situación de paralización (toda la obra está paralizada), ya que la forma de hacer la determinación de los mayores gastos generales variables depende de ello.

La nueva redacción de la actual causal 2 se debe a que antes se establecía como causal el hecho de que se aprobara una prestación adicional. La redacción actual considera que la causal es la necesidad de un plazo adicional para ejecutar la prestación adicional, y esto es técnicamente lo correcto.

La nueva causal 3 vigente se ha incorporado ya que en el párrafo 175.10 de la actual versión del RLCE los mayores metrados en contratos a precios unitarios, que no provienen de una modificación del expediente técnico, no son más considerados prestaciones adicionales que requieran aprobación previa de ejecución (por lo que no caen bajo el supuesto de la causal 2 actual); pero, sin embargo, sí pueden requerir de un tiempo de ejecución que puede conllevar una ampliación de plazo.

175.10. Cuando en los contratos previstos en el párrafo anterior se requiera ejecutar mayores metrados no se requiere autorización previa para su ejecución, pero sí para su pago; el encargado de autorizar el pago es el titular de la entidad o a quien se le delegue

dicha función. Para la aplicación de lo establecido en el presente párrafo el monto acumulado de los mayores metrados y las prestaciones adicionales de obras, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no puede superar el quince por ciento (15%) del monto del contrato original. El monto a pagarse por la ejecución de estos mayores metrados se computa para el cálculo del límite para la aprobación de adicionales, previsto en el segundo párrafo del numeral 34.3 del artículo 34 de la Ley.

Al solicitarse una ampliación de plazo, el contratista debe identificar en cuál de las causales señaladas en el artículo 169 se basa su solicitud.

3. CONSIDERACIONES TÉCNICAS PARA LA AMPLIACIÓN DE PLAZO

La LCE dispone que la ampliación de plazo corresponde ser otorgada cuando se modifique el plazo contractual de acuerdo con lo que establezca el Reglamento. El RLCE dispone ello en su artículo 170.1 cuando señala que la ampliación de plazo se producirá cuando se afecta la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, señalando el detalle del riesgo no previsto y su efecto y los hitos afectados o no cumplidos.

Artículo 170.- Procedimiento de ampliación de plazo

170.1. Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, el contratista, por intermedio de su residente debe anotar en el cuaderno de obra, el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo y de ser el caso, el detalle del riesgo no previsto, señalando su efecto y los hitos afectados o no cumplidos. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, el contratista o su representante legal solicita, cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.

Se tiene entonces varios conceptos a tomar en cuenta:

- a) Programa de ejecución de obra y calendarios de avance de obra valorizado.
- b) Ruta crítica y su afectación.
- c) Riesgos no previstos y sus efectos.
- d) Hitos.
- e) Efectos económicos de la ampliación de plazo

3.1. El Programa de Ejecución de Obra y el Calendario de Avance de Obra Valorizado

El RLCE, en su Anexo de Definiciones señala:

Programa de Ejecución de Obra: Es la secuencia lógica de actividades constructivas que deben realizarse en un determinado plazo de ejecución, la cual debe comprender todas las actividades aun cuando no tengan una partida específica de pago, así como todas las vinculaciones entre actividades que pudieran presentarse.

El Programa de ejecución de obra debe elaborarse aplicando el método CPM.

Cronograma de Avance de Obra Valorizado: Expresión en términos económicos de los avances ejecutados en la obra, de acuerdo al período de valorización previsto; la cual se obtiene a partir del programa de ejecución de obra, de las partidas y metrados contratados y la aplicación de los montos correspondientes según el sistema de contratación empleado.

Si bien en el anexo de definiciones figura el término «Cronograma de Avance de Obra Valorizado», en todo el resto del RLCE se hace referencia al «Calendario de Avance de Obra Valorizado», siendo ambos lo mismo.

Tal como indica el RLCE, concordando con las técnicas de gestión de obras, el Programa de Ejecución de Obras (PEO) se hace a partir de

la lógica de las actividades constructivas, mientras que el Calendario de Avance de Obra Valorizado (CAOV) se obtiene a partir de la expresión en dinero de las actividades constructivas considerando las partidas del presupuesto que las pagan, cálculo que se hace por periodos determinados correspondientes a los periodos de valorización de obra.

La explicación de este proceso es la siguiente:

- Se programa la ejecución de una obra, determinando las actividades que se deben de ejecutar para cumplir con el contrato y la secuencia lógica de ejecución de éstas.
- Se calcula la duración que dichas actividades van a tener y se establece el orden o secuencia en que se deben realizar. Esta programación se hace, de acuerdo con el RLCE, aplicando la técnica CPM (CPM = Critical Path Method o Método de la Ruta Crítica) y no cualquiera otra de las técnicas de programación existentes.
- Para calcularse la duración de cada actividad no sólo intervienen los rendimientos que se usaron en los análisis de precios, sino también otras consideraciones tales como número de cuadrillas, orden secuencial de actividades, turnos de trabajo, tiempos de espera propios del proceso constructivo, etcétera. Esto es muy importante de tenerse en cuenta ya que el rendimiento de la actividad programada generalmente es distinto a los rendimientos de los análisis de precios, que son rendimientos de partidas y no de actividades. La implicancia de esto es que, cuando se evalúa la afectación en el tiempo de las actividades debido a las causales se debe hacer en función al rendimiento de la actividad en el PEO y no al rendimiento de las partidas en los análisis de costos. Para determinar el rendimiento de cada actividad del PEO se divide la cantidad de obra de la actividad (expresada en m^2 , m^3 , kg, etcétera) entre el plazo de la misma,

el cual se encuentra por diferencia entre la fecha de término y la fecha de inicio de cada actividad determinadas en el PEO bajo la técnica CPM; esta diferencia se expresa en días (d) de manera que el rendimiento estará expresado en m^2/d , m^3/d , kg/d , etcétera.

- Las actividades se «programan en el tiempo» y esta programación se ajusta de manera que el plazo total programado coincida con el plazo de ejecución contratado. Hasta este punto se obtiene la «programación» y quedan definidas las fechas de inicio y término de todo el PEO y de cada actividad en particular.
- Al hacer la programación se debe tener en cuenta que existen actividades constructivas cuyo costo no tiene una partida específica de pago, pero que, sin embargo, forman parte de otras partidas de pago. Por ejemplo, el costo en que se incurre para montar una planta dosificadora de concreto en la obra no tiene una partida específica de pago, sino que se incluye un monto en cada partida de pago de concreto. Así se tendría que la programación de la actividad «Montaje de planta dosificadora» se hará al inicio de la obra, pero se cobrará vía partidas de concreto, cuando se coloque concreto más adelante.
- Una vez definida la programación se colocan fechas al programa, correspondiendo el día 1 a aquél que se deriva de lo previsto en el artículo 152 del RLCE. Se obtiene así el Calendario de Avance de Obra. Se puede decir entonces que:

Programa de Ejecución de Obra + Fechas = Calendario de Avance de Obra

- De esta manera lo que se tiene es la programación de las actividades en el mes calendario que se van a ejecutar a lo largo del plazo de obra.

- Como las actividades tiene un valor económico expresado a través de las partidas de obra, se valorizan en dinero dichas actividades y se agrupan y totalizan los montos por meses calendarios (o periodos de valorización, si fueran diferentes a meses) y tenemos así el Calendario de Avance de Obra Valorizado.

Calendario de Avance de Obra + Partidas = Calendario de Avance de Obra Valorizado

- Mientras no se haya aprobado ninguna ampliación de plazo, el primer Calendario de Avance de Obra Valorizado que se presentó a la firma del contrato y el correspondiente Programa de Ejecución de Obra en que se basa (artículo 151 del RLCE) serán el CAO V vigente y el PEO vigente, los cuales sólo podrán ser actualizados conforme al artículo 170.6 del RLCE, cuando se apruebe una ampliación de plazo, convirtiéndose una vez aprobado en el nuevo CAO V y PEO vigentes.

4. LA RUTA CRÍTICA Y SU AFECTACIÓN

El Project Management Institute (PMI®) define en el PMBOK, sexta edición el Método de la Ruta Crítica de la siguiente manera: «La ruta crítica es la secuencia de actividades que representa el camino más largo de un proyecto, lo cual determina la menor duración posible del mismo».

6.5.2.2. Método de la ruta crítica

El método de la ruta crítica se utiliza para estimar la mínima duración del proyecto y determinar el nivel de flexibilidad en la programación de los caminos de red lógicos dentro del modelo de programación. Esta técnica de análisis de la red del cronograma calcula las fechas de inicio y finalización, tempranas y tardías, para todas las actividades, sin tener en cuenta las limitacio-

nes de recursos, y realiza un análisis que recorre hacia adelante y hacia atrás toda la red del cronograma como muestra el gráfico 6-16. En este ejemplo, el camino más largo incluye las actividades A, C y D, y por lo tanto, la secuencia A-C-D constituye la ruta crítica. La ruta crítica es la consecuencia de actividades que representa el camino más largo a través del proyecto, lo cual determina la menor duración posible del mismo. La ruta más larga tiene la menor holgura total —generalmente cero—. Las fechas de inicio y finalización tempranas y tardías resultantes no constituyen necesariamente el cronograma del proyecto, sino que más bien indican los periodos dentro de los cuales se podrían llevar a cabo actividades, relaciones lógicas, adelantos, retrasos y otras restricciones conocidas. El método de la ruta crítica se utiliza para calcular la(s) ruta(s) crítica(s) y el nivel de holgura total y libre o flexibilidad de la programación en los caminos de red lógicos dentro del modelo de programación¹.

Como parte de esta definición incluimos el significado de *ruta crítica* y *actividad de la ruta crítica* también denominada *actividad crítica*, incluidas en el PMBOK:

Actividad de la Ruta Crítica / Critical Path Activity. Cualquier actividad que se encuentre en la ruta crítica de un cronograma del proyecto.

Ruta Crítica / Critical Path. Secuencia de actividades que representa el camino más largo a través de un proyecto, lo cual determina la menor duración posible.²

De acuerdo con estas definiciones se puede llegar a la conclusión que una afectación a una actividad crítica incide directamente en la ruta crítica y, por lo tanto, en el plazo previsto de ejecución.

¹ Extracto de PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. *Guía del PMBOK*. Newtown Square, PA: Project Management Institute, 2017, sexta edición.

² *Ibidem*.

Tratándose la ruta crítica de «la secuencia de actividades que representa el camino más largo de un proyecto, lo cual determina la menor duración posible del mismo» se llega a la conclusión que la extensión del tiempo del proyecto será igual al número de días de la afectación en la actividad crítica.

Lo anterior es totalmente concordante con la definición de ruta crítica que consta en el Anexo de Definiciones del RLCE de la siguiente forma:

Ruta Crítica del Programa de Ejecución de Obra: Es la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra.

Esta definición del RLCE es importante de tomarla en cuenta ya que se suele pensar, con error, que cuando hay adelanto en los montos valorizados (medidos en el CAO V) entonces habría adelanto en la ejecución, lo que no necesariamente es cierto, y ello es un argumento que se ha usado para señalar que ante el supuesto adelanto no sería necesario un plazo adicional para concluir la ejecución de la obra. Esto no es correcto.

Para fines de evaluar una ampliación de plazo lo que importa es la ejecución de las actividades críticas y no el estado de adelanto o atraso económico de la valorización de las actividades que se han ejecutado medidas en el CAO V. Si hay un proceso de solicitud de ampliación de plazo es porque las actividades *críticas* (que son las que generan la necesidad del plazo adicional) no se han podido ejecutar de acuerdo con el PEO independientemente de su valor económico. Es posible estar adelantado en lo económico si se han ejecutado partidas no críticas de alto costo y a la vez estar atrasado en lo físico al no haberse ejecutado partidas críticas de bajo valor económico. Lo resaltante para la ampliación de plazo es la situación de avance físico y no económico.

Para cuantificar la ampliación de plazo lo que se debe de determinar es: (1) lo que ha sucedido (las causales); (2) que actividades del PEO se han visto afectadas; (3) precisar si esas actividades son o no parte de la ruta crítica; (4) la naturaleza de la afectación (normalmente puede ser demora en el inicio de la actividad o impacto en el rendimiento previsto, que ocasiona mayor tiempo de ejecución de la actividad); (5) se hace el recálculo de la ruta crítica impactada; (6) se determina la nueva fecha prevista de terminación por causa del impacto; (7) finalmente, por diferencia entre la nueva fecha prevista de terminación y la que constaba en el PEO vigente al momento de la causal, es que se obtendrán los días a ampliar el plazo.

5. LOS RIESGOS

Un riesgo es un evento de condición incierta que, de suceder, va a tener impacto en por lo menos uno de los objetivos del proyecto. Los impactos pueden ser positivos o negativos. Los riesgos de un proyecto se ubican siempre en el futuro. Un riesgo puede tener una o más causas y uno o más impactos.

Los riesgos del proyecto tienen su origen en la incertidumbre. Los riesgos conocidos o previsibles son aquéllos que han sido identificados, analizados y asignados en el expediente técnico y en el contrato de obra. Otros riesgos serán los desconocidos o no previstos.

La LCE en su artículo 32.2 señala que «En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación. Dicho análisis forma parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento».

Por su parte, el RLCE precisa en su artículo 8.2 que

Para la contratación de obras, la planificación debe incluir la identificación y asignación de riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución, así como las acciones y planes de intervención para reducirlos o mitigarlos, conforme a los formatos que apruebe el OSCE.

El análisis de riesgos implica clasificarlos por niveles en función

a:

- (i) su probabilidad de ocurrencia y
- (ii) su impacto en la ejecución de la obra.

Se confirma en el RLCE en el artículo 116.3: «Tratándose de los contratos de obra deben incluirse, además, las cláusulas que identifiquen los riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución de la obra y la determinación de la parte del contrato que debe asumirlos durante la ejecución contractual».

Para pronunciarse sobre la solicitud de ampliación de plazo, recordando lo indicado en el artículo 170.1 del RLCE, se debe confirmar si la causal ha sido o no ocasionada por un riesgo no previsto en el expediente técnico y si el mismo no estaba asignado al contratista.

6. HITOS

Si bien el concepto de «hitos» ha sido incorporado en la LC y el RLCE, sin embargo, no se ha incluido una definición del términos ni detalles sobre su utilización en un PEO.

En la programación de obra se considera que un hito es un punto de referencia que marca un evento importante de un proyecto y se usa para supervisar el progreso del proyecto. Un hito generalmente se establece cuando en un PEO es importante destacar un evento cuyo cum-

plimiento es importante para permitir la continuación de otras actividades que incluso pueden provenir de fuera del contrato. Por ejemplo, un hito se puede definir como «Bases de concreto listas para recibir las turbinas». Las bases de concreto son obligación del contratista a cargo de la obra, pero el montaje de las turbinas puede ser parte de otro contrato que el propietario tiene con el fabricante. El punto de contacto entre ambos contratos se puede definir como un hito del contrato. Dentro del propio contrato, un hito puede marcar, por ejemplo, terminaciones parciales que, incluso, pueden conllevar a recepciones parciales.

Lo importante es que en el PEO y en el expediente técnico los eventos que serán considerados hitos para efectos contractuales relacionados con ampliaciones plazo estén perfectamente identificados y descritos. No debe quedar dudas de qué condiciones deben de cumplirse para considerarse si el hito se ha alcanzado o no, o, por otro lado, si se ha visto afectado o no.

7. EFECTOS ECONÓMICOS DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO

Los efectos económicos de la ampliación de plazo están previstos en la LCE en el segundo párrafo del artículo 34.5

De aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados. El procedimiento para determinar los gastos generales es establecido en el reglamento.

El RLCE establece en el artículo 171 lo siguiente en cuanto a los mayores costos y/o gastos:

Artículo 171.- Efectos de la modificación del plazo contractual

171.1. Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra dan lugar al pago de mayores costos directos y los gastos generales

variables, ambos directamente vinculados con dichas ampliaciones.

Los costos directos deben encontrarse debidamente acreditados y formar parte de aquellos conceptos que integren la estructura de costos de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

Los gastos generales variables se determinan en función al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

Como parte de los sustentos se requiere detallar los riesgos que dieron lugar a la ampliación de plazo.

171.2. En el supuesto que la reducción de prestaciones genere la reducción del plazo de ejecución contractual, los menores gastos generales se deducen de la liquidación final del contrato.

171.3. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad debe ampliar el plazo de los otros contratos que hubiera celebrado que se encuentren vinculados directamente al contrato principal.

Como se puede colegir de este artículo, hay varias modalidades de cálculo según se trate de la causa de la ampliación de plazo:

- a) Si la causa de la ampliación de plazo es un atraso en el PEO, entonces el mayor gasto general variable se calcula de acuerdo

con el tercer párrafo del artículo 171 mediante el cálculo del gasto general variable diario. El gasto general variable diario se obtiene de dividir los gastos generales variables del presupuesto original entre el número de días del plazo original. Como el monto del contrato original corresponde a la fecha de vigencia del valor referencia se debe actualizar a la fecha de la causal aplicando la relación de Índices de Precios al Consumidor entre ambas fechas, la del valor referencial y la de la causal.

- b) Si la causa de la ampliación de plazo es la necesidad de un plazo para la ejecución de una prestación adicional, el gasto general variable del presupuesto de la prestación adicional de haberse calculado tomando esto en consideración. En tal caso, el gasto general del presupuesto adicional es el que corresponde a la ampliación de plazo.

Los párrafos 175.9 y 175.11 del RLCE disponen que al formular un presupuesto adicional se debe hacer el análisis correspondiente de los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional:

175.9. En los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra se formulan con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual debe realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia el análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

175.11. En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra se formulan 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 debe realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los montos asigna-

dos 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.

Sobre este punto hay, sin embargo, una dificultad técnico-normativa que consiste en el hecho de que cuando se calcula el presupuesto de la prestación adicional no se sabe necesariamente si la misma se va a ejecutar o no total o parcialmente en plazo ampliado. Esta situación debe ser debidamente evaluada cuando se procese un pedido de reconocimiento de mayores gastos generales por prestaciones adicionales.

- c) Si la causa de la ampliación de plazo ha sido una paralización de la obra (ningún trabajo fue ejecutado), el RLCE exige que los mayores gastos generales variables deban ser acreditados y corresponder a la estructura de costos de gastos generales variables de la oferta del contratista (para los contratos a precios unitarios) o del valor referencial (para los contratos a suma alzada).

Para los contratos a precios unitarios la correspondencia con la estructura de costos de la oferta no es problema para el contratista, ya que él mismo fue quien estableció dicha estructura en su oferta. Sin embargo, en los contratos a suma alzada, como se debe usar la estructura de costos del valor referencial, que fue determinada por la entidad, es importante que los postores se aseguren que el valor referencial en el rubro gastos generales variables contengan todos los rubros necesarios, ya que de no hacerlo podría verse perjudicado el derecho al resarcimiento de determinados costos por el hecho de que la entidad no los consideró, impropriamente, en el valor referencial. Procedería en ese caso observar las bases en lo que corresponde al valor referencial, que es materia observable.

La acreditación se hará, en primer lugar, con documentos contables, sin embargo, ciertos rubros de la estructura de gastos generales variables podrían acreditarse analíticamente como, por ejemplo, el costo de oficina central, costos financieros asociados a flujo de caja, etcétera. También debe tenerse presente en la acreditación que el concepto de gasto se haya generado porque la ampliación de plazo se ha producido, esto es, no se considerarán gastos que de todas maneras se hubieran producido aún sin ampliación de plazo. Finalmente, los costos de cada rubro si bien no necesariamente deben ser los mismos del presupuesto, si deben ser razonablemente cercanos.

- d) Los mayores costos directos incurridos que se pueden acreditar para lograr su recuperación debido a la ampliación de plazo son los que están relacionados a pérdidas de productividad para la mano de obra y los equipos de construcción, o a pérdidas de materiales que pueden haber visto perjudicada su vida útil y que por ello se deban de desechar. La pérdida de productividad se refleja en horas hombre u horas máquina que se han consumido sin la respectiva producción. Como el cobro se hace aplicando la partida de pago a la cantidad de partida producida si esta cantidad no aumenta, pero si aumenta el plazo de ejecución de la actividad por la ampliación de plazo tendremos que ha habido consumos mayores de horas hombre o de horas máquina no remunerados por el precio unitario.

Para determinar cuántas horas en exceso son las que se acreditan para su recuperación, la industria de la construcción ha desarrollado varios métodos, siendo el principal de ellos el de la «milla medida» (*measured mile* es su nombre en inglés y como se puede encontrar en la literatura). La milla medida compara los rendimientos obtenidos realmente por el contratista en obra en un periodo no impactado (sin interrupciones) frente a los que obtuvo en un periodo impactado. Se asume que el primero de

ellos es el mejor rendimiento que el contratista pudo obtener realmente (sin interesar los rendimientos de sus análisis de precios, ya que pudieran estar errados) y el segundo de ellos se asume es el peor rendimiento por causa de las interrupciones. La diferencia de ambos es la pérdida de productividad.

Esta metodología tiene ciertos requisitos que se deben de observar para que la medición que producen sea aceptable: (1) debe hacer un periodo no impactado de duración aceptable, alrededor de 1/10 del plazo total, por lo menos; (2) que la información de consumos y producción provenga de cuentas contemporáneas a la ejecución y que se encuentren validadas mediante procesos de control de costos debidamente implantados; (3) que los rendimientos a obtener correspondan a actividades sensiblemente comparables o semejantes, para evitar comparaciones incorrectas.

A estas horas así encontradas se las valoriza por el valor del costo del ahora hombre, para el caso de la mano de obra y para las horas máquina por el valor del costo de posesión que es una parte de la tarifa de alquiler que está constituida por la suma del costo de posesión y el costo de operación de cada equipo.

DISRUPCIÓN E IMPRODUCTIVIDAD

Billy Franco Arias^{***}

INTRODUCCIÓN

Resulta sugerente descubrir que la idea detrás de un reclamo por disrupción puede rastrearse hasta los tiempos bíblicos.¹ En efecto, muchos recordaremos sin mayor dificultad el episodio, recogido en el libro de Éxodo, en que Moisés le requirió al Faraón que dejara al pueblo hebreo salir al desierto a celebrar la fiesta de Yahvé. Pero el Faraón, además de negarse a ese pedido, decidió castigar a dicho pueblo por su supuesta holgazanería, de la manera recogida en Éxodo 5, 6-9:

Aquel mismo día ordenó el Faraón a los capataces del pueblo y a sus comisarios, diciendo: «No volveréis a dar paja al pueblo para fabricar adobes, como hasta ahora; vayan ellos y recójanse la paja; pero les exigiréis la misma cantidad de adobes que hacían hasta ahora; no les rebajéis nada, pues son unos vagos, y por eso claman diciendo: «¡Queremos ir a ofrecer sacrificio a nuestro Dios!». Agravad el trabajo a esa gente para que estén ocupados y no se entretengan con embusteras palabras».

* Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado senior de DLA Piper Perú.

** El autor agradece la colaboración de Renato Higa Griffin en la investigación que sirvió de base para la elaboración del presente capítulo.

¹ JONES, Reginald. «Lost productivity: Claims for Cumulative Impact of Multiple Change Orders». *Public Contract Law Journal*. Fall 2001, vol. 31, n.º 1, p. 16.

El agravamiento del trabajo de los obreros israelitas, que pasaron a tener que procurarse ellos mismos la paja necesaria para fabricar adobes y que, a pesar de ello, debían cumplir con la misma dotación de bloques para un determinado plazo, es un caso ejemplar del tipo de problemática que es catalogada en el derecho de la construcción de nuestros tiempos como «disrupción».

En el presente capítulo nos ocuparemos de presentar: un marco teórico amplio y general respecto a la definición de esta institución jurídica (precisando su relación con la noción de retraso); los diversos requerimientos que la doctrina y la jurisprudencia internacional exigen para el reconocimiento de una compensación o resarcimiento en virtud suyo (sin perjuicio de detenernos en el caso peruano, con especial énfasis en la revisión del marco ofrecido por las normas de contratación pública nacional); y, finalmente, los numerosos métodos de cálculo de la pérdida de productividad que determina la disrupción, añadiendo algunas recomendaciones pragmáticas para su implementación exitosa.

En la medida que gran parte del desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre este tema se ha efectuado en idioma inglés, este capítulo recurre de manera profusa a la consideración e integración de numerosas fuentes bibliográficas y hemerográficas en ese idioma, en traducciones libres realizadas por el autor de este capítulo.

1. PRIMERA PARTE: ALREDEDOR DE LA DEFINICIÓN DE DISRUPCIÓN

1.1. Nociones básicas

En general, una disrupción es un evento que impide a un contratista completar su trabajo tal como éste fue planeado.² Se trataría de todo

² HOWICK, Susan; ACKERMANN, Fran; EDEN, Colin y WILLIAMS, Terry. «Delay and Disruption in Complex Projects». En *Encyclopedia of Complexity and Systems Science*. MEYERS, Robert (editor). Berlin: Springer, 2017, p. 4.

cambio a la metodología de ejecución del contrato o la secuencia planeada de trabajo del contratista prevista al momento que el proyecto fue licitado, que le impide al contratista ejecutarlo realmente de esa manera.³

Según una definición ampliamente extendida, formulada por la Society of Construction Law de Gran Bretaña (a la que nos referiremos en este capítulo como la sociedad) en su Delay and Disruption Protocol, de febrero de 2017, se trata de cualquier perturbación, obstáculo o interrupción al regular método constructivo que hubiera adoptado el contratista, resultando en una menor productividad o eficiencia en la ejecución de determinadas actividades contractualmente previstas.⁴

Debido a la disrupción, estas actividades no pueden ser llevadas a cabo tan eficientemente como fue razonablemente planeado⁵. La pérdida y el gasto resultantes de este detrimento en la productividad podrán ser resarcidos allí donde el evento disruptivo haya sido responsabilidad de la otra parte del contrato.⁶

En un amplio reporte preparado para la consultora Hill International, Inc. en enero de 2011 por su vicepresidente, Derek Nelson, se destaca que la noción de productividad es tan intrínseca a la definición de disrupción que todo reclamo que involucra el menoscabo a la productividad de un proyecto es frecuentemente conocido como un reclamo

³ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 6.

⁴ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Delay and Disruption Protocol*. February 2017, second edition, p. 9. Disponible en <<https://goo.gl/uDB2Gx>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

⁵ Ello en la medida que, de acuerdo a Molineaux, «[l]a regla básica es que el contratista es libre de seleccionar el método de ejecución requerida para el trabajo a realizarse, en la medida que éste no esté prohibido por el contrato». MOLINEAUX, Charles. «Changes Resulting for Interference with Methods of Performance». En CRUSHMAN, Roberty y BUTLER, Stephen (editores). *Construction Change Order Claims*. New Jersey: Wiley Law Publications, 1994, p. 114.

⁶ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 44.

por disrupción.⁷ La productividad puede ser definida como las horas de trabajo necesarias para producir una unidad o un producto final; y, en esa línea, la pérdida de productividad, como el declive de la eficiencia de todo el trabajo, particularmente del trabajo que no es objeto del cambio, causado a su vez por el cambio.⁸

En Centex Bateson Construction Co., estas ideas han sido explicadas de la siguiente manera:⁹

Costos del impacto son costos adicionales surgidos como resultado de una pérdida de productividad; la pérdida de productividad es también identificada como ineficiencia. De este modo, los costos del impacto son meramente costos laborales incrementados que derivan de la disrupción de la productividad resultante de un cambio en las condiciones de trabajo, causado a su vez por un cambio del alcance del contrato. La productividad es inversamente proporcional a las horas hombre necesarias para producir una determina unidad de producto. Como es evidente, si la productividad se reduce, el número de horas hombre necesarias para realizar una determinada tarea se incrementará. Y si el número de horas hombre se incrementa, los costos laborales obviamente también se incrementarán.

Como se sabe, que un trabajo sea llevado a cabo con un menor promedio de productividad de aquél que fue razonablemente anticipado puede traer una serie de consecuencias que lista la sociedad de la siguiente manera: a) retraso en la ejecución de la actividad en cuestión; b) la necesidad de acelerar los trabajos, sea a través de un incremento de recursos, turnos u horas de trabajo, con el fin de evitar el retraso; o c) una combinación de las anteriores consecuencias y, en esa línea, en cada caso, pérdidas y gastos. De ahí que la disrupción, remarca la sociedad,

⁷ NELSON, Derek. *The Analysis and Valuation of Disruption*. 2011, p. 4. Disponible en <<https://goo.gl/45HFNn>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

⁸ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 7.

⁹ *Idem*, pp. 7-8.

concierna al análisis de la productividad de la ejecución de los trabajos, al margen de que estas actividades se encuentren o no se encuentren en ruta crítica.¹⁰ Es por eso que la disrupción también es definida como el efecto de un evento que causa un detrimento en el proyecto, pudiendo o no pudiendo extender el tiempo de ejecución del mismo.¹¹

1.2. Clasificación

Las disrupciones pueden ser causadas por cambios al alcance del contrato, los cuales pueden ser previsibles o imprevisibles,¹² determinando disrupciones de semejante naturaleza, en cada caso. Para entender el sentido de esta clasificación, resulta pertinente remontarnos a un caso emblemático en materia de disrupciones. En el caso Pittman Construction Co.,¹³ el General Service Board of Contract Appeals de los Estados Unidos de Norteamérica reconoció dos tipos de costos ocasionados por una disrupción: los costos directos y los indirectos o acumulativos. De acuerdo a esta dicotomía, los costos directos son aquéllos que, hasta cierto punto, resultan consecuencia directa del cambio. Estos costos son previsibles —es decir, pueden ser identificados cuando una orden de cambio es dispuesta, puntualiza Jones¹⁴— y se espera que el contratista afectado con ellos los prevea en el presupuesto del cambio que se le ha requerido implementar y, por tanto, nos encontraremos aquí frente a una disrupción que debería estar cubierta por una orden específica de cambio.

¹⁰ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 9.

¹¹ SANDERS, Douglas y EAGLES, Chris. *Delay. Disruption and Acceleration Claims*. 2001, p. 3. Disponible en <<https://goo.gl/buQZT9>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

¹² NELSON, Derek. *Op. cit.*, pp. 9-10.

¹³ JONES, Reginald. *Op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁴ *Idem*, pp. 6-7.

En contraste, los costos indirectos o acumulativos son:

Los costos asociados al impacto en trabajos diferentes, que no resultan fácilmente previsibles o que, siendo previsibles, no pueden ser tan fácilmente calculables como costos directos. La fuente de tales costos es el número total o el alcance de los cambios a implementar. El resultado es una pérdida no anticipada de eficiencia y productividad, que incrementa los costos de ejecución del proyecto y que, usualmente, obliga al contratista a permanecer más tiempo ejecutando los trabajos.

En esta línea, la disrupción que ocasiona este tipo de costos es descrita¹⁵ como una disrupción imprevisible de la productividad, resultante del efecto «sinérgico» (o interrelacionado) de un grupo indiferenciado de cambios. Así, la disrupción acumulativa es conocida como el «efecto dominó» de cambios en los trabajos que estuvieron originalmente exentos de cambios, el cual causa una reducción de la productividad y que no puede ser subsumida dentro cambios contractuales individuales.¹⁶

¹⁵ NELSON, Derek. *Op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁶ Al respecto, vale la pena detallar que en el caso Triple A South, el Armed Services Board of Contract Appeals de los Estados Unidos de Norteamérica explicó lo siguiente:

«Está fuera de discusión que los costos de ejecutar trabajo cambiado incluyen: a) aquellos costos directamente relacionados con el cumplimiento del trabajo cambiado, en sí mismo, los llamados “costos del núcleo duro”, y b) aquellos costos surgidos de la interacción del trabajo cambiado y el trabajo no cambiado, o los destinados a cubrir las ineficiencias experimentadas como resultado de los cambios, denominado “impacto”. Visto de una manera simplificada, “impacto” abarca:

Las horas hombre, costos laborales y costos de materiales destinados a cubrir ineficiencias experimentadas como resultado de cambios ocasionados por la entidad o el contratista, u otro tipo de alejamientos de lo previsto contractualmente. Está incluido el proceso por el cual las referidas ineficiencias en la ejecución del contrato son generadas.

Entre otras cosas, “impacto” incluye:

Ineficiencias debidas al hacinamiento, sobre o baja explotación de recursos, dilución de competencias, horas extras ampliadas, trabajo en turnos, y disrupciones directas y acumulativas.

Establecer el impacto económico de una disrupción directa y una disrupción acumulativa supone procedimientos distintos.¹⁷ Los costos generados por una directa pueden ser presupuestados, esto es, determinados prospectivamente. Mientras que los costos ocasionados por una disrupción acumulativa son establecidos de manera retrospectiva, dado que originalmente no pudieron ser previstos (en el presupuesto propuesto a raíz de la orden de cambio, puntualiza Jones)¹⁸ o cuantificados fácilmente (dado que el contratista no pudo prever el impacto que ocasionaría un número irrazonable de cambios que aún no habían ocurrido, refiere también Jones)¹⁹.

Ejemplos de disrupciones directas, amplía la sociedad, son un acceso temporal al sitio de trabajo, diferente al que fue previsto, trabajos fuera de la secuencia constructiva prevista o cambios al diseño del proyecto. Por su parte, continúa dicha organización, ejemplos de disrupciones acumulativas son congestión de personal, acumulación de actividades, dilución de supervisión a través de cuadrillas fracturadas, horas extras excesivas (que pueden llevar a la fatiga del personal), ciclos repetitivos de aprendizaje y empobrecimiento de la moral de trabajo, todo lo cual, a su vez, puede reducir la productividad del contratista.²⁰

“Disrupción local [o directa]” se refiere al impacto directo que el trabajo cambiado tiene en trabajo no cambiado que se llevaba a cabo a su alrededor. Conceptualmente, a efectos de la presente apelación, “disrupción acumulativa”:

Es la disrupción que ocurre entre dos o más órdenes de cambio y el trabajo original y diferente del aquél exclusivo de las disrupciones locales, las cuales pueden ser adscritas a un cambio específico. Es el “efecto sinérgico” [...] de cambios sobre el trabajo que no es objeto de cambio y sobre otros cambios distintos”.

En este contexto, sinergia es definida como la acción simultánea de distintos agentes, los cuales, conjuntamente, tienen un efecto total más grande que la suma de sus efectos individuales. Sería este efecto conjunto el que permitiría al reclamante a ser resarcido por los efectos de estos numerosos cambios».

¹⁷ NELSON, Derek. *Op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁸ JONES, Reginald. *Op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 44.

Lo explicado previamente permite concluir que un reclamo relativo a una disrupción acumulativa, conforme explica la consultora Hill International, Inc., está vinculado al efecto de un trabajo cambiado en las condiciones de ejecución del contrato, el cual influenciará indirectamente el trabajo que no es objeto del cambio; mientras que un reclamo por disrupción directa cubre meramente el impacto de un trabajo cambiado en el trabajo que no es objeto del cambio.²¹

Esta reflexión es relevante debido a que se ha destacado en el reporte de la consultora referida previamente que, por un lado, los contratistas tienden a culpar de las disrupciones a los propietarios y reclamarles su resarcimiento; pero, por otro lado, los propietarios suelen culpar de estos fenómenos a una mala propuesta del contratista o un pobre manejo del proyecto de parte suya y, en esa línea, a denegar un resarcimiento por pérdida de productividad. De ahí que sea tan común que este tema termine en disputa entre propietarios, contratistas y subcontratistas.²²

1.3. Relación con el retraso

La disrupción es tratada con frecuencia en la industria de la construcción como si fuera la misma cosa que un retraso, a pesar de que se trata de temas diferentes. El retraso es una demora, mientras que la disrupción es una pérdida de productividad.²³ Los costos de una disrupción pueden ser distinguidos de los costos de un retraso porque éstos últimos son una función del tiempo y los primeros están esencialmente relacionados a la productividad.²⁴

²¹ NELSON, Derek. *Op. cit.*, pp. 9-10.

²² *Ibidem.*

²³ HAIDAR, Ali. *Global Claims in Construction*. Londres: Springer-Verlag, 2011, p. 88.

²⁴ *Ibidem.*

No obstante, también se sostiene²⁵ que retrasos y disrupciones son dos tipos diferentes de daños y que los daños por retraso son amparables únicamente si los retrasos afectan el plazo de ejecución del proyecto en su conjunto; mientras que los daños por disrupción son causados por cualquier cambio en las condiciones planeadas de trabajo que pudiera surgir, sea que se vea afectado o no el plazo de ejecución del proyecto en su conjunto.

En este sentido,²⁶ la expresión «reclamo por retraso» es usada frecuentemente para describir el reclamo dinerario que se deriva de un retraso en el trabajo en su integridad. Y la expresión «reclamo por disrupción» es usada para describir el reclamo dinerario derivado de circunstancias donde parte de los trabajos ha sido impactada, sin que se haya afectado la fecha de conclusión del proyecto en su conjunto. Esto, usualmente, se puede equiparar a un retraso de una actividad no prevista en la ruta crítica del proyecto.²⁷

Ahora bien, a pesar de esta diferencia, ambos fenómenos ocurren a menudo en conjunto y contratistas impedidos de reclamar por el retraso bajo el contrato o con un tope para los daños que pueden reclamar por el retraso intentarán presentar lo que en realidad es un retraso que fue evitado por mitigación o aceleración (aunque, claro, sin reconocerlo) como un reclamo por disrupción.²⁸

²⁵ *Idem*, pp. 85-86.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ A efectos de un reclamo por retraso, usualmente se asume que el contratista deberá lograr que se establezca primero su derecho a una ampliación de plazo; mientras que no tiene que asumirse algo semejante en el caso de un reclamo por disrupción. HAIDAR, Ali. *Op. cit.*, p. 86.

²⁸ WALDRON, Martin. *Delay and Disruption Claims. Contractors' Compensation Entitlements*. 2014, pp. 1-2. Disponible en <<https://goo.gl/REzj4A>> (visitado por última vez el 24/06/2018)

Pero tampoco hay que soslayar que retraso y disrupción son nociones intrínsecamente interrelacionadas, admite la sociedad.²⁹ Una pérdida de productividad o disrupción puede llevar a un retraso y si las actividades impactadas se encontraban en la ruta crítica del proyecto, podemos encontrarnos frente a un retraso crítico. De ahí que el contratista pueda apoyarse en el análisis correspondiente a una disrupción para sustentar un reclamo por retraso crítico, de manera adicional al análisis correspondiente al retraso mismo, apunta la organización citada.

Es posible que el trabajo haya sufrido una disrupción, pero el proyecto pueda ser completado para la fecha prevista de terminación del mismo. En dicha situación, continúa la sociedad,³⁰ el contratista podría no tener sustento para un reclamo de ampliación de plazo, pero sí para un reclamo por el costo de la productividad perdida.

En esta misma línea, un retraso puede llevar a una disrupción. Si el contratista tiene menos tiempo para llevar a cabo los trabajos (y no obtuvo una ampliación de plazo por trabajos que se encuentran en ruta crítica), es posible que las medidas de aceleración implementadas lleven a que los referidos trabajos sean realizados con una productividad menor a la planeada y, por tanto, con un mayor costo.³¹

Conforme concluye la sociedad,³² en general, allí donde eventos disruptivos hayan causado retraso o un retraso haya causado disrupción, el contratista podrá también llevar a cabo un análisis del retraso para sustentar sus reclamos.

²⁹ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 10.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Idem*, p. 51.

2. SEGUNDA PARTE: SOBRE LA PROCEDENCIA DE UN RECLAMO POR DISRUPCIÓN

2.1. *Consideraciones preliminares*

El resarcimiento por una disrupción sólo procede en la medida que el propietario la haya causado³³⁻³⁴, ya sea en virtud de una expresa previsión contractual o reputándolo un incumplimiento del contrato,³⁵ en la medida que quien controla el riesgo de una disrupción no puede razonablemente esperar éstas exento de las consecuencias de la misma.³⁶ Internacionalmente, la mayor parte de los modelos contractuales propios de la industria no prevén expresamente a la disrupción,³⁷ caso en que el resarcimiento por ella podrá ser demandado en virtud del incumplimiento de una obligación implícita en ellos de que el propietario no deberá impedir u obstaculizar la ejecución de sus trabajos³⁸⁻³⁹.

³³ HAIDAR, Ali. *Op. cit.*, p. 88.

³⁴ Vale la pena precisar que, como bien advierte la sociedad, si bien usualmente es el contratista quien plantea reclamos por disrupción contra el propietario, es posible que un propietario tenga también reclamos por disrupción contra su contratista; por ejemplo, cuando múltiples contratistas se encuentra en el sitio y uno de ellos es responsable de una disrupción por eventos que han obstaculizado el progreso de los demás contratistas. Adicionalmente, un subcontratista también puede tener un reclamo por disrupción contra el contratista (o viceversa). SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 11.

³⁵ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 3; CHOAT, Rupert y PECKETT, Victoria. *Disruption [in England and Wales]*. 2016. Disponible en <<https://goo.gl/zXYeqA>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

³⁶ O'CONNOR, James Duffy. «It's a Matter of Time: Delay and Change». *Journal of the American College of Construction Lawyers*. Issue 1, 2014, vol. 8, p. 4.

³⁷ Un caso en que sí las hay es el de seguros en materia de construcción en que la tendencia general sería que las cláusulas no tratan de ser comprehensivas, sino que más bien se limitan a listar ejemplos como disputas laborales, incendios, eventos climáticos, epidemias, inundaciones, etcétera. KNOLL, Jocelyn y BJORKLUND, Shannon. «Force Majeure and Climate Change: What is the New Normal?». *Journal of the American College of Construction Lawyers*. Issue 1, 2014, vol. 8, pp. 12-13).

³⁸ HAIDAR, Ali. *Op. cit.*, p. 88.

³⁹ Adicionalmente, estos modelos prevén algunos eventos específicos que pueden llevar a que se produzca una disrupción, tales como condiciones imprevistas de

No obstante, señala en general la sociedad, la demanda por disrupción debe explicar la base jurídica que sirve de título para su reclamo, ya sea bajo el contrato suscrito (en cuyo caso se deberán identificar y aplicar las cláusulas relevantes) o en el ordenamiento jurídico (en cuyo caso se deberá identificar la base normativa relevante).⁴⁰ Esto es indispensable, advierte la organización citada, porque el contratista sólo podrá ser resarcido por la disrupción en la medida que el contrato lo permita o cuente con algún otro título que le dé derecho a ello.⁴¹

Por ejemplo, en el caso del Libro Rojo de la Federación Internacional de Ingenieros Constructores - FIDIC (propio de trabajos de ingeniería y edificación proyectados por el propietario, ampliamente utilizado a nivel internacional, incluido el caso peruano), el fundamento se encuentra en su subcláusula 20.1 - Reclamaciones del contratista, la cual establece que:

Si el contratista se considera con derecho a [...] cualquier pago adicional, al amparo de cualquier cláusula de las presentes condiciones o por otro motivo en conexión con el contrato, el contratista deberá notificarlo al ingeniero, describiendo el acontecimiento o circunstancia que origina la reclamación. [...].

Correspondiendo dicho pago adicional, en este caso, a la pérdida de productividad ocasionada por eventos disruptivos imputables al propietario.

Por su parte, la Ley de Contrataciones del Estado⁴² prevé en el numeral 34.1 de su artículo 34 (complementado con el artículo 34.A) que en caso se modifique un contrato sometido a ella, no debe afectarse el

suelo y aprobaciones o instrucciones de parte de la supervisión. SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 44.

⁴⁰ *Idem*, p. 11.

⁴¹ *Idem*, p. 44.

⁴² Ley n.º 30225, publicada el 11 de julio de 2014, modificada a través del Decreto Legislativo n.º 1017, vigente desde el 3 de abril de 2017.

equilibrio económico financiero del mismo, pues «en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad».

En esa misma línea, también se ha previsto, esta vez en el numeral 34.5 del mismo artículo, que de aprobarse una ampliación de plazo debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, precisando el artículo 171 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁴³ que «[l]as ampliaciones de plazo en los contratos de obra dan lugar al pago de mayores costos directos y los gastos generales variables, ambos directamente vinculados con dichas ampliaciones».

López Avilés⁴⁴ ha asociado directamente la disrupción con el quiebre del equilibrio económico financiero del contrato, en el sentido de que:

[A]l afectar [la disrupción] el progreso, afectando eficiencia y productividad, a mi juicio, evidentemente, afecta el equilibrio económico financiero del contrato, que se logró a través de ciertas presunciones de efectividad y de productividad que estaban expresadas en los precios unitarios⁴⁵. Cuando uno calcula los

⁴³ Aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, publicado el 10 de diciembre de 2015, modificado a través del Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017.

⁴⁴ LÓPEZ AVILÉS, Carlos. «Intervención en segundo panel: “El equilibrio económico financiero del contrato como materia arbitral en la Ley n.º 30225”». En *Actas del Décimo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2016*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre y Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 86.

⁴⁵ Esa pérdida de productividad está vinculada con la alteración de la secuencia constructiva. Como explican CAMPOS MEDINA, Alexander e HINOSTROZA SOBREVILLA, Luis Martín. «El contrato de obra pública: lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir». *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2008, vol. 3, n.º 6, pp. 305-306:

precios unitarios de una obra se basa en un rendimiento que proviene de una productividad esperada.

Quebrado el equilibrio económico financiero, su restitución en un contrato de obra implica, de acuerdo con López Avilés,⁴⁶ presupuestos adicionales y deductivos, ampliaciones de plazo o el reconocimiento de mayores costos directos y gastos generales. Los costos directos constitu-

«Otra de las premisas de la propuesta del contratista es que podrá desarrollar la obra en la forma más eficiente posible, lo cual se ve reflejado en un planeamiento de las actividades o trabajos que no es otra cosa que la secuencia constructiva ideal. Así, la secuencia constructiva está referida al avance regular y planeado de la obra, que permite la mejor eficiencia y productividad de los equipos y personal del contratista.

Las distorsiones en esta eficiencia, por ejemplo, por la necesidad de rediseñar un proyecto inexacto o por la falta de definición oportuna del comitente de las instrucciones necesarias para continuar los trabajos, no sólo puede generar aumentos en el costo de una obra, sino terminar impidiendo un trabajo planificado convirtiendo la obra en una pesadilla.

Tales deficiencias pueden derivar en una pérdida de productividad ocasionada por la interrupción o distorsión del avance regular y planeado de la obra, lo cual genera una pérdida en la eficiencia del proceso constructivo, que se refleja finalmente en pérdidas patrimoniales para el constructor.

[...]

En el derecho anglosajón, esta figura es conocida como “disruption” [...]».

Al respecto, Miranda agrega: «[...] la disrupción es la ruptura de la secuencia constructiva, la disrupción es lo que se me va a reconocer a mí como contratista, cuando ejecutar cada unidad de obra me cuesta mucho más caro que lo que realmente debería costarme». MIRANDA MIRANDA, Rodolfo. «Tercer Panel - Contrataciones públicas en obras: Ampliación de plazo y aceleración». En *Actas del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación de la Asociación Zambrano Cusco 2016*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre y Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 141.

⁴⁶ LÓPEZ AVILÉS, Carlos. *Una visión técnica del equilibrio económico financiero del contrato de obra*. 2016. Disponible en <<https://goo.gl/kG9EP6>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

yen un vehículo para compensar al contratista por la disrupción, entre otras afectaciones:⁴⁷

Las posibles afectaciones del costo directo son variadas. Una afectación, por ejemplo, es si ha habido una paralización, hay una afectación de los costos directos; otra es si ha habido una pérdida de productividad, es decir, no se ha paralizado, pero no se ha producido lo que se esperaba producir debido, justamente, a la disrupción.

Otra posibilidad que es un tanto ajena a éstas, es la variación de las cantidades finales de obra. [...].

Pero no hay que perder de vista que así los eventos disruptivos sean imputables al propietario, esto no necesariamente ameritará un pago adicional a favor del contratista. Podría suceder que el contratista hubiera fallado en reclamar de conformidad a determinados requerimientos contractuales y que, consecuentemente, no tenga derecho a que se le reembolse los costos de la disrupción.

Volviendo con el ejemplo del Libro Rojo FIDIC, la subcláusula 20.1 - Reclamaciones del contratista establece que la notificación requerida en ella «[...] deberá realizarse tan pronto como sea posible, y no más tarde de 28 días después de que el contratista tuviera conocimiento, o hubiera debido tener conocimiento, del acontecimiento o circunstancia».

Lo cierto es que, internacionalmente, la tendencia es a no interpretar de manera literal esta subcláusula, esto es, a considerar más bien al plazo de 28 días como uno de naturaleza indicativa y no limitativa; esto es, de acuerdo a Knoll y Bjorklund,⁴⁸ negándole el estatus de condición suspensiva y descartando que su transgresión constituya un incumpli-

⁴⁷ LÓPEZ AVILÉS, Carlos. «Intervención en segundo panel: “El equilibrio económico financiero del contrato como materia arbitral en la Ley n.º 30225”». *Op. cit.*, p. 87.

⁴⁸ KNOLL, Jocelyn y BJORKLUND, Shannon. *Op. cit.*, p. 7.

miento del contrato, siempre y cuando la parte que tiene derecho al aviso cuente con conocimiento cierto y actual de una condición o evento o cuando no sufra ningún perjuicio como consecuencia de la falta de aviso,⁴⁹ conforme explica Champion.⁵⁰

Por otro lado, en lo que respecta a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, López Avilés⁵¹ remarca que, habiendo admitido que la disrupción constituye un quebrantamiento del equilibrio económico financiero del contrato, el que dicho fenómeno pueda o no pueda ser compensado al contratista dependerá de la respectiva distribución de riesgos bajo el contrato suscrito:

[D]epende de cuál es el riesgo que cada una de las partes asumió dentro del contrato, porque que algo suceda y afecte el ritmo, será, pues, algo que sucede y afecta el ritmo, será de la naturaleza, un acto de Dios, lo que quieran; pero, ¿tendré derecho a la compensación?, habrá que ver si eso estaba dentro de mi riesgo o no [...].

Al respecto, resulta pertinente remitirnos a la Directiva n.º 012-2017-OSCE/CD, relativa a la gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras, en virtud de la cual las entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, deberán asignar cada riesgo a la parte que consideren pertinente, teniendo en cuenta qué parte está en mejor capacidad para administrar el

⁴⁹ Sin perjuicio de lo cual Haidar considera que un requerimiento estándar para la validez de un reclamo por disrupción sería que el contratista haya proporcionado la información que se le requiriese al momento de saber de la disrupción. HAIDAR, Ali. *Op. cit.*, p. 89.

⁵⁰ CHAMPION, Ronan. *Variations, Time Limits and Unanticipated Consequences*. 2007, p. 218. Disponible en <<https://goo.gl/BmKCSZ>> (visitado por última vez en 24/06/2015).

⁵¹ LÓPEZ AVILÉS, Carlos. «Intervención en segundo panel: “El equilibrio económico financiero del contrato como materia arbitral en la Ley n.º 30225”». *Op. cit.*, p. 87.

riesgo, debiendo consignarse dicha asignación (recogida en un formato incorporado como Anexo 3 de la Directiva) en la proforma de contrato de las bases. La directiva incluye una lista enunciativa de riesgos.⁵²

Adicionalmente, no debe pasarse por alto que el artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado ha sido objeto de un amplio comentario por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, a través de la Opinión n.º 269-2017/DTN del 27 de diciembre de 2017, emitida en atención a una serie de consultas de la Presidencia del Consejo de Ministros, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

CONCLUSIONES

3.1 En el marco de lo dispuesto en los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento, el hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato no imputable a las partes, puede sustentarse —entre otros supuestos— sobre la base de un «caso fortuito o fuerza mayor» ocurrido después de haberse perfeccionado dicho contrato.

3.2 Conforme a la normativa de contrataciones del Estado, *una modificación convencional al contrato es aquella que puede ser acordada por las partes cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, siempre que dicha modificación derive de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato no imputables a las partes, a fin de permitir alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, sin cambiar los elementos determinantes del objeto de la contratación.*

⁵² Se trata, resumidamente, del riesgo de errores o deficiencias en el diseño, riesgo de construcción, riesgo de expropiación de terrenos, riesgo geológico/geotécnico, riesgo de interferencias/servicios afectados, riesgo ambiental, riesgo arqueológico, riesgo de obtención de permisos y licencias, riesgos derivados de eventos de fuerza mayor o caso fortuito, riesgos regulatorios o normativos y riesgos vinculados a accidentes de construcción y daños a terceros. La directiva precisa que la entidad podrá incorporar otros riesgos, según la naturaleza o la complejidad de la obra.

3.3 Los términos «determinante» y «esencial» contemplados en los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento —respectivamente—, se encuentran referidos a una misma condición, a efectos de operar la modificación convencional al contrato: que no se cambien los elementos sustanciales en virtud de los cuales se estableció el objeto de la contratación.

3.4 Considerando que las modificaciones convencionales al contrato se enmarcan en la fase de ejecución contractual, el plazo previsto para registrar la información derivada de dichas modificaciones en el Seace, debe efectuarse en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de su aprobación; conforme a lo establecido en el literal f) del acápite X de la Directiva n.º 008-2017-OSCE/CD, el mismo que regula el registro de los contratos y su ejecución en el Seace. (El resaltado es nuestro).

La conclusión 3.2 de la Opinión n.º 269-2017/DTN resulta particularmente relevante⁵³ para el sentido en que debería interpretarse tanto el numeral 34.1 del artículo 34 como el artículo 34.A de la Ley de Contrataciones del Estado, porque confirma el criterio de la Dirección Técnico Normativa del OSCE según el cual los parámetros dentro de los cuales sería posible efectuar la modificación al contrato a la que se refieren los artículos aludidos de la ley son literalmente estrictos, esto es, que no resulta posible modificar el contrato por hechos que no sean sobrevinientes al perfeccionamiento del mismo o que sean imputables a alguna de las partes; ni siquiera cuando el contratista ofreciera mejoras en los bienes o servicios, tal como advirtió expresamente en su Opinión n.º 132-2017/DTN del 9 de junio de 2017.

Esto problematiza la aplicación del numeral 34.1 del artículo 34 y el artículo 34.A al caso del reconocimiento de una reparación por la pérdida de productividad ocasionada por eventos disruptivos imputa-

⁵³ Sobre el carácter del efecto de las opiniones del OSCE sobre la interpretación de las normas de contratación pública en nuestro país, véase FRANCO ARIAS, Billy. «El carácter vinculante de las opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado». *Derecho & Sociedad*. Lima, 2015, n.º 44, p. 391.

bles a la entidad respectiva porque, por definición, las modificaciones al contrato previstas en dichos numerales no podrían ser imputables a una de las partes, dejándonos únicamente disponible el numeral 34.5 del artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 171 de su Reglamento como vehículos de compensación por la disrupción (y según la distribución de riesgos operada por la entidad respectiva desde la proforma del contrato, en las bases).

2.2. Los tres elementos claves de prueba

Ahora bien, de acuerdo al criterio recogido por la Armed Services Board of Contract Appeals de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso *Acme Missiles & Construction Corp.*, todo reclamo por disrupción impone a quien lo formula la carga esencial de establecer la responsabilidad, el nexo causal y el daño resultante.⁵⁴ Estos tres elementos claves de prueba son también conocidos como el binomio «título y cuantía», esto es, «que la entidad o el propietario es responsable del evento que motivó el reclamo y que se incurrió en una determinada suma de costos adicionales». Esto lleva a Jones⁵⁵ a concluir que el nexo causal y el daño resultante son esenciales para probar un reclamo por ineficiencia.⁵⁶

⁵⁴ El Armed Services Board of Contract Appeals estableció lo siguiente en dicho caso: «Ciertamente, no ha habido nada que establezca el criterio de que la orden un número razonable de cambios en un contrato de construcción ordinario sea prueba, *per se*, de que el contratista haya sufrido sobrecostos debido al impacto. Para que el contratista recupere los sobrecostos, deberá satisfacer la carga esencial de establecer los hechos fundamentales de responsabilidad, nexo causal y daño resultante». Se trata de la aplicación de un criterio previamente establecido por la United States Court of Claims en el caso *Wunderlich Contracting Co.* y aplicado a reclamos por retrasos, en función al cual se consideraba que si bien el contratista no necesitaba probar los daños con exactitud matemática, «esta indulgencia relativa a los mecanismos reales de cómputo no relevaba al contratista de su carga esencial de establecer los hechos fundamentales de responsabilidad, nexo causal y daño resultante». JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 28.

⁵⁵ *Idem*, pp. 28-29.

⁵⁶ Por su parte, Nelson lo explica en el sentido de que, para cuantificar confiable y exitosamente un reclamo por pérdida de productividad, los daños deberán estar

2.2.1. Responsabilidad

Haidar⁵⁷ sostiene que el contratista deberá demostrar que el evento que desembocó en la disrupción y la pérdida económica constituyó o un incumplimiento del contrato o un evento respecto al cual el contrato prevé que el propietario resulta económicamente responsable frente al contratista.

En esa misma línea, Jones⁵⁸ explica que este requisito podrá ser satisfecho probando que la entidad o el propietario han incumplido una obligación contractual al iniciar un número sustancial de cambios, modificaciones y clarificaciones a los diseños del proyecto (la obligación implícita de no impedir u obstaculizar la ejecución de sus trabajos a la que se refiere Haidar.⁵⁹

Vale la pena precisar que, de acuerdo a Hess,⁶⁰ la buena fe y la conducta razonable del propietario no son excusas valederas frente a un impacto al proyecto que no es imputable al contratista.

2.2.2. Daño resultante

Se trata de la alegada pérdida de productividad, ocasionada por los respectivos eventos disruptivos. No obstante, advierte Jones⁶¹ que probar la extensión de la pérdida puede ser complicado porque ésta se encuentra integralmente vinculada al nexo causal porque la magnitud de la pérdida sería, en efecto, ofrecida como prueba de la pérdida de la que

asociados con la causa; y, a su vez, que el daño resultante deberá ir mano a mano con la responsabilidad y el nexo causal para conformar la triada probatoria. NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 27.

⁵⁷ HAIDAR, Ali. *Op. cit.*, p. 89.

⁵⁸ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 29.

⁵⁹ HAIDAR, Ali. *Op. cit.*, p. 88.

⁶⁰ HESS, Stephen. «Who Should Own the Float?». *Journal of the American College of Construction Lawyers*. Issue 1, 2010, vol. 4, p. 15.

⁶¹ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 30.

el propietario es responsable. Esto puede llevar a que, como en el caso Coates Industrial Piping, Inc., continúa Jones, se rechace un reclamo por disrupción debido a la incapacidad del contratista de probar el daño resultante, dado que no existe evidencia de qué impactó al trabajo, cómo lo hizo y con qué costo para el contratista.

Haidar⁶² agrega una precisión importante: deberá demostrarse que un trabajo efectivamente realizado ha sido negativamente impactado. No será suficiente demostrar que trabajo planeado para el futuro habría sido afectado, en la medida que tales incertidumbres podrían nunca materializarse.

Sea como fuere, de acuerdo a Haidar,⁶³ es indispensable que el contratista reclamante explique y ofrezca pruebas claras de los daños sufridos como resultado de la disrupción, para lo cual deberá servirse de una serie de métodos ampliamente extendidos de cuantificación.⁶⁴

Haidar⁶⁵ continúa explicando que el principio que guía estos métodos es que los sobrecostos en que se hubiera incurrido, comparados con los costos que se hubieran generado si la disrupción no hubiera ocurrido, son recuperables por parte del contratista⁶⁶; y que, en general, el cálculo a efectuar tiene como parámetro el establecimiento de cuáles habrían sido los costos efectivos del contratista de no haberse producido la disrupción.

⁶² HAIDAR, Ali. *Op. cit.*, p. 89.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 30.

⁶⁵ HAIDAR, Ali. *Op. cit.*, p. 89.

⁶⁶ Sin embargo, también puntualiza que el contratista deberá demostrar que ha tomado todas las medidas razonables para mitigar su propia pérdida, tales como devolver equipo alquilado, trabajar en otras partes del proyecto que no estén afectadas por la disrupción o redistribuir recursos costosos de manera que no se encuentren innecesariamente inactivos. *Ibidem*.

Los métodos de cálculo de la pérdida de productividad o cuantificación del daño resultante de una disrupción serán analizados en extenso en la tercera parte de este capítulo.

2.2.3. *Nexo causal*

Jones⁶⁷ explica que nos encontraríamos frente al factor que determina si existe o no título para la recuperación de los sobre costos. Conforme a lo establecido en el caso Bechtel Nat'l, Inc., en atención a este elemento de análisis deberá «acreditarse el número, la oportunidad y el efecto de los cambios que fueron dispuestos» y que impactaron la capacidad del contratista de planificar y ejecutar sus labores, lo cual involucrará la identificación y la especificación de las actividades afectadas por la disrupción.⁶⁸

La verificación de este elemento de análisis resultará más problemática en la medida que un mayor número de eventos disruptivos sean objeto del reclamo promovido por el contratista. En un escenario como éste, se tiene que asumir inmediatamente dos premisas cardinales, apuntadas por Jones:⁶⁹ primero, que la existencia de un número sustancial de cambios, por sí misma, no es prueba suficiente del nexo causal; y, segundo, que la tarea más complicada estará en discriminar las ineficiencias internas (ocasionadas por el contratista) de las externas (ocasionadas por la entidad o el propietario privado).

En este sentido, la sociedad ha advertido que un reclamo por disrupción no será amparado si es planteado sin hacer una adecuada distinción del efecto de los diversos eventos disruptivos involucrados (lo que denominaba «reclamos globales»), pero también ha admitido que si todos estos eventos pueden afirmarse de genuina responsabilidad del propietario y si sus consecuencias económicas son imposibles o imprac-

⁶⁷ JONES, Reginald. *Op. cit.*, pp. 37-38.

⁶⁸ HAIDAR, Ali. *Op. cit.*, p. 89.

⁶⁹ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 38.

ticables de distinguir, entonces un enfoque global puede ser válido y efectivamente persuasivo,⁷⁰ porque lo contrario supondría, conforme señalan Cree y Barnes,⁷¹ distribuir arbitrariamente los costos adicionales de los eventos disruptivos individuales.

Esto puede traducirse, como señala Jones,⁷² en los términos del Veterans Affairs Board of Contract Appeals de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso Centex Bateson Construction Co., en que el nexo causal puede ser establecido demostrando que no existen razones para la pérdida de productividad que no sean de responsabilidad de la entidad, prueba por negación de que el contratista no fue el causante de los sobrecostos, que permitiría que la pérdida se asigne completamente al propietario a pesar de la ausencia de mayores pruebas.⁷³

Desde un punto de vista pragmático, Jones⁷⁴ agrega también que un reclamo por disrupción exitoso supone el involucramiento combinado de la explicación de un experto o perito con el testimonio de testigos que experimentaron de primera mano los efectos de los eventos disruptivos ocasionados por el propietario. La credibilidad de expertos y testigos es, en muchos casos, sostiene este autor, el elemento más importante para el éxito de este tipo de reclamos.⁷⁵

⁷⁰ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 50.

⁷¹ CREE, Caroline y BARNES, Martin. «Quantifying Disruption Costs». *Construction Law Journal*. Issue 4, 1989, vol. 5, p. 258.

⁷² JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 38.

⁷³ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 50.

⁷⁴ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 40.

⁷⁵ Sobre la credibilidad de los expertos o peritos, véase también FRANCO ARIAS, Billy. «Intervención en primer panel del cuarto día: Impulso probatorio en el arbitraje, valor de las pruebas, la prueba ilícita, elección del perito y finalidad de la pericia». En *Actas del Séptimo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2013*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre y Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 296.

¿Y cuál es la base de la credibilidad de un experto o perito? Su apoyo y conocimiento del contrato y la documentación contemporánea del proyecto, la cual deberá ser revisada detalladamente,⁷⁶ por ejemplo, preparando una agenda de los eventos disruptivos de una manera tal que la inclusión de cada evento de la lista pueda ser verificada, conforme recomiendan Cree y Barnes.⁷⁷ En línea de lo cual si el perito usará únicamente síntesis o ejemplos representativos de los efectos de los eventos disruptivos, el contratista deberá tomar la precaución de incorporar como prueba la documentación que sustente la explicación del perito o que demuestre que sus ejemplos son, efectivamente, representativos.⁷⁸

No es una solución en sí misma, apunta Jones,⁷⁹ que el reclamo esté basado en el análisis de un ingeniero del proyecto, con experiencia únicamente en su propia especialidad, porque sus conclusiones no serán persuasivas si es que no está familiarizado o no tiene experiencia en el análisis usual o la preparación de reclamos por disrupción, tal como se destacó en el caso Centex Bateson Construction Co., referido previamente.

2.2.4. Otros factores relevantes

Adicionalmente a los elementos ya analizados,⁸⁰ hace referencia a que algunos tribunales judiciales también incluyen la «previsibilidad» como un factor determinante para el amparo de un reclamo por disrupción, aunque fundamentalmente para limitar la responsabilidad y no para expandirla.

En virtud suyo, si el contratista puede prever que un trabajo no abarcado por el cambio será o podrá ser impactado por el cambio en

⁷⁶ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 46.

⁷⁷ CREE, Caroline y BARNES, Martin. *Op. cit.*, p. 260.

⁷⁸ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 40.

⁷⁹ *Idem*, p. 39.

⁸⁰ *Idem*, p. 41.

cuestión, entonces se espera que el contratista negociará el costo del impacto a través de una orden de cambio que deberá implementarse de manera inmediata al referido impacto.

El corolario de esta regla, explica Jones,⁸¹ es que el contratista deberá probar que el impacto fue imprevisible o simplemente no conocido cuando las partes entraron al contrato o, luego, cuando acordaron el precio de la orden de cambio o la modificación contractual más cercana en el tiempo al impacto.

Como complemento a la previsibilidad, otro obstáculo para un reclamo de este tipo estará dado, continúa Jones,⁸² por la falta de aviso o la renuncia al derecho a reclamar, antes de que el contratista pudiera saber que la disrupción se hubiera producido. De acuerdo a este criterio, el contratista requiere hacer reserva expresa de su derecho a reclamar un ajuste equitativo por la disrupción incluso antes de que cualquier impacto se hubiera podido conocer. Fallar en hacer la reserva de este derecho en las órdenes de cambio o las modificaciones al contrato, advierte Jones,⁸³ podría ocasionar que el contratista no obtenga el resarcimiento que vaya a pretender.

Como cuestión de hecho que es, los tribunales evaluarán el lenguaje utilizado en la redacción de las modificaciones contractuales o en las condiciones generales del contrato para determinar si el contratista renunció o dio el aviso correspondiente, procediendo a examinar evidencia extrínseca sólo cuando el contrato es ambiguo y no permite determinar por sí mismo la intención de las partes, conforme puntualiza Jones.⁸⁴⁻⁸⁵

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Idem*, p. 42.

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ Vale la pena destacar que la redacción de la reserva debe ser lo más comprensiva posible, en la medida que podría surgir una controversia con relación a si alcanza no sólo las disrupciones directas, sino también las acumulativas, conforme puso en evi-

Si es que se hacen reservas expresas del derecho a reclamar en el futuro por una eventual disrupción en las órdenes de cambio o las modificaciones al contrato, podrá sostenerse que el referido derecho quedó preservado. Similarmente, continúa Jones,⁸⁶ si la orden de cambio o alguna estipulación del contrato contiene una liberación expresa al propietario de la responsabilidad por disrupciones derivadas del cambio en cuestión,⁸⁷ la entidad o el propietario privado podrá defenderse alegando renuncia (en el sentido de que cada modificación al contrato operó como un acuerdo completo y final respecto a todos los impactos generados por ella, incluso los imprevisibles y desconocidos para entonces).

3. TERCERA PARTE: LA CUANTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE PRODUCTIVIDAD O EL DAÑO RESULTANTE DE LA DISRUPCIÓN

3.1. Generalidades

De acuerdo a la sociedad,⁸⁸ una disrupción es demostrada aplicando métodos analíticos y técnicas destinados a establecer la pérdida de productividad surgida de eventos disruptivos y el resultante detrimento económico. Desde la perspectiva del contratista, el objetivo del análisis de una disrupción es demostrar la pérdida de productividad y, de esta manera, las pérdidas y gastos adicionales en los que no se habría incurrido de no ser por la ocurrencia de eventos disruptivos de los que el

dencia también el caso Centex Bateson Construction Co., en que la ambigüedad de la reserva exigió recurrir a evidencia extrínseca para determinar si las acumulativas también habían sido objeto de la reserva, como apunta Jones. *Idem*, p. 43.

⁸⁶ *Idem*, pp. 42-43.

⁸⁷ En el caso de nuestro país, esta liberación deberá respetar lo establecido en el artículo 1328 del Código Civil, el cual establece lo siguiente: «Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público».

⁸⁸ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, pp. 44-45.

propietario es responsable (los únicos que ameritarán un resarcimiento a favor del contratista).

Conforme a la misma sociedad,⁸⁹ el punto de partida del análisis de una interrupción es una verificación de la productividad con la que se hubieran venido ejecutando los trabajos, con el fin de determinar cuándo se incurrió en una menor productividad y qué actividades se vieron impactadas por ella. El análisis deberá continuar, entonces, con el establecimiento de qué trabajos se llevaron a cabo, cuándo fueron llevados a cabo y qué recursos fueron usados para ello; seguido de una verificación de las pérdidas económicas en que se hubiera incurrido.

Allí donde el contratista demuestre la existencia de eventos disruptivos de los cuales el propietario fuera contractualmente responsable, el contratista deberá ser capaz también, agrega la sociedad,⁹⁰ de llevar a cabo un cierto análisis para estimar la pérdida de productividad misma y, de esta manera, la pérdida y el gasto causados por aquellos eventos disruptivos. La carga de la prueba del hecho de que la interrupción ha ocasionado una pérdida económica corresponde al contratista.

Es crucial entender que el contratista que busque ser compensado por una interrupción deberá demostrar la cuantía de su reclamo con el nivel razonable de certeza que requiera quien conozca su reclamo. Explica la sociedad⁹¹ que, en este caso, la cuantía consiste en el costo asociado a la pérdida de productividad, resultante de la diferencia entre la productividad alcanzable y realista y la productividad lograda efectivamente, al llevar a cabo las actividades impactadas por los eventos disruptivos de los que el propietario es responsable. Existen varios métodos para derivar un parámetro contra el cual medir niveles efectivos de productividad logrados como resultado de dicho tipo de eventos.

⁸⁹ *Idem*, p. 45.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

3.2. Clasificación

La clasificación de los métodos en cuestión es relativamente pacífica, así como los diversos grados de precisión y aceptación que gozan sus diversas categorías. De acuerdo a la sociedad,⁹² una distinción general puede hacerse entre aquellos métodos que se basan en mediciones reales o teóricas de productividad comparada (métodos basados en la productividad) y aquéllos que se basan en un análisis de costos planeados y efectivos (métodos basados en el costo). El primer tipo de métodos busca medir la pérdida de productividad a partir de los recursos utilizados, para luego establecer el valor económico de tal pérdida; mientras que el segundo tipo busca establecer, de manera más directa, la diferencia entre el costo efectivo y el costo planeado (sin tener que determinar la pérdida de productividad con base en los recursos utilizados).

Esta clasificación puede desarrollarse de acuerdo a la tabla que presentamos a continuación, la cual constituye una ligera variación de una tabla elaborada por la sociedad:⁹³

⁹² *Idem*, p. 46.

⁹³ *Ibidem*.

Métodos basados en la productividad	Métodos basados en el costo
1. Estudios específicos del proyecto	Método del costo total y método del costo total modificado
1.1 Análisis de la milla medida (y el análisis de la productividad de la línea base)	
1.2 Análisis del valor ganado (y el análisis de la programación)	
1.3 Muestreo	
1.4 Modelamiento de las dinámicas del sistema	
2. Estudios comparativos de proyectos	
3. Estudios de la industria	

Como se puede apreciar, existen tres categorías generales de métodos basados en la productividad, listados seguidamente, por orden de preferencia en función a su grado de confiabilidad y aceptación general:

- a) Estudios específicos del proyecto (o basados en la práctica del proyecto).
- b) Estudios comparativos de proyectos.
- c) Estudios de la industria.

Nelson sostiene en su reporte para Hill International Inc.⁹⁴ que, al calcular la pérdida de productividad, la recomendación es utilizar, cuando es posible, los estudios específicos del proyecto. Como su nombre lo indica, continúa el referido autor, estos métodos están basados específicamente en el proyecto en cuestión, en testimonios y registros directamente relacionados con el periodo de la controversia o los trabajos afectados por la disrupción. Es precisamente esa directa relación con las labores o los eventos en cuestión, lo que le otorga usualmente a este

⁹⁴ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 12.

enfoque el favor del correspondiente tribunal, respecto a un enfoque más teórico o general.

Si no existe suficiente información disponible proveniente de documentación contemporánea del proyecto para sustentar alguno de estos métodos, agrega Nelson,⁹⁵ entonces la práctica recomendada es usar alguno de los métodos listados bajo la categoría de estudios comparativos de proyectos, los cuales también están basados específicamente en el proyecto en cuestión, aunque con el apoyo de diferente tipo de documentación contemporánea del mismo, conforme se explicará más adelante.

Desafortunadamente, documentación apropiada de este tipo no está siempre disponible y, en su ausencia, debe recurrirse a estimaciones para establecer los daños. Las estimaciones son aceptables, qué duda cabe, pero están más sujetas a escrutinio que los costos directamente extraídos del proyecto. Explica Nelson⁹⁶ que de los métodos estimativos disponibles lo que se recomienda es utilizar, primero, alguno de los estudios listados en la categoría de estudios especializados de la industria (por ejemplo, sobre tipos específicos de problemas de construcción basados en proyectos reales). Y si ninguno es aplicable, alguno de los listados bajo la categoría de estudios generales de la misma, los cuales, no obstante, son objeto de diversos cuestionamientos que limitan su capacidad persuasiva.⁹⁷

Ahora bien, si el contratista que está calculando los daños derivados de una pérdida de productividad puede demostrar, en este caso, tanto el

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ Estos estudios son objeto de un gran cuestionamiento, advierte Nelson, porque corresponden a toda a la amplitud de la industria respectiva y no tienen por objeto un proyecto en específico. Adicionalmente, porque la base de datos básica de la que se sirven proviene de un ambiente ajeno a la construcción. Y, finalmente, porque estos estudios están largamente dirigidos a servir de guías de determinación futura de precios y, como tales, su propósito es significativamente diferente. *Ibidem.*

título como el nexo causal, pero no está en capacidad de utilizar alguna de las técnicas previamente explicadas, lo recomendable es, siempre siguiendo a Nelson,⁹⁸ que use alguna de las listadas bajo la categoría de métodos basados en el costo, los cuales cuentan con considerables limitantes, pero aún pueden servir, bajo determinadas premisas, al propósito de establecer la pérdida de productividad comprometida.

3.3. Métodos basados en la productividad

3.3.1. Estudios específicos del proyecto

Pero volvamos a los estudios específicos del proyecto, los basados en la práctica registrada del mismo.⁹⁹ Éstos incluyen el estudio de la milla medida, el análisis del valor ganado y el análisis de la programación, muestreo de trabajo o negocio y el modelamiento de dinámicas del sistema. De acuerdo a la sociedad,¹⁰⁰ de todos éstos, y según la disponibilidad de los recursos necesarios, el análisis de la milla medida es el método de cálculo de la pérdida de productividad más ampliamente aceptado. Esto se debe a que considera únicamente efectos reales de los eventos disruptivos de los cuales el propietario es responsable, eliminando de ese modo disputas sobre la validez de asunciones efectuadas en cuando se formuló la propuesta y el propio desempeño del contratista.

No obstante, no hay que perder de vista, como advierte Nelson,¹⁰¹ que la documentación contemporánea requerida por un método u otro es generalmente diferente y, por ello mismo, el método más adecuado para un proyecto está en realidad determinado por la información efectivamente disponible de ese proyecto con que cuente el reclamante.

⁹⁸ *Ibidem.*

⁹⁹ *Idem*, p. 13.

¹⁰⁰ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁰¹ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 13.

3.3.2. *Análisis de la milla medida*

Denominado también estudios diferenciales o comparaciones de la productividad medida, de acuerdo a la sociedad,¹⁰² este método examina retrospectivamente lo que el proyecto debió haber costado,¹⁰³ comparando el nivel de productividad logrado en áreas o periodos impactados por determinados eventos disruptivos, con la productividad lograda en actividades idénticas o similares, en áreas o periodos no impactados por dichos eventos.¹⁰⁴

Conforme explica Nelson,¹⁰⁵ lo atractivo de la milla medida es que es el rendimiento real del contrato antes que la estimación inicial el que es utilizado para los cálculos. De esta manera, compara rendimiento real en el sitio con rendimiento real, no con rendimiento teórico planeado.

Para utilizar este método, en principio, deberían cumplirse los siguientes requisitos:¹⁰⁶

- a) Debe existir un periodo no impactado o menos impactado, denominado «periodo de la milla medida», para el tipo de trabajo específicamente analizado. La sociedad¹⁰⁷ enfatiza que se debe tener cuidado en comparar trabajos del mismo tipo.
- b) La duración de este periodo deberá ser significativa en comparación con el periodo impactado y la extensión del trabajo. Debe ser un periodo base suficientemente largo para servir de

¹⁰² SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁰³ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁴ Jones explica que, en la mayoría de los casos, el contratista seleccionará un área no impactada del mismo proyecto, pero también podría seleccionar un área no impactada de trabajo de un proyecto diferente que involucre el mismo tipo de trabajo o uno similar. *Ibidem*.

¹⁰⁵ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 14.

¹⁰⁷ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 47.

una muestra fiable de desempeño no impactado, puntualiza la sociedad.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹

- c) Debe disponerse de un volumen suficiente de información contemporánea del proyecto para realizar el análisis.
- d) La documentación debe haber sido fidedignamente registrada por el contratista (aspecto que suele ofrecer dificultades a este método, ya que los errores en el registro son comunes en los proyectos de construcción).
- e) Deberá removerse del análisis del periodo impactado los factores no relacionados con las acciones u omisiones del propietario que ocasionaron las disrupciones, reduciéndolos a la magnitud que presentaron durante el periodo de la milla medida.

Se trata del método más ampliamente conocido y aceptado, tal como lo evidencian los comentarios que pueden encontrarse en la doctrina nacional sobre el mismo.¹¹⁰

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ En la línea de la sociedad, Jones enfatiza que el más grande obstáculo para el análisis de la milla medida está identificar un periodo no impactado en que el trabajo ejecutado fue suficientemente similar al trabajo que es ejecutado en el periodo impactado. JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 34.

¹¹⁰ Sobre este método, López Avilés ha explicado lo siguiente: «La técnica universalmente reconocida para cuantificar pérdidas de productividad es el *measured mile* o milla medida en castellano. Se aplica acá el concepto de disrupción que afecta la eficiencia o la productividad. Se define disrupción como el suceso que, de no haber ocurrido, la afectación consecuente no hubiera tenido lugar. El concepto de la milla medida se basa en comparar la productividad real obtenida en un periodo normal frente a la lograda en un periodo impactado por la disrupción. No sé cómo hará con lo presupuestado ya que puede tener errores. [...]» LÓPEZ AVILÉS, Carlos. *Una visión técnica del equilibrio económico financiero del contrato de obra*. *Op. cit.* Posteriormente, el mismo autor ha añadido sobre el particular lo siguiente: «[L]a pérdida de productividad, tiene un mecanismo que ya está casi aceptado, digamos, internacionalmente se usa, que es el “método de la milla

Sin embargo, siendo tan ampliamente aceptado como es, lo cierto es que este método puede ser complejo y documentalmente intenso, pudiendo ser también particularmente problemático allí donde no exista un periodo o área de una actividad idéntica o similar que haya permanecido ajena al impacto y que pueda servir de base con la cual comparar la actividad de trabajo impactada (lo que claramente lo hace un método inapropiado para trabajos únicos o complejos, como bien puntualiza Nelson),¹¹¹ o la actividad impactada respecto a la cual la pérdida de productividad está siendo medida, fue también impactada por problemas que no dan derecho a resarcimiento, llevando a la necesidad de calcular ajustes a la productividad.¹¹²

Ello al margen de que podría cuestionarse, agrega Jones,¹¹³ que la milla medida refleje realmente la productividad normalmente lograda por el contratista (debido al redondeo provocado por la sucesiva acumulación de datos y la naturaleza variable de los valores unitarios de la productividad), o sostenerse que los índices de productividad que finalmente se comparan no hacen más que enmascarar el hecho de que

medida”. El “método de la milla medida” es un método que significa comparar la producción en una etapa donde no hubo interrupciones versus una etapa donde sí hubo interrupciones y la diferencia entre las dos, es la pérdida de productividad; no se compara con la oferta, en ningún caso, porque la oferta pudo haber estado bien o mal. Entonces, se comparan dos situaciones, la mejor que tuve con la que tuve afectada, y la diferencia es la pérdida de productividad». LÓPEZ AVILÉS, Carlos. «Intervención en segundo panel: “El equilibrio económico financiero del contrato como materia arbitral en la Ley n.º 30225”». *Op. cit.*, p. 88.

¹¹¹ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 15.

¹¹² SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 47. Pero si bien los ajustes podrían ser útiles, mientras más de éstos se apliquen, más teórico y menos fiable se vuelve el análisis. Sería preferible, en su lugar, explica la sociedad, identificar el periodo de menor interrupción y, usando éste como milla medida, evidenciar el mínimo de pérdida y gasto adicional semejante durante los periodos de interrupción más grande. Sin embargo, este análisis por sí solo no capturará la productividad inicial perdida, inherente a la milla medida, advierte la sociedad.

¹¹³ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 15.

el contratista generalmente no alcanza un solo índice de productividad a lo largo de un determinado periodo.

No obstante, desde un punto de vista pragmático, vale la pena agregar, siguiendo siempre a Jones,¹¹⁴ que incluso con un enfoque tan ampliamente aceptado como éste, la credibilidad del experto o perito que aplique este método juega un papel significativo para el resultado de un reclamo por disrupción sustentado en él.¹¹⁵

Por otro lado, una variante del análisis de la milla medida es el análisis de la productividad de la línea base. Propuesto con el fin de superar algunas de las limitaciones de ese otro, Nelson¹¹⁶ precisa que este método busca establecer la productividad de la línea base, esto es, la mejor y más consistente productividad que el contratista fue capaz de lograr en el proyecto, con base en la real ejecución del proyecto por parte del contratista.

De manera diferente al caso del análisis de la milla medida, en este caso no se necesitan periodos impactados ni no impactados, ni tampoco periodos consecutivos de reporte del rango de tiempo de la línea de base, explica Nelson.¹¹⁷ En otras palabras, continúa este autor, el análisis

¹¹⁴ *Idem*, pp. 34 y 36.

¹¹⁵ Cuenta el referido autor (pp. 36-37) que, en el caso J.A. Jones Construction Co., el Corps of Engineers Board of Contract Appeals de los Estados Unidos de Norteamérica rechazó el análisis del experto del demandante porque falló en aislar los impactos específicos causados por cambios individuales, así como en eliminar otras potenciales causas de pérdida de productividad en el trabajo no impactado. El experto debía haber conducido un exhaustivo y detallado estudio de los documentos del proyecto para aislar y eliminar otros factores que podrían haber sido responsables de la ineficiencia. La metodología deficiente del experto (quien, por cierto, carecía de entrenamiento formal), junto con su falta de conocimiento de los documentos del proyecto, socavó finalmente su credibilidad y, de esa manera, dañó la posición del contratista.

¹¹⁶ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 16.

¹¹⁷ *Ibidem*.

de la línea de base puede ser más flexible y, por tanto, más aplicable en la práctica.

Aunque el análisis de la línea base resuelve varios problemas asociados con el enfoque de la milla medida, aún tiene sus limitaciones, advierte Nelson.¹¹⁸ Algunos defectos están relacionados con el establecimiento de una muestra de la línea base, tal como señalan Thomas y Zavrski y Thomas y Sanvido (citados por Nelson),¹¹⁹ y son, por un lado, que la muestra de la línea base es identificada conforme con el mejor rendimiento diario en lugar de con la mejor productividad diaria; y, por otro lado, que el 10% de requerido como magnitud de la muestra de la línea base es arbitrario y no está basado en principios científicos.

Ello sin perjuicio del consenso respecto a que, a pesar de ser un análisis de causa y efecto, es meramente cualitativo o genéricamente aproximado, por naturaleza, puntualiza Nelson.¹²⁰

3.3.3. Análisis del valor ganado

De acuerdo a la sociedad,¹²¹ este análisis identifica las horas hombre razonablemente incorporadas en la oferta para completar determinadas actividades y las compara con las horas hombre que realmente requirió completar dichas actividades. Conforme éstas progresan y la estimación hecha en la oferta se agota, las horas hombre se «ganan».

Si al contratista le toma más horas hombre de las estimadas cumplir con una determinada actividad, habiendo sido excluida una deficiente o excesivamente optimista asunción en su oferta, así como la ocurrencia de eventos disruptivos de responsabilidad del contratista, las horas

¹¹⁸ *Idem*, p. 17.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, pp. 47-48.

hombre adicionales deberán ser consideradas consecuencia de la pérdida de productividad, explica la sociedad.¹²²

Asimismo, la sociedad precisa inmediatamente que este análisis puede también considerar las horas hombre invertidas en particulares periodos de tiempo y que, allí donde el detalle de horas hombre estimadas o reales no se encuentre disponible, un análisis del valor ganado podría enfocarse en el costo.

Por su parte, Nelson¹²³ recomienda que cuando se usa la técnica del análisis del valor ganado se trate de ser cuidadoso con la revisión del presupuesto a ser utilizado para generar los parámetros del valor ganado, así como verificar su razonabilidad. Cualquier análisis del valor ganado que esté basado en un presupuesto irrazonable se considerará altamente dudoso, advierte el referido autor.

Y no debe pasarse por alto que la credibilidad de este método es cuestionable, advierte también Nelson,¹²⁴ en la medida que es un enfoque basado en un porcentaje y no en unidades físicas de trabajo completado, lo cual resultaría más detallado y exacto, y en un presupuesto, esto es, un estimado original que probablemente carece de fundamento.

Finalmente, debe tomarse en cuenta que una variante de este análisis es el denominado análisis de la programación, reconocido por la sociedad.¹²⁵

Este análisis, agrega la referida institución, se realiza a través de *software* especializado por medio de los cuales se ordena y hace seguimien-

¹²² *Ibidem.*

¹²³ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 22.

¹²⁴ *Idem*, p. 23.

¹²⁵ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 48.

to de recursos tales como personal obrero, planta, costos y cantidades a lo largo de la vida del proyecto.¹²⁶

A partir de la información con la que se le provea, los programas ofrecerán asistencia para calcular el porcentaje periódico de progreso y el valor ganado relativo a las actividades impactadas, razón por la cual se considera una variante del análisis del valor ganado, precisamente, nos aclara la sociedad.¹²⁷

3.3.4. *Muestreo*

Se puede estimar también la pérdida de productividad de un proyecto a través del método del muestro de trabajo y el método del muestreo por cuestionario a los artífices, según la subclasificación recogida por Nelson.¹²⁸

El muestreo de trabajo debe ser entendido, explica este autor seguidamente, como una aplicación de técnicas aleatorias de muestra que permite estimar, con un determinado grado de validez estadística, las proporciones de tiempo dedicadas a elementos diferentes de trabajo. Esto se hace a través de la toma de un amplio número de muestras directas al proyecto, para determinar qué se está haciendo en diversos puntos de su desarrollo y, consecuentemente (y con base porcentual), cuánto tiempo es invertido en trabajo directo (trabajo pagado por ítem), trabajo de soporte (moviendo equipos y materiales para trabajar en el lugar de las obras) y retrasos (el tiempo durante el cual no se ha podido ejecutar trabajos), según detalla Nelson.¹²⁹

Como resulta evidente, este tipo de muestreo sólo puede aplicarse durante la vida del proyecto, no siendo compatible con un esfuerzo de

¹²⁶ *Ibidem.*

¹²⁷ *Ibidem.*

¹²⁸ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 23.

¹²⁹ *Ibidem.*

análisis retrospectivo.¹³⁰ Si registros contemporáneos no están disponibles, advierte la sociedad, será improbable que este método resulte persuasivo, aunque la evidencia provista por testigos presenciales podría servir.¹³¹ Por otro lado, su confiabilidad no es muy alta, al ser únicamente una medida por muestra de la productividad.¹³²

El muestreo por cuestionario a los artífices les permite a éstos, por su parte, a estimar la magnitud del tiempo productivo perdido en campo, en un rango diario o semanal, identificando la razón de ello. No particularmente científico, de acuerdo a Nelson,¹³³ el resultado de este muestreo constituirá cuando menos documentación contemporánea del proyecto, si es llevado a cabo apropiadamente.¹³⁴

3.3.5. *Modelamiento de dinámicas del sistema*

Se trata de un método, explica la sociedad,¹³⁵ que se basa en una simulación por computadora, efectuada con un *software* especializado, consistente en un modelo del proyecto objeto de la disrupción.

De acuerdo a la sociedad,¹³⁶ este modelo replica la compleja red de relaciones e interacciones que influyen la productividad de la mano de obra y el retrabajo, incluidas las varias fases del proyecto, los diferentes aspectos, flujos y participantes del mismo, así como los efectos directos que los eventos disruptivos ocasionaron en él y los gastos incu-

¹³⁰ *Ibidem.*

¹³¹ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 48.

¹³² NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 23.

¹³³ *Ibidem.*

¹³⁴ Vale la pena señalar que una variación de este método está dada por la formulación de este cuestionario al final de la ejecución de los trabajos, para confirmar o modificar un análisis de productividad perdida que hubiera sido realizado empleando otro método. Nelson usa el ejemplo de un cuestionario para artífices como modificador de un estudio amplio de la industria. *Idem*, p. 24.

¹³⁵ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 48.

¹³⁶ *Ibidem.*

rridos por las horas efectivas de la mano de obra. El proyecto es, entonces, vuelto a simular, sin la presencia de los elementos que sustentan el reclamo, resultando en un modelo de «qué hubiera pasado si no». Por ejemplo, en palabras de Nelson,¹³⁷ ¿qué habría pasado si una categoría en particular de interrupciones no hubiera ocurrido, pero otra sí, o qué habría pasado si las intervenciones del propietario no se hubieran producido?

A diferencia de lo que sucede con la milla medida (o la productividad de la línea base), puntualiza Nelson,¹³⁸ el modelamiento sí puede ser empleado para el análisis de interrupciones múltiples o concurrentes, causadas por partes diferentes del proyecto, permitiendo demostrar la relación causa-efecto de los efectos disruptivos involucrados.

No obstante, de acuerdo a la sociedad,¹³⁹ la fortaleza de las conclusiones derivadas de este análisis dependerá de la exactitud y la completitud de las fuentes de información y, por ende, la calidad y disponibilidad de los registros del proyecto, así como de la razonabilidad de las decisiones del analista al establecer el modelo; y, finalmente, de la transparencia del proceso analítico llevado a cabo por el *software* especializado.

Lo cierto es que, tal como destaca Nelson,¹⁴⁰ el modelamiento de las dinámicas del sistema no ha logrado popularidad en las disputas de la industria de la construcción, comparado (para usar el ejemplo más obvio) con el análisis de la milla medida. Una de las razones principales para ello es que los modelos generados con este método no son fácilmente comprensibles, debido a la complejidad dinámica y la naturaleza cuantitativa de estos modelos. Adicionalmente, señala el referido autor, a menos que el modelo en cuestión sea apropiadamente validado, carece

¹³⁷ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 21.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁰ NELSON, Derek. *Op. cit.*, pp. 21-22.

de razón de ser. Y la validación de un modelo de este tipo es problemática, prolongada y requiere una extensa experiencia en la presente metodología.

3.3.6. *Estudios comparativos de proyectos*

Con este enfoque, señala la sociedad,¹⁴¹ la productividad de un proyecto que sufre de una disrupción es comparada con la de proyectos similares o análogos (o con la de trabajos similares o análogos de otros proyectos), dentro de la misma industria en que los eventos disruptivos no hubieran ocurrido (ni, por tanto, las respectivas pérdidas de productividad).¹⁴²

En general, nos explica la sociedad,¹⁴³ son utilizados cuando no existen registros disponibles para llevar a cabo un estudio específico de proyecto y dependen de la disponibilidad de datos suficientes de los proyectos a comparar, sin perjuicio de que no serán persuasivos sin la debida transparencia en la información obtenida de los proyectos a comparar.

Su uso exitoso puede presentar dificultades, nos recuerda Nelson,¹⁴⁴ debido a que las definiciones de trabajo similar o proyecto similar difícilmente pueden ser acordadas por las partes del proyecto. No obstante, otros métodos pueden ser adoptados como complemento y para

¹⁴¹ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, pp. 48-49.

¹⁴² Nelson clasifica estos estudios en dos tipos: los estudios de trabajo comparable y los estudios de proyectos comparables. Y agrega que la Association for the Advancement of Cost Engineering clasifica el primer tipo (los estudios de trabajo comparable), a su vez, en las dos siguientes formas: a) el contratista estima la pérdida de productividad en el período impactado y, luego, identifica una actividad de trabajo análoga o similar en el mismo proyecto, que no hubiera sido impactada, y calcula su productividad; y b) el contratista compara la productividad durante el período impactado y la productividad de otro trabajo similar pero no impactado, que hubiera sido ejecutado por otro contratista en el mismo proyecto. NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁴³ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, pp. 48-49.

¹⁴⁴ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 24.

posterior sustentación de los resultados obtenidos. Y, por cierto, existen situaciones en que éstos serán la mejor alternativa disponible. Por ejemplo, el autor citado¹⁴⁵ lo recomienda para reclamos de magnitud considerable, cuando no existe un claro periodo no impactado.

3.3.7. *Estudios de la industria*

Si la documentación contemporánea del proyecto es insuficiente para permitir un estudio específico del proyecto o no se encuentran disponibles estudios comparativos de proyectos, la sociedad sostiene¹⁴⁶ que podrá ser útil recurrir a una estimación de la pérdida de productividad efectuada usando datos obtenidos de estudios basados en una investigación amplia de la industria (manuales y/o reportes amplios de la industria, señala Nelson),¹⁴⁷ aunque si y sólo si estos estudios son relevantes para las condiciones de trabajo y los tipos de construcción que aplican al proyecto que ha sufrido la disrupción.

Los factores generados por estos estudios (ya sea que se basen en datos empíricos o no), continúa explicando la sociedad,¹⁴⁸ son aplicados a las pérdidas efectivas de recursos del proyecto aquejado por la disrupción, con el fin de determinar si el nivel de pérdida medido en dicho proyecto es consistente con los factores determinados por aquellos estudios. Por ejemplo, puntualiza seguidamente la sociedad, para proyectos que sufren una disrupción por clima severo, estos estudios pueden proveer factores que suponen cambios de temperatura y sus efectos en las prácticas y la productividad de los contratistas.

Ahora bien, estudios de este tipo, particularmente aquéllos que no están sustentados por datos de corroboración del proyecto en cuestión,

¹⁴⁵ *Ibidem.*

¹⁴⁶ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁷ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁸ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 49.

advierte la sociedad,¹⁴⁹ serán criticados por teóricos, de manera que deberán ser usados con precaución, por ejemplo, cuando la documentación sobre el proyecto es insuficiente o de manera conjunta con otro método, para aumentar la evidencia que sustente los daños. Lo que nos permite concluir que, aunque más rápidos y baratos, no deben ser la primera opción a elegir, remarca Nelson.¹⁵⁰

3.3.8 Métodos basados en el costo

Se trata de métodos, que, con base en los registros de costos del proyecto, buscan proveer de una comparación entre los costos en que se incurrió y los costos tal como fueron estimados (mano de obra empleada versus mano de obra estimada, por ejemplo), para aquellas actividades impactadas por eventos disruptivos de los que el propietario es responsable.¹⁵¹

De acuerdo a lo explicado por la sociedad, entre las fórmulas disponibles bajo esta categoría, la más simple consiste en la sustracción de todo el costo de mano de obra invertido por el contratista, menos el costo de mano de obra pagado por el propietario al contratista, la cual determina el total del costo perdido de la mano de obra. Pero no hay que perder de vista que una operación de este tipo sólo será persuasiva si se excluyen los errores de la oferta del contratista, así como cualquier evento disruptivo del que éste sea responsable.¹⁵²

En realidad, comenta la sociedad, de por sí los métodos basados en el costo proveen del soporte menos sólido a un reclamo de interrupción y son frecuentemente utilizados cuando la pérdida de productividad no puede ser fiablemente calculada utilizando un enfoque basado en la pro-

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁵¹ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁵² *Idem*, pp. 49-50.

ductividad.¹⁵³ Pero conforme precisa también la referida organización, pueden proveer de alguna ayuda si existe suficiente documentación y testimonios de particulares que contribuyan a demostrar la razonabilidad de las asunciones hechas en la oferta (especialmente, que las horas hombre estimadas fueran realistas y practicables), que los costos reales en que se incurrió fueron razonables y que los costos de cualquier evento disruptivo del que es responsable el contratista han sido excluidos.¹⁵⁴

En general, siguiendo a Nelson,¹⁵⁵ estos métodos se clasifican en el método del costo total y el método del total modificado.

De acuerdo a Jones,¹⁵⁶ el método del costo total es el más básico de los enfoques para calcular los daños por pérdida de productividad. Bajo este método, los costos laborales estimados de un proyecto son sustraídos de los costos en los que realmente se incurrió, incluyendo utilidad, para obtener la suma de un ajuste equitativo.

Advierte el mismo autor¹⁵⁷ que, por lo general, los contratistas se basan en este método sólo cuando no existe documentación del proyecto ni archivos de campo que prueben los daños con mayor certeza.

No suele ser favorecido por las cortes o los tribunales porque no elimina los factores causales de los que la entidad o el propietario no es responsable. De ahí que se le considere una suerte de último recurso, el cual sólo puede ser utilizado (siguiendo el criterio establecido por el Veterans Affairs Board of Contract Appeals de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso Centex Bateson) si el contratista demuestra.¹⁵⁸

¹⁵³ La sociedad llega a afirmar que este tipo de método no será persuasivo allí donde existan métodos basados en la productividad que pueden ser razonablemente desarrollados bajo las respectivas circunstancias. *Idem*, p. 50.

¹⁵⁴ *Idem*, pp. 49-50.

¹⁵⁵ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁶ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 31 y NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 25.

- a) La impracticabilidad de probar pérdidas reales directamente.
- b) La razonabilidad de su oferta.
- c) La razonabilidad de sus costos reales.
- d) La falta de responsabilidad por los costos añadidos.

En lo que respecta al método del costo total modificado,¹⁵⁹ explica que su postulación gira en torno a las deficiencias más significativas del método del costo total, las cuales son: que no logra considerar problemas causados por el contratista y asume que la oferta base de éste fue correcta.

Siguiendo al referido autor,¹⁶⁰ el método del costo total modificado elimina la dependencia del estimado original hecho por el contratista y toma en consideración factores de rendimiento de los que el propietario no es responsable, exigiéndole al contratista dar cuenta de éstos últimos. Con el fin de calcular el costo de la ineficiencia, el contratista deberá partir del costo real del rendimiento del proyecto y restarle tanto los costos en los que incurrió por error, como el precio que ofertó por el proyecto.

3.4. Reflexiones adicionales

Éstos son los métodos de cálculo de la pérdida de productividad más ampliamente extendidos.¹⁶¹ Bajo circunstancias apropiadas, y en grados

¹⁵⁹ JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Tal como explica Nelson, se considera también como otras formas de estimar la pérdida de productividad ocasionada por eventos disruptivos de responsabilidad del propietario al testimonio de expertos o peritos y el veredicto de un jurado o la decisión de un juez o árbitro. NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 25. Respecto a los peritos, tal como señalamos puntualmente en el caso del análisis de la milla medida, parte fundamental del sustento del cálculo de la productividad perdida está basada en el testimonio de este tipo de profesionales, con lo que su participa-

variables, todos los métodos presentados previamente deberían poder sustentar un reclamo por disrupción.¹⁶²

La sociedad sostiene¹⁶³ que los más fiables y precisos son los estudios específicos del proyecto, es decir, aquéllos que se basan en el análisis de información real y contemporánea, extraída del proyecto específico en cuestión,¹⁶⁴ particularmente un análisis de la milla medida adecuadamente implementado; después de todo, se trataría de estudios que brindarían, de acuerdo a Nelson,¹⁶⁵ la más cercana aproximación a los daños reales del proyecto.

La sociedad alienta también¹⁶⁶ la combinación del análisis propio de un método basado en la productividad con el de un método basado en el costo, lo cual ofrecería una provechosa corroboración allí donde resulte proporcional efectuar este esfuerzo.

ción debería considerarse inmersa en cualquiera de los métodos de esta naturaleza (cuando menos). Y en lo que se refiere al jurado, como se sabe, su criterio se basa en nada más que en una deducción fundada en información disponible para el tribunal que se avoca al caso JONES, Reginald. *Op. cit.*, p. 37. Pero hay que tomar en cuenta que bajo el derecho británico, por ejemplo, se reconoce expresamente la discrecionalidad del juez o el árbitro para establecer el pago por disrupciones, admitiéndose que puede ser apropiado para el árbitro emitir laudos individuales con respecto a los reclamos que pueden ser analizados de manera conveniente en aislamiento y un laudo suplementario con respecto a las consecuencias financieras del remanente, como un todo compuesto («Building Law Report». *Construction Law Journal*. Issue 1, 1992, vol. 8, p. 69). Ahora bien, más que metodologías, lo que tenemos aquí son vehículos de establecimiento de la cuantía de la pérdida de la productividad que no pueden utilizarse como patrón procedimental para demostrar la magnitud de la pérdida de productividad.

¹⁶² SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 50.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 50.

Por otro lado, tal como se manifestado antes, la sociedad advierte¹⁶⁷ que sea cual fuere el método que se adopte, es necesario que el analista aísle los elementos que, pudiendo tener un impacto en la productividad, no guarden vinculación con la esfera de responsabilidad del propietario.

Finalmente, el hecho de que todos los métodos distintos a los estudios específicos del proyecto sean considerados meras técnicas estimativas con diversos grados de fiabilidad¹⁶⁸ y, por tanto, menos sólidos en sí mismos, nos recuerda nuevamente la importancia de mantener registros apropiados desde el comienzo del proyecto, al tratarse del sustento por antonomasia de un reclamo por disrupción.¹⁶⁹

4. CONCLUSIONES

Una disrupción es cualquier perturbación, obstáculo o interrupción al método constructivo regular adoptado por el contratista que resulte en una menor productividad o eficiencia en la ejecución de determinadas actividades previstas contractualmente, la cual puede extender o no el tiempo de ejecución del proyecto. Por su parte, la disrupción de tipo acumulativo es el «efecto dominó» de cambios en los trabajos que estuvieron originalmente exentos de cambios, el cual causa una reducción de la productividad y que no puede ser subsumida dentro cambios contractuales específicos.

Mientras que el «reclamo por retraso» es el que se deriva de un retraso en el trabajo en su integridad, el «reclamo por disrupción» es el derivado de circunstancias donde parte de los trabajos ha sido impactada sin que se haya afectado la fecha de conclusión del proyecto en su conjunto.

¹⁶⁷ *Ibidem.*

¹⁶⁸ NELSON, Derek. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁹ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Op. cit.*, p. 50.

El resarcimiento por una disrupción sólo procede en la medida que el propietario la haya causado, ya sea en virtud de una expresa previsión contractual o reputándolo un incumplimiento del contrato. En el caso de las normas nacionales de contratación pública general, el más claro vehículo de compensación por una disrupción sería, en principio, el numeral 34.5 del artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 171 de su Reglamento, aunque según la distribución de riesgos operada por la entidad respectiva en las bases.

Sin perjuicio de que los tres elementos claves de prueba que requiere generalmente un reclamo por disrupción son la responsabilidad, el nexo causal y el daño resultante (debiendo descartarse los factores de la previsibilidad o la renuncia), el éxito del reclamo se encontraría sobre todo en el involucramiento combinado de la explicación de un experto o perito con el testimonio de testigos que experimentaron de primera mano los efectos de los eventos disruptivos ocasionados por el propietario. La credibilidad del perito dependerá de que sepa apoyarse y conozca el contrato y la documentación contemporánea del proyecto, la cual deberá ser revisada detalladamente.

La carga de la prueba del hecho de que la disrupción ha ocasionado una pérdida económica corresponde al contratista. La documentación contemporánea requerida por los métodos de cuantificación de esa pérdida es generalmente diferente y, por ello mismo, el método más adecuado para un proyecto está en realidad determinado por la información efectivamente disponible de ese proyecto con que cuente el reclamante.

Si la documentación contemporánea del proyecto es insuficiente para permitir un estudio específico del proyecto (como el análisis de la milla medida, difundido también en nuestro país) o no se encuentran disponibles estudios comparativos de proyectos, será provechoso recurrir a una estimación de la pérdida de productividad efectuada usando datos obtenidos de estudios basados en una investigación amplia de la industria, aunque éstos pueden tacharse de teóricos. Mientras que los

métodos basados en el costo son el último recurso (aunque se recomienda adoptar su versión modificada). Se puede combinar un método basado en la productividad (alguno de los estudios mencionados) con uno basado en el costo, ahí donde resulte proporcional.

Todos los métodos distintos a los estudios específicos del proyecto son considerados meras técnicas estimativas, con diversos grados de fiabilidad y, en esa línea, resultan menos sólidos en sí mismos que los específicos. Esto debe recordarnos la importancia de mantener registros apropiados desde el comienzo del proyecto, al tratarse del sustento por antonomasia de un reclamo por interrupción.

5. REFERENCIAS

«Building Law Report». *Construction Law Journal*. Issue 1, 1992, vol. 8.

CAMPOS MEDINA, Alexander e HINOSTROZA SOBREVILLA, Luis Martín. «El contrato de obra pública: lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir». *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2008, vol. 3, n.º 6, pp. 297-308.

CHAMPION, Ronan. *Variations, Time Limits and Unanticipated Consequences*. 2007. Disponible en <<https://goo.gl/BmKCSZ>> (visitado por última vez en 24/06/2015).

CHOAT, Rupert y PECKETT, Victoria. *Disruption [in England and Wales]*. 2016. Disponible en <<https://goo.gl/zXYeqA>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Código Civil peruano de 1984*. Disponible en <<https://goo.gl/SMnVjX>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*. Disponible en <<https://goo.gl/mjzrNe>> (visitado por última vez el 24/06/2015).

CREE, Caroline y BARNES, Martin. «Quantifying Disruption Costs». *Construction Law Journal*. Issue 4, 1989, vol. 5.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE INGENIEROS CONSULTORES. *Condiciones de Contratación para la Construcción de Trabajos de Ingeniería y Edificación Proyectados por el Cliente (Libro Rojo)*. Geneve: Federación Internacional de Ingenieros Consultores, 1999.

FRANCO ARIAS, Billy. «Intervención en primer panel del cuarto día: Impulso probatorio en el arbitraje, valor de las pruebas, la prueba ilícita, elección del perito y finalidad de la pericia». En *Actas del Séptimo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2013*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre y Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 296-302.

FRANCO ARIAS, Billy. «El carácter vinculante de las opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado». *Derecho & Sociedad*. Lima, 2015, n.º 44, pp. 391-402.

HAIDAR, Ali. *Global Claims in Construction*. Londres: Springer-Verlag, 2011, pp. 85-117.

HESS, Stephen. «Who Should Own the Float?». *Journal of the American College of Construction Lawyers*. Issue 1, 2010, vol. 4, pp. 109-142.

HOWICK, Susan; ACKERMANN, Fran; EDEN, Colin y WILLIAMS, Terry. «Delay and Disruption in Complex Projects». En *Encyclopedia of Complexity and Systems Science*. MEYERS, Robert (editor). Berlin: Springer, 2017.

JONES, Reginald. «Lost productivity: Claims for Cumulative Impact of Multiple Change Orders». *Public Contract Law Journal*. Fall 2001, vol. 31, n.º 1, pp. 1-46.

KNOLL, Jocelyn y BJORKLUND, Shannon. «Force Majeure and Climate Change: What is the New Normal?». *Journal of the American College of Construction Lawyers*. Issue 1, 2014, vol. 8, pp. 29-82.

La Biblia. Edición Bover-Cantera. 1947. Disponible en <<https://goo.gl/vg2iAm>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

LÓPEZ AVILÉS, Carlos. *Una visión técnica del equilibrio económico financiero del contrato de obra*. 2016. Disponible en <<https://goo.gl/kG9EP6>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

LÓPEZ AVILÉS, Carlos. «Intervención en segundo panel: “El equilibrio económico financiero del contrato como materia arbitral en la Ley n.º 30225”». En *Actas del Décimo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2016*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre y Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, pp. 85-89.

MIRANDA MIRANDA, Rodolfo. «Tercer Panel - Contrataciones públicas en obras: Ampliación de plazo y aceleración». En *Actas del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación de la Asociación Zambrano Cusco 2016*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre y Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, pp. 137-142.

MOLINEAUX, Charles. «Changes Resulting for Interference with Methods of Performance». En CRUSHMAN, Roberty y BUTLER, Stephen (editores). *Construction Change Order Claims*. New Jersey: Wiley Law Publications, 1994.

NELSON, Derek. *The Analysis and Valuation of Disruption*. 2011. Disponible en <<https://goo.gl/45HFNn>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

O'CONNOR, James Duffy. «It's a Matter of Time: Delay and Change». *Journal of the American College of Construction Lawyers*. Issue 1, 2014, vol. 8, pp. 1-28.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO. Directiva n.º 012-2017-OSCE/CD. Disponible en <<https://goo.gl/13ndep>> (visitado por última vez el 24/06/2015).

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO. Opinión n.º 132-2017/DTN del 9 de junio de 2017. Disponible en <<https://goo.gl/hHDnrs>> (visitado por última vez el 24/06/2015).

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO. Opinión n.º 269-2017/DTN del 27 de diciembre de 2017. Disponible en <<https://goo.gl/F3MgXE>> (visitado por última vez en 24/06/2015).

SANDERS, Douglas y EAGLES, Chris. Delay. *Disruption and Acceleration Claims*. 2001. Disponible en <<https://goo.gl/buQZT9>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Delay and Disruption Protocol*. February 2017, second edition. Disponible en <<https://goo.gl/uDB2Gx>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

WALDRON, Martin. *Delay and Disruption Claims. Contractors' Compensation Entitlements*. 2014. Disponible en <<https://goo.gl/REzj4A>> (visitado por última vez el 24/06/2018).

LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LOS PRECIOS UNITARIOS

*Emilio Cassina Rivas**

La Comisión de Publicidad de la Asociación Civil Derecho & Sociedad me ha invitado para que desarrolle el tema «La modificación unilateral de los precios unitarios» como parte del ámbito mayor que comprende los sistemas de contratación, las prestaciones adicionales y los llamados mayores metrados, siendo estos dos últimos distintos entre sí. Procedo, en consecuencia, a dicho desarrollo.

1. APRECIACIÓN HISTÓRICA

Para una apreciación cabal de los precios unitarios y dilucidar si es posible modificarlos unilateralmente es preciso estudiar las variaciones legales que sobre esta materia se han producido en el transcurso del tiempo.

1.1. Sistemas de contratación

La primera Ley sobre las Contrataciones del Estado fue la Ley n.º 26850, promulgada el 9 de julio de 1997. Su Reglamento se aprobó por el Decreto Supremo n.º 039-98-PCM del 26 de setiembre de 1998.

El artículo 25 de la Ley n.º 26850, al referirse a las bases de los procesos de selección, señala en el literal e) que en ellas debe figurar la definición del sistema y/o modalidad a seguir, el cual será uno de los establecidos en el Reglamento.

* Abogado, especialista en contrataciones del Estado. Autor del libro *Contrataciones y licitaciones públicas. Estudio doctrinario y textos legales*. Lima: Comunidad, 2003.

El artículo 28 de su Reglamento indica que los sistemas de construcción a utilizarse son dos:

- i) El sistema de suma alzada, que será aplicable cuando las magnitudes y calidades de la prestación están totalmente definidas en las especificaciones técnicas y, en el caso de obras, en los planos de acuerdo a las especificaciones técnicas.

En este sistema el postor formula su propuesta por un monto fijo y por un determinado plazo de ejecución.

- ii) El sistema de precios unitarios, tarifas y porcentajes en los que el postor formula su propuesta ofertando precios, tarifas o porcentajes en función de un conjunto de partidas o cantidades referenciales contenidas en las bases y que se valorizan en función de su ejecución real, así como por un determinado plazo de ejecución.

En estos casos, el postor presentará, además del desagregado a que se refiere el párrafo precedente, el valor total de la oferta económica.

Estos conceptos sobre los sistemas de contratación se han mantenido básicamente a lo largo del tiempo, así que volveremos a hablar de ellos más adelante, al tratar de las normas legales vigentes en la actualidad.

1.2. Prestaciones adicionales

El artículo 42 de la Ley n.º 26850 prescribía que la entidad podía ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el 15% del monto del contrato, siempre que fuesen indispensables para alcanzar la finalidad del contrato, y que, asimismo, podía reducir obras y servicios hasta por igual porcentaje.

Por medio de las prestaciones adicionales es posible que la entidad modifique unilateralmente los precios unitarios si ordena cambios en la composición de las unidades y partidas. Nótese que las prestaciones adicionales podían ser sobre bienes, servicios y obras, pero la reducción cabía sólo para servicios y obras, mas no para bienes.

El artículo 94 del Reglamento precisaba los conceptos del artículo 42 de la Ley, pero le agregó que la autorización para ejecutar prestaciones adicionales tenía que provenir de la máxima autoridad administrativa de la entidad y que esto podía dar lugar a una ampliación del plazo contractual siempre que ellas lo afectasen.

Los artículos 115 y 116 de este Reglamento se ocupaban exclusivamente de las prestaciones adicionales en obras. El primero establecía que las prestaciones adicionales se podían ejecutar solamente si se contaba con orden escrita de la entidad y siempre que su valor, restándole los presupuestos deductivos, no superase el 15% del monto del contrato original.

El artículo 116 se ocupaba de las prestaciones adicionales, cuyo valor excedía del 15% del monto original del contrato, e indicaba que luego de la aprobación de la Entidad, para su pago requerían de la autorización expresa de la Contraloría General de la República, la que debía pronunciarse en un plazo máximo de diez días hábiles, bajo responsabilidad, con la debida motivación. En caso que la Contraloría no se pronunciara dentro de ese plazo la entidad entendería que se había dado la autorización.

Por Decreto Supremo n.º 012-2001 PCM del 12 de febrero del 2001, en cumplimiento de la Ley n.º 27730, se aprobó el TUO de la Ley n.º 26850; y por el Decreto Supremo n.º 013-2001 PCM de la misma fecha se aprobó el nuevo Reglamento. La única novedad en este Reglamento es que le incorporó en su artículo una lista de definiciones, pero no se incluyó lo relativo a prestaciones adicionales.

Pasamos ahora a estudiar el Decreto Legislativo n.º 1017, promulgado el 3 de junio de 2008, que en su artículo 41 permitía la ejecución de prestaciones adicionales en los contratos de bienes y servicios hasta el 25% de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad el contrato; previéndose también la posibilidad de reducir prestaciones en bienes, servicios u obras hasta el mismo porcentaje de 25%.

Pero en los contratos de obra las prestaciones adicionales sólo se pueden autorizar hasta el 15% de sus montos, restándoles los presupuestos deductivos entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obras 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.

Sin embargo, en el supuesto de que fuese necesario y resultase 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 al 15%, se podía autorizar por el titular hasta el 50% del monto original del contrato, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese corresponder al proyectista, debiéndose 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 contaba con los recursos necesarios.

En el caso que las prestaciones adicionales de obra con carácter de emergencia, dicha autorización se emitiría previa al pago. La Contraloría General contaba con un plazo de 15 días hábiles, bajo responsabilidad, debiéndose darse cuenta a la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República y del Ministerio de Economía, bajo responsabilidad del titular.

Alternativamente, la entidad podía resolver el contrato mediante una comunicación escrita cursada al contratista. Las decisiones toma-

das por el titular o la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no pueden ser sometidas a arbitraje. Tampoco se someten a arbitraje las controversias referidas a prestaciones adicionales de obra y de mayores prestaciones de supervisión que requieren aprobación previa de la Contraloría General de la República.

El contratista podía solicitar ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobadas y que modifiquen.

La Ley n.º 30225 del 10 de julio del 2014, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1341 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, derogaron el Decreto Legislativo n.º 1017 y su Reglamento.

El artículo 34 de la Ley se refiere a las modificaciones de los contratos y en los numerales 34.2 y 34.3 trata de las prestaciones adicionales. Por lo dispuesto en el numeral 34.2, la entidad puede ordenar que el contratista realice ciertas prestaciones adicionales, que en esta circunstancia está en la obligación de ejecutarlas. Esta facultad, concedida por la ley a la entidad para ordenar el aumento o la reducción de las prestaciones pactadas en el contrato, es uno de los poquísimos rezagos de la abandonada doctrina del *ius imperium* o derecho de autoridad del Estado. La prestación adicional puede ejecutarse sobre bienes, servicios y consultorías hasta el 25% del monto del contrato original siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes servicios u obras hasta por el 25%.

El artículo 34.2 menciona que, tratándose de obras, las prestaciones pueden ser hasta por el 15% del monto del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al contrato, mayores al 15% referido, el titular de la entidad puede autorizarlas hasta el 50% como máximo, sin perjuicio de la responsabilidad que puede corresponder al proyectista. Para esta autorización se requiere contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República para su ejecución y pago y la comprobación de que se cuenta con los recursos necesarios.

En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previo al pago. Esta situación se pone en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República y del MEF bajo responsabilidad del titular de la entidad. Alternativamente, la entidad puede resolver el contrato.

Conforme al artículo 34.1 de este Reglamento, el contratista también puede pedir la modificación del contrato para alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente. Estas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato.

La Ley n.º 30225, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1341, tiene el mismo texto original. El artículo 139 del Reglamento de la Ley n.º 30225, aprobado por el Decreto Supremo n.º 350-EF modificado por el Decreto Supremo n.º 056-2017, se refiere a los adicionales y reducciones ciñéndose a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley n.º 30225 ya comentada.

En el artículo 139.6 se establece que, excepcionalmente, en el caso de prestaciones adicionales con el carácter de emergencia en contratos cuya ejecución ponga en peligro a las personas o afecte la integridad de la infraestructura pública o la continuidad del servicio público, se puede autorizar la ejecución de dichas prestaciones mediante comunicación escrita al contratista, sin perjuicio de la que la entidad deba efectuar previamente a la emisión de la resolución correspondiente sin la cual

no puede efectuarse pago alguno bajo responsabilidad del titular de la entidad.

Los artículos 175 y 176 son los que regulan las prestaciones adicionales de obras menores al 15% del monto del contrato original, así como de los adicionales de obra mayores al 15% que pueden llegar hasta el 50% en los casos especiales ya comentados.

Los artículos 179 y 179.5 se refieren a los contratos de obra a precios unitarios. El artículo 179.10 manifiesta que en estos contratos a precios unitarios en los cuales se deban efectuar mayores metrados no se requiere autorización previa para su ejecución, pero sí para su pago, que debe ser autorizado por el titular de la entidad o a quien se le delegue esta función. Por el contrario, si hay modificaciones en las partidas en lo relativo a sus componentes y sus especificaciones técnicas, el precio tendría que variar por decisión unilateral, en este caso, de la entidad.

Para la aplicación de lo establecido en este artículo, el monto acumulado de los mayores metrados y de las prestaciones adicionales de obra, restándoles los presupuestos deductivos vinculados, no puede superar el 15% del monto del contrato original.

No parece errónea esta posición de la Ley y el Reglamento porque confunden las prestaciones adicionales con los mayores metrados que son materias totalmente distintas.

En el artículo 176 se trata de las prestaciones adicionales de obras mayores al 15% disponiéndose que sean aprobadas por el titular de la entidad con autorización previa, para su ejecución y pago, de la Contraloría General. La determinación de estos porcentajes incluye los montos acumulados de mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico en contratos de precios unitarios.

En el artículo 176.5 se dice que las prestaciones adicionales de obras y los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico en contratos a precios unitarios, en conjunto, no pueden superar el 50% del monto del contrato original. En caso que superen este límite se proceda a la resolución del contrato.

Volvemos ahora a los sistemas de contratación. El sistema de contratación está tratado en el artículo 14 del Reglamento de la Ley n.º 30225, aprobada por el Decreto Supremo n.º 350-2015 y modificado por el Decreto Supremo n.º 056-2017. En este artículo se hace un texto algo diferente al de las normas anteriores.

El sistema de suma alzada es aplicable, según este artículo 14, cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación están definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra respectivos. El postor formula su propuesta por un monto fijo, integral y por un determinado tiempo de ejecución para cumplir el requerimiento.

Tratándose de obras, el postor formula dicha oferta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva, presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico, en ese orden de prelación, debiendo presentar para la suscripción del contrato el desagregado de partidas que da origen a la partida.

El mismo orden de prelación se aplica durante la ejecución de la obra. En las consultorías de obras, el postor presenta su propuesta considerando los trabajos necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los términos de referencia y el valor referencial en ese orden de prelación. No puede emplearse el sistema de suma alzada en obras de saneamiento y viales.

El sistema de precios unitarios es aplicable en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultoría y obras cuando no puede conocerse con exactitud y precisión en las cantidades o magnitudes requeridas. En el caso de obras, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios en función de las cantidades referenciales contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales que se valorizan en relación con su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

Un modo excelente para distinguir el precio de suma alzada con respecto a los precios unitarios es la definición de los maestros Planiol y Ripert:¹

Contrato de Obra a Precio Alzado.- El precio puede fijarse globalmente, es decir, en bloque, y ser estimado en una cifra única que en ningún caso puede ser superior. El contrato contiene entonces una verdadera cláusula de seguro por la cual la persona por quien se hace la obra está garantizando contra las probabilidades de que se haya hecho una estimación insuficiente en el costo del trabajo.

Muchos propietarios tratan las construcciones mediante este procedimiento: el arquitecto o empresario se compromete a entregar la casa por el precio convenido, totalmente terminada. El peligro consiste en que el empresario especula sobre la ignorancia del cliente y sobre la imposibilidad en que éste se halla de verificar el trabajo, empleando materiales de calidad inferior, economizando a costa de la buena ejecución de los trabajos, en detrimento de la solidez o de la duración.

Contrato de Obra según Presupuesto.- El precio puede fijarse por un presupuesto, lo que lo hace susceptible de variar y, sobre todo de Aumentar, por la adhesión de nuevos detalles y de trabajos

¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Derecho civil*. México D. F.: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996, p. 1031.

suplementarios Puede decirse que también en este caso hay un precio fijo, pero artículo por artículo y no globalmente: cada detalle del trabajo tiene su precio particular. El precio total que deberá pagarse dependerá de los trabajos realmente ejecutados y sólo podrá conocerse después de su ejecución: se fija con posterioridad y no anticipadamente como en el caso anterior.

El contrato de obra según los precios oficiales es una variante de este segundo procedimiento, la tarifa aplicable a cada artículo en lugar de ser libremente discutida por las partes o según el uso del lugar, se halla fijada oficialmente, siendo obligatoria para la industria de la construcción.

Estos conceptos están contenidos en los artículos 1776² y 1781³ del Código Civil que describen, respectivamente, el contrato por ajuste alzado y por unidades, piezas o medidas.

De todo lo expuesto aparece con claridad que las entidades estatales tienen la atribución de disponer unilateralmente que los contratistas realicen trabajos más allá de lo pactado en las contrataciones de adquisiciones de bienes y suministros, servicios hasta por el 25% del monto de aquéllas y de 15% del monto de los contratos de obra.

Lo dicho significa también que esas entidades pueden modificar unilateralmente el valor de los precios unitarios si es que deciden variar

² Artículo 1776.- Obra por ajuste alzado

El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifique mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra.

³ Artículo 1781.- Obra por pieza o medida

El que se obliga a hacer una obra por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada. El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada. No produce a este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida.

las especificaciones técnicas y los componentes previstos originalmente al suscribirse el contrato tales como materiales, equipos y mano de obra, lo que involucra una modificación de éste. Lo mismo puede ocurrir si se decide reducir el monto del contrato.

En cambio, el contratista sólo puede sugerir o solicitar dichos cambios a la entidad, la que puede aceptarlos o no. En efecto, la última Ley n.º 30225 ha traído un planteamiento muy interesante y que puede agilizar la contratación estatal. El artículo 34.1 de la Ley prescribe que el contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en ella y en el Reglamento, por orden de la entidad, lo que implica una variación unilateral o a solicitud del contratista para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, pero en este caso se requiere de la aprobación de la entidad.

La modificación no debe alterar el equilibrio económico financiero del contrato pues, en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio. En este caso también es aplicable el artículo 123 del Reglamento, según el cual la entidad es responsable frente al contratista por las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares, o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes y similares.

Hay que indicar que además de esta Ley n.º 30225, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1341, contiene el artículo 34.A, que permite que sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar cuando resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los

elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique la variación del precio debe ser aprobada por el titular de la entidad.

El artículo 34.A de la Ley está reglamentado por el artículo 142 del Reglamento que establece los requisitos que se deben cumplir para que operen las modificaciones previstas, siendo ellos la elaboración de un informe técnico legal que las sustenten, el informe de la supervisión cuando ésta exista, el informe del Área de Presupuesto con la certificación correspondiente en caso de que la modificación implique variación del precio. La modificación debe ser aprobada por el titular de la entidad en forma indelegable y volcarse en una adenda que se registrará en el Seace.

La verdadera modificación unilateral del precio unitario para aumentarlo o reducirlo es la que surge de un mandato de la entidad para aumentar o reducir partidas por variación de los componentes de las partidas o unidades establecidas en los planos y/o especificaciones técnicas. Por ejemplo, si en el plano estaba prevista una excavación en terreno llano y resulta que en la realidad el suelo es rocoso y se requiere el empleo de máquinas especiales y hasta explosivos, motivando un cambio de partida y de sus componentes en horas hombre, equipos y materiales.

LIQUIDACIÓN DE OBRA

*Ricardo Gandolfo Cortés**

El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente,¹ al igual que aquéllos que lo antecedieron, establece un procedimiento para la liquidación del contrato de ejecución de obra que empieza con la presentación de una primera liquidación practicada por el contratista, debidamente sustentada con la documentación y cálculos correspondientes, que se entrega a la entidad dentro de un plazo de sesenta días² o del equivalente a un décimo del plazo contractual vigente,³ el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y experto en contratación pública. En 1996 fue contratado para elaborar el proyecto de la primera Ley de Contrataciones del Estado. Ha realizado estudios e investigaciones para organismos nacionales e internacionales. Es director de la Asociación Peruana de Consultoría y gerente legal de Cesel S. A. Es conferencista, consultor, catedrático y árbitro inscrito en los centros de arbitraje de la PUCP, del OSCE, de la Cámara de Comercio de Lima y de AmCham. Escribe en distintos medios y es editor del semanario electrónico *Propuesta*, fundado en 2001.

¹ RLCE, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 305-2015-EF, artículo 179.

² El artículo 121 del RLCE estipula que «durante la ejecución contractual los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que el presente Reglamento indique lo contrario, aplicándose supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183 y 184 del Código Civil», para los que «el plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles», regla aplicable «a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente».

³ Si el plazo vigente de la obra, con todas sus ampliaciones, es mayor de 600 días, el plazo que tendrá el contratista para entregar la liquidación será siempre el equivalente a un décimo de este plazo. Si son 620 días, por ejemplo, el plazo será de 62 días.

1. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

La recepción de la obra tiene su propio procedimiento⁴ que, a su turno, se inicia en la fecha en que culminan los trabajos del contratista y cuando el residente anota este hecho en el cuaderno de obra y la solicita formalmente. El inspector o supervisor,⁵ en un plazo no mayor de cinco días informa a la entidad, ratificando o no lo indicado, previa anotación en el mismo cuaderno de obra de los alcances de su informe.

⁴ RLCE, artículo 178.

⁵ El artículo 159.1 del RLCE, modificado por el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, refiere que «durante la ejecución de la obra, debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. Queda prohibida la existencia de ambos en una misma obra. El inspector es un profesional, funcionario o servidor de la entidad, designado por ésta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, ésta designa a una persona natural como supervisor permanente de la obra». A continuación, el artículo 159.2 agrega que «el inspector o supervisor, según corresponda, debe cumplir con la misma experiencia y calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra. Es obligatorio contar con un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutarse sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo». El artículo 159.3 advierte que «el supervisor de la obra, cuando es persona natural, o el jefe de supervisión, en caso el supervisor sea persona jurídica, no podrá prestar servicios en más de una obra a la vez [...]», salvo el caso previsto en el artículo 159.4 según el cual «en el caso de obras convocadas por paquete, la participación permanente, directa y exclusiva del inspector o supervisor es definida en los documentos del procedimiento de selección por la entidad, bajo responsabilidad, teniendo en consideración la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar», con lo que se abre la posibilidad —en muchos casos comprensible y lógica— para que todas las obras incluidas en el mismo paquete puedan compartir un mismo inspector o supervisor. En el 2018, las entidades están en la obligación legal de contratar un supervisor para garantizar de manera independiente el control de los trabajos en toda obra cuyo valor referencial sea igual o superior de 4 millones 300 mil soles. Es una norma que se repite anualmente y que lo único que cambia es el monto en función de diversas variables. Personalmente me preocupo, como de seguro muchos otros especialistas, de que el dispositivo aparezca en todas las leyes de presupuesto porque es una garantía de las muchas que se necesitan para dotar cada vez de mayor transparencia a la contratación pública.

En el caso de que el inspector o supervisor reporte a la entidad que, en efecto, la obra ha culminado, ésta última debe designar un comité de recepción dentro de los siete días siguientes de haber recibido esa comunicación. El comité está integrado, cuando menos, por un representante de la entidad, que necesariamente debe ser un ingeniero o arquitecto, según la naturaleza de los trabajos. El inspector o supervisor se conduce como un asesor técnico del comité.⁶

En calidad de veedores pueden participar en la recepción de la obra aquellos profesionales que sean acreditados por el colegio de ingenieros, el colegio de arquitectos o el órgano de control institucional de la entidad, subrayándose, sin embargo, que la ausencia de cualquiera de ellos o de todos, no vicia el acto, que puede llevarse a cabo, por consiguiente, sin su concurso.⁷

En un plazo no mayor de veinte días siguientes a su designación, el comité inicia, junto al contratista, el procedimiento de recepción que no debe tomar más de un décimo del plazo de ejecución vigente de la obra. Procede a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y a efectuar las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de instalaciones y equipos. De no existir observaciones, se hace la recepción, se considera terminada la obra en la fecha señalada en el cuaderno y se redacta un acta que suscriben los miembros del comité y el contratista.⁸

De existir observaciones, el contratista dispone de un nuevo décimo del plazo de ejecución vigente para subsanarlas, que se computa a partir del quinto día de suscrita el acta o pliego correspondiente. Las obras

⁶ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 178.1. La indicación es de suma importancia pues a menudo se trata de responsabilizar al inspector o supervisor sobre aspectos de naturaleza legal que escapan de sus alcances y obligaciones o sobre otras cuestiones que son de competencia exclusiva de los miembros del comité de recepción.

⁷ *Idem*, cuarto párrafo.

⁸ *Idem*, quinto y sexto párrafos.

que se ejecuten mientras se levantan las observaciones no dan derecho a ningún pago por ningún concepto a favor del contratista, inspector o supervisor, ni a la aplicación de ninguna penalidad.⁹

Subsanadas las observaciones, el contratista solicita una nueva recepción. Lo hace, como no puede ser de otra forma, a través del cuaderno de obra. El inspector o supervisor informa ahora en un plazo de sólo tres días, confirmando o no lo señalado, en tanto que el contratista y el comité se constituyen en la obra dentro de los siete días siguientes para proceder a la nueva comprobación que se limita a verificar sólo el levantamiento de las observaciones pendientes. Si se las considera subsanadas, se suscribe el acta de recepción.¹⁰

Si el contratista o el comité no estuviesen conformes con las observaciones o con las subsanaciones, anotan las discrepancias en el acta y el comité eleva lo actuado al titular de la entidad con un informe sustentado en un plazo de cinco días para que éste se pronuncie en igual plazo. Este procedimiento habilita en la práctica una segunda ronda sobre las mismas observaciones: la primera, la que anota el comité; y la segunda, la que se somete a la máxima autoridad de la entidad porque no le satisface al comité o, eventualmente, al propio contratista. De persistir la discrepancia, ésta puede ser sometida a junta de resolución de disputas, conciliación o arbitraje dentro de los treinta días hábiles posteriores al pronunciamiento o al vencimiento del plazo para pronunciarse.¹¹

De otro lado, una vez alcanzado el cincuenta por ciento del plazo para subsanar y el inspector o supervisor verifica que no se han iniciado los trabajos correspondientes, salvo situaciones justificadas debidamente acreditadas por el contratista, pone este hecho en conocimiento de la entidad y ésta da por vencido el plazo y notifica en ese sentido al contratista. Al día siguiente, asume directamente la subsanación con cargo

⁹ *Idem*, artículo 178.2, primer párrafo.

¹⁰ *Idem*, segundo y tercer párrafos.

¹¹ *Idem*, artículo 178.3, primer y segundo párrafos.

a las valorizaciones pendientes o de acuerdo al procedimiento que se establezca.¹² Sin perjuicio de ello, está permitida la recepción parcial de la obra cuando ello hubiere estado previsto en las bases, en el contrato o cuando las partes lo hubieren convenido, sin que ello exima al contratista de sus obligaciones o de ser penalizado en caso de incumplimiento.¹³

Todo atraso en la subsanación que exceda el plazo otorgado, atribuible al contratista, se considera como demora para los efectos de las penalidades y para la resolución del contrato por incumplimiento. Todo atraso en la recepción por causas ajenas al contratista lo faculta a adicionar el plazo de la demora al plazo de ejecución y a reclamar los gastos generales debidamente acreditados en que hubiere incurrido.¹⁴

Si en el proceso en el que se verifica la subsanación de las observaciones el comité constata la existencia vicios ocultos o defectos distintos de aquéllos que fueron materia de previo cuestionamiento, sin perjuicio de suscribir el acta, informa a la entidad para que ésta solicite por escrito al contratista el nuevo levantamiento, siempre que no hayan podido detectarse en el momento de la recepción de la obra.¹⁵ Si hubieran podido detectarse y no fueron materia de ninguna observación, ya no se pueden reclamar en aras de la seguridad jurídica.

2. LOS VEEDORES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La creencia de que la Contraloría General de la República debe participar en todos los procedimientos de selección que convoquen las entidades bajo el imperio de la Ley de Contrataciones del Estado, como veedor, no es nueva. Se ha analizado desde hace varios años con resultados diversos. El antecedente más remoto de esta opción legislativa es una

¹² *Idem*, artículo 178.4.

¹³ *Idem*, artículo 178.6.

¹⁴ *Idem*, artículos 178.5 y 178.7.

¹⁵ *Idem*, artículo 178.8.

disposición que facultaba a los órganos de control institucional a participar como veedores en los procesos de adjudicación de menor cuantía, conforme a la normativa del Sistema Nacional de Control.¹⁶ No intervenía directamente la Contraloría, lo hacían los órganos de control institucional, es cierto. No menos cierto es que ellos también forman parte del Sistema Nacional de Control. Y participaban como veedores, pero circunscritos, se entiende de manera obligatoria, a los procesos menores que, sin embargo, se empleaban para operaciones mayores que en primera convocatoria eran declarados desiertos.

Posteriormente, se estipuló lo mismo igualmente circunscrito a los procesos de adjudicación de menor cuantía.¹⁷ Se estableció, además, que en todos los actos de presentación de propuestas y otorgamiento de la buena pro se podía contar con la presencia de un representante del Sistema Nacional de Control, quien participaba como veedor y debía suscribir el acta correspondiente, subrayándose desde entonces que su ausencia no invalidaba el proceso.¹⁸ Por lo tanto, su presencia era facultativa aunque se reiteraba su obligación de suscribir el acta¹⁹ y se lo facultaba a participar en la definición en caso de empate, sea a prorrata o por sorteo cuando el otorgamiento de la buena pro se hacía en acto privado.²⁰

En la normativa actualmente vigente se invierte la tendencia y se estipula que los órganos de control institucional participan en el método de contratación conforme a la normativa del Sistema Nacional de Con-

¹⁶ Ley n.º 26850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, cuarta disposición final.

¹⁷ Ley de Contrataciones del Estado, promulgada mediante Decreto Legislativo n.º 1017, octava disposición complementaria final.

¹⁸ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, artículo 64.

¹⁹ *Idem*, artículo 66.

²⁰ *Idem*, artículo 73.

trol.²¹ Ya no se circunscribe a un determinado proceso de selección. Todavía no se puede aventurar una evaluación sobre los resultados de esta medida, pero lo más probable es que siga la tónica de la que la precedió.

Ahora se faculta la participación de un veedor del Sistema Nacional de Control en el acto de presentación de ofertas que, incluso, puede firmar el acta correspondiente,²² participar en el sorteo de los postores que hayan empatado en el caso de licitaciones de obras,²³ en el otorgamiento de la buena pro en servicios indicándose que si está presente debe firmar el acta,²⁴ en el acto privado de adjudicación simplificada²⁵ y en la contratación de consultores individuales.²⁶ En todos los casos se subraya el carácter facultativo de estos veedores.

En línea con lo señalado el OSCE ha absuelto una consulta formulada por el Gobierno Regional de Moquegua sobre las facultades que la normativa le reconoce a un veedor en un proceso regulado por ella. Específicamente, ha solicitado que se le aclare si las prerrogativas contempladas en el Reglamento, citadas previamente, comprenden el acceso a la documentación que presentan los postores, la posibilidad de sacar copias fotostáticas, de autenticarlas o certificarlas, de tomar fotografías y filmar las actividades propias del procedimiento, públicas y privadas.

La Dirección Técnico Normativa destacó que la participación de un representante del Sistema Nacional de Control como veedor en los actos de presentación y evaluación de ofertas, de adjudicación y de sorteo no le permite ejercer las facultades propias del comité de selección ni las del

²¹ Ley n.º 30225 de Contrataciones del Estado, séptima disposición complementaria final.

²² Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, artículo 53.7.

²³ *Idem*, artículo 54.7.

²⁴ *Idem*, 62.7.

²⁵ *Idem*, 69.

²⁶ *Idem*, 75.1.

órgano encargado de las contrataciones de la respectiva entidad, razón por la que no está autorizado a interferir en el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio, naturalmente, de observarse el principio de transparencia y el principio de publicidad. El primero obliga a las entidades a proporcionar información clara y coherente, garantizando la libre participación de postores bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. El segundo obliga a difundir la respectiva convocatoria con la finalidad de promover la mayor competencia posible.²⁷

La presencia de un veedor del Sistema Nacional de Control, en ese contexto, se enmarca dentro de las acciones que realiza la Contraloría General de la República y que se conoce como control simultáneo, que se practica sobre actividades en curso, en pleno desarrollo, con el objeto de alertar oportunamente a la entidad sobre aquellos hechos que pudieran poner en riesgo el resultado de los propósitos que persigue a efectos de que introduzca rápidamente los correctivos necesarios para superar el *impasse*.

El OSCE trae a colación el principio de legalidad, consagrado en la Ley del Procedimiento Administrativo General,²⁸ en cuya virtud las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. Lo hace para sustentar que la participación del representante del Sistema Nacional de Control en determinadas actuaciones sólo es en calidad de veedor, lo que no limita sus propias prerrogativas, pero tampoco le permite excederse de ellas.

En atención de esas consideraciones, el pronunciamiento concluye que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que el representante del Sistema que actúe como veedor pueda obtener copias fotostáticas autenticadas o certificadas de la documentación materia de observación, efectuar tomas fotográficas o de video y otras acciones similares.

²⁷ Opinión n.º 199-2017/DTN de 14 de setiembre de 2017.

²⁸ Ley n.º 27444, Título Preliminar, artículo iv, inciso 1.1.

La participación de ese veedor, como queda dicho, no es obligatoria. Ello, no obstante, existen algunas propuestas destinadas a hacerla obligatoria con el fin de que en todo procedimiento de selección haya un representante del Sistema Nacional de Control como parte de la política de lucha contra la corrupción, lo que demandaría, en la eventualidad de que necesariamente ese representante sea de la Contraloría y no del órgano de control institucional, la conformación de verdaderos regimientos de veedores, engrosando las filas de la burocracia y duplicando muchas funciones que cumplen otros actores en la contratación pública.

Por de pronto, la propia Contraloría General de la República presentó al Congreso de la República, en 2016, una iniciativa²⁹ con el objeto de modificar la Ley de Contrataciones del Estado para ampliar su presencia en los procedimientos de selección para la contratación de obras con opiniones obligatorias antes de que sean convocados, una exigencia que, de prosperar, dilataría y encarecería los procedimientos de selección habida cuenta de que habría que esperar ese documento para poder avanzar.

El mismo proyecto plantea que los supervisores reciban el tratamiento de funcionarios públicos por delegación; que le reporten directamente a ella los incumplimientos que detecten en el desarrollo de sus funciones, bajo responsabilidad; que estén inscritos en un registro administrado por ella y que sean designados por ella misma en los procesos en los que sea obligatoria su contratación, lo que equivale a estatizar parte de las actividades de consultoría. Finalmente, ordena que el OSCE suspenda los procedimientos en los que la Contraloría identifique la presencia de hechos irregulares o contrarios a los principios y normas que rigen la contratación pública o que pongan en riesgo el adecuado uso de los fondos públicos, extremo este último que resulta razonable.

²⁹ Proyecto de Ley n.º 24-2016/CGR, presentado el 12 de agosto de 2016.

Existe otro proyecto que pretende responsabilizar penalmente a los supervisores que no comuniquen a la Contraloría General de la República los incumplimientos o irregularidades que se detecten en las obras ejecutadas con recursos públicos o público-privados en materia de adicionales, mayores gastos generales, liquidación del contrato, vencimiento de garantías, variación del calendario, ampliaciones de plazo, aplicación de penalidades, deficiencias, omisiones o variaciones del expediente técnico, calidad de materiales, maquinarias, equipos y personal, así como en cuestión de normas técnicas sobre procesos constructivos.³⁰ Es decir, en toda clase de ocurrencias.

Esta iniciativa incluye la modificación del Código Penal para incorporar este ilícito y para sancionarlo con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años para el supervisor o para el profesional encargado por la persona jurídica para cumplir con esta obligación.

Ambas son propuestas que pueden lograr el efecto contrario al deseado, esto es, ahuyentar de la contratación pública a quienes no quisieran, obviamente, encontrarse involucrados en procesos de determinación de responsabilidades, como si fueran funcionarios públicos o, peor aún, en procesos penales, como si fueran delincuentes, por omisiones administrativas que eventualmente podrían subsanarse con un simple trámite epistolar. En el quehacer profesional se quedarían aquéllos curtiditos en las malas prácticas para quienes terminar envueltos en esos líos es pan de todos los días y para quienes salir bien librados de esos avatares no resulta nada difícil.

Eso, sin embargo, no es lo que el país anhela ni lo que la Contraloría desea. El país anhela combatir a la corrupción con todo el peso de la ley y sancionar ejemplarmente a quienes se coluden en agravio del Estado. Ese objetivo se logrará con transparencia y con ingenio, de la mano de la Contraloría. No reprimiendo a los mejores profesionales y

³⁰ Proyecto de Ley n.º 1025/2017-CR, presentado el 7 de marzo de 2017.

dejándoles la cancha libre a los peores, quienes fomentarán más de lo que se quiere evitar y proscribir.

3. LOS PLAZOS DE CADUCIDAD PARA RECLAMAR

Si hay discrepancias respecto a la liquidación del contrato de obra y éstas no se superan en las dos rondas de observaciones previstas, se abre la posibilidad de someterlas a la junta de resolución de disputas, a conciliación o a arbitraje dentro de los treinta días hábiles posteriores al respectivo pronunciamiento o al vencimiento del plazo sin que se produzca este pronunciamiento.³¹

Originalmente no se estipularon plazos para iniciar las reclamaciones. Sólo se precisó que si en la ejecución o interpretación de un contrato, en los casos de licitación o concurso público surge una discrepancia, ésta sería resuelta mediante arbitraje, sujeto a lo establecido en la Ley n.º 26572 y decidido por un árbitro único o un tribunal designados, en ambos casos, por acuerdo de las partes y a falta de éste, por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el antiguo Consucode. El laudo que así se expida era inapelable, definitivo y obligatorio para las partes, como lo sigue siendo veinte años después.³²

Posteriormente, se amplió el concepto indicándose que las controversias que surjan entre las partes, «desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad».³³

³¹ Ley de Contrataciones del Estado n.º 30225, artículo 45.2, primer párrafo.

³² Ley n.º 26850, artículo 41, inciso b).

³³ Ley n.º 28267, que modifica entre otros el artículo 53.2 de la Ley n.º 26850.

El concepto se mantuvo a través del tiempo hasta que se introdujo en el Reglamento la idea de que debían crearse plazos parciales para determinadas reclamaciones. Previamente, sin embargo, para el caso específico de la liquidación del contrato de obra se dispuso que «en el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los siete (7) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 185 y/o 186».³⁴

Se terminó creando una contradicción entre el plazo abierto que preveía la Ley y los plazos parciales, más cerrados y perentorios, que contemplaba el Reglamento para determinados casos especiales como los de nulidad, resolución, culminación y liquidación del contrato, ampliaciones de plazo y valorizaciones, metrados y recepción de obras.³⁵ En la mayoría de los casos, prevaleció, como es lógico, la disposición de mayor jerarquía que además le permitía al contratista evaluar si difería sus reclamaciones para el final, en función de un criterio de economía procesal, inmerso dentro del principio de eficiencia, o si simplemente se abstenía de presentar algunas de ellas porque al terminar el contrato quedaba satisfecho con otras compensaciones y ahorros logrados en el camino y no deseaba involucrarse y gastar recursos y energías en un proceso arbitral.

La caducidad, como se sabe, extingue el derecho y la acción correspondiente,³⁶ a diferencia de la prescripción, que extingue la acción pero no el derecho mismo.³⁷ Los plazos de caducidad, por si hubiera alguna duda,

³⁴ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, modificado mediante Decreto Supremo n.º 079-2001-PCM, artículo 139.

³⁵ Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, artículos 144, 170, 175, 179, 199, 201, 209, 210 y 211.

³⁶ Código Civil, artículo 2003.

³⁷ *Idem*, artículo 1989.

se fijan por ley y no hay posibilidad de pactar en contrario.³⁸ La Corte Suprema lo ha ratificado al señalar que conforme a la doctrina, las relaciones jurídicas y sus derechos se fijan en el tiempo de la concepción y al momento de su nacimiento y, por consiguiente, es el transcurso del tiempo, como fenómeno jurídico, el que se recoge en la norma para precisar sus efectos, razón por la que el derecho emerge ligado a un plazo para su ejercicio, plazo que sólo puede ser, en virtud de un mandato de carácter imperativo, fijado por ley, sin admitirse, como queda dicho, pacto en contrario.³⁹

La Ley, sin embargo, en lugar de sincerar el plazo de caducidad y desechar los plazos especiales que había previsto el Reglamento, optó por incorporar éstos a su texto,⁴⁰ con lo que salvó la contradicción, pero agravó el problema porque impuso finalmente los plazos perentorios por sobre el plazo amplio y libre que permite una mejor evaluación de posibilidades y riesgos, actuar en función de los principios de economía procesal y de eficiencia o abstenerse por encontrarse equilibrado en sus costos y no desear involucrarse en nuevos conflictos y gastar más recursos y energías en un proceso arbitral.

A partir del 19 de setiembre de 2012, los procesos de conciliación o arbitraje debían solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refería a la nulidad, resolución, recepción o liquidación del contrato, ampliación de plazo, conformidad de la prestación, valorizaciones, metrados y pagos, el respectivo procedimiento se debía iniciar dentro del plazo de quince días hábiles contados, según corresponda, desde la notificación de la resolución a impugnar, desde la fecha de vencimiento del plazo para emitirla o desde el momento en que se toma conocimiento del hecho contra el que se reclamará.

³⁸ *Idem*, artículo 2004.

³⁹ Casación n.º 1802-99-Lima. *El Peruano* 18/12/1999, p. 4339.

⁴⁰ Ley de Contrataciones del Estado, promulgada mediante Decreto Legislativo n.º 1017 y modificada por la Ley n.º 29873.

La reacción de los operadores del sistema fue inmediata. No era posible obligar a empezar acciones en plazos de caducidad tan cortos que lo único que consiguieron fue incrementar considerablemente las reclamaciones en circunstancias en que la reforma se proponía disminuirlas.

Como respuesta a la protesta, en lugar de dar marcha atrás, eliminar los plazos específicos y hacer prevalecer un único plazo de caducidad que concluya al término del contrato, se mantuvieron esos plazos particulares. En vez de quince días hábiles el plazo se duplicó y se fijó en treinta días hábiles.⁴¹ Como si el asunto estuviera reducido a eso. Señal inequívoca de que no se entendía el problema. Así estamos desde entonces. Ni siquiera la última modificación de la Ley de Contrataciones del Estado se ha preocupado de solucionar este problema.⁴²

4. EL PROCEDIMIENTO

En la eventualidad de que concluya el plazo de sesenta días y el contratista no haya hecho entrega de su liquidación, es responsabilidad de la entidad elaborar la suya en idéntico plazo, «siendo los gastos a cargo del contratista», a quien le notificará para que se pronuncie dentro de los siguientes quince días.⁴³

La liquidación queda consentida o aprobada cuando, practicada por una de las partes, no es observada por la otra dentro del plazo establecido. Cuando una observa la liquidación practicada por la otra, ésta debe pronunciarse dentro de los quince días de haber recibido la

⁴¹ Ley n.º 30225 de Contrataciones del Estado, artículo 45.2, primer párrafo.

⁴² Decreto Legislativo n.º 1444, promulgado el 15 de setiembre de 2018 y publicado al día siguiente.

⁴³ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, artículo 179, segundo párrafo.

observación. Si no lo hace, se considera aprobada o consentida, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.⁴⁴

Si se pronuncia sin acoger las observaciones formuladas por su contraparte debe manifestarlo por escrito dentro del señalado plazo y dentro de un plazo mayor de treinta días hábiles,⁴⁵ someter la discrepancia a conciliación o arbitraje. Vencido este nuevo plazo de treinta días hábiles —vigente desde el 9 de enero de 2016— sin que haya iniciado ninguno de esos procedimientos, se considera igualmente consentida o aprobada con las observaciones anotadas.⁴⁶

Toda discrepancia respecto a la liquidación, incluso aquéllas relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que de ella se desprendan, se resuelve según las disposiciones previstas, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.⁴⁷

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practica con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados, mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practica con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación, lo que marca la diferencia —que muchos no aprecian— entre uno y otro.⁴⁸

No procede la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver,⁴⁹ creando una condena que impide que muchos contratos terminen porque los ata a litigios a menudo prolongados que, por lo general, no inciden mayormente en su resultado económico. Y

⁴⁴ *Idem*, artículo 179, tercer y cuarto párrafos.

⁴⁵ Ley n.º 30225 de Contrataciones del Estado, artículo 45.2.

⁴⁶ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, artículo 179, quinto párrafo.

⁴⁷ *Idem*, sexto párrafo.

⁴⁸ *Idem*, séptimo párrafo.

⁴⁹ *Idem*, último párrafo.

lo que es peor todavía, les imposibilita contar con un certificado que acredite lo hecho con el agravante de que cuanto dispongan de él muy probablemente su vigencia sea tan breve —porque se cuenta desde que se recibió la obra, no desde que se entrega el documento— que quizás no sirva para nada.

5. CASOS PARA REFLEXIONAR

La liquidación de obra presenta diversos matices que invitan a la reflexión. El Gobierno Regional del Cusco, por ejemplo, le consulta al OSCE⁵⁰ sobre la posibilidad de aclarar, rectificar, modificar o declarar la nulidad de una liquidación de obra consentida en la que por error se consignó una penalidad como si estuviera pagada cuando no era así.

La Dirección Técnico Normativa contesta⁵¹ destacando que el contrato de obra culmina con la liquidación y pago correspondiente, que aquélla es elaborada por el contratista y presentada a la entidad. Si ésta no emite la respectiva resolución en el plazo previsto, la liquidación se tiene por aprobada para todos los efectos legales.⁵² El documento refiere que la normativa vigente aplicable a la consulta no contempla «en ninguno de sus extremos la posibilidad de que la entidad modifique sustancialmente el sentido del pronunciamiento a través del cual aprobó la liquidación presentada». La normativa posterior tampoco. Ni la actual.

La Oficina de Supervisión, Liquidación y Transferencia de Proyectos de Inversión pregunta si se podría aplicar supletoriamente la Ley del Procedimiento Administrativo General.⁵³ La respuesta es categórica:

⁵⁰ Mediante el Oficio n.º 164-2017-GR-CUSCO/GGR-ORSLTPI.

⁵¹ A través de la Opinión n.º 223-2017/DTN.

⁵² Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 1017, artículo 42, segundo párrafo.

⁵³ Ley n.º 27444. Su artículo 201 permite la rectificación de los errores materiales o aritméticos con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia

la norma no permite «que el contenido de la liquidación elaborada y presentada por el contratista pudiera ser alterado cuando hubiera sido previamente aprobado por la entidad mediante la emisión de una resolución debidamente fundamentada».

De otro lado, la Universidad Nacional de Trujillo consulta⁵⁴ si representa un inconveniente haber presentado los expedientes de liquidación antes de realizar la recepción de la obra para los fines de su correspondiente aprobación. Al absolverla,⁵⁵ el OSCE reitera que una vez culminada la ejecución de la obra, ésta debe ser entregada por el contratista y recibida por la entidad, trámite este último que contempla un procedimiento en cuyo curso se verifica si la obra se ha ejecutado conforme a lo establecido en los planos y especificaciones técnicas como paso previo a la suscripción del acta de recepción y al posterior proceso de liquidación.

Por eso, el contratista presenta la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados dentro de un plazo «contado desde el día siguiente de la recepción de la obra»,⁵⁶ de manera que, tal como señala el pronunciamiento, «un presupuesto para iniciar la liquidación de la obra era que la misma hubiera sido debidamente ejecutada, es decir, conforme a lo previsto en los planos y especificaciones técnicas».⁵⁷ De allí se colige que no es «posible proceder con la liquidación del contrato en aquellos casos en los que no se hubiera suscrito el acta de recepción de la obra de forma previa».⁵⁸

de los administrados, siempre que no altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

⁵⁴ Mediante Oficios n.ºs 767 y 798-2017-OAJ/UNT.

⁵⁵ Opinión n.º 190-2017/DTN.

⁵⁶ Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, artículo 211; Reglamento de la LCE, vigente, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, artículo 179.

⁵⁷ Opinión n.º 190-2017/DTN, punto 2.1.2, segundo párrafo.

⁵⁸ *Idem*, tercer párrafo.

Una segunda inquietud apunta al procedimiento a emplearse para realizar la liquidación en la eventualidad de que no se haya hecho dentro de los plazos establecidos para el efecto, ni por la entidad ni por el contratista. Según la DTN la liquidación es un proceso de cálculo técnico que se efectúa bajo determinadas condiciones normativas y contractuales, y que tiene por finalidad determinar principalmente el costo de la obra y el saldo económico que pueda existir a favor o en contra de alguna de las partes.⁵⁹

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto su elaboración pasa a ser responsabilidad de la entidad por idéntico plazo. Ni la norma anterior ni la actual establecen el procedimiento a seguir en el supuesto de que en esta hipótesis la entidad tampoco practique la liquidación. Ello, no obstante, hay que hacerlo. El OSCE ha señalado, en anteriores documentos, que el procedimiento se activa cuando alguna de las partes presente una liquidación, aun cuando sea fuera del plazo establecido.⁶⁰

La Contraloría General de la República, finalmente, consulta sobre el momento en el que se consiente la liquidación de la obra por falta de pronunciamiento de la entidad, luego de subsanadas las observaciones por el contratista.⁶¹ El Organismo Supervisor refiere que una vez presentada la liquidación por el contratista, la entidad puede observarla. Si no la observa, queda consentida. Si la observa, el contratista debe pronunciarse sobre las observaciones en un plazo de quince días. Si no lo hace, se tiene por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.⁶² En el caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, debe manifestarlo por escrito y someterlo a conciliación y/o arbitraje, ahora dentro de los subsiguientes treinta días hábiles.⁶³

⁵⁹ El documento se ampara en SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, presupuestos, valorizaciones y liquidaciones de obra*. Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia ICG, 2003, segunda edición, p. 144.

⁶⁰ Opiniones n.ºs 087-2008/DOP y 042-2006/2006/GNP.

⁶¹ Opinión n.º 160-2017/DTN.

⁶² Reglamento de la LCE, vigente, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, artículo 179, cuarto párrafo.

⁶³ *Idem*, quinto párrafo.

La *ratio legis*, esto es, aquello que emerge de los textos analizados, es que la liquidación debe quedar consentida en una fecha cierta, determinada de manera indubitable y que no permanezca sin definirse. En ese orden de ideas, según la DTN, cuando la entidad no hubiera sometido a conciliación y/o arbitraje las controversias derivadas del rechazo de los cuestionamientos que hubiere formulado a la liquidación presentada por el contratista, ella queda consentida «con las precisiones o anotaciones que el contratista hubiere efectuado al no acoger las observaciones».

Prevalece, en consecuencia, la última palabra. Salvo que ella sea sometida a algún medio de solución de disputas.

6. CONCLUSIÓN

Queda claro que la liquidación de obra es un trámite formal que debe observar determinados requisitos para que surta efecto. Pese a que habitualmente se observa el procedimiento establecido es frecuente que surjan controversias en esta instancia al punto que según el estudio realizado por la Contraloría General de la República⁶⁴ el once por ciento de los conflictos corresponden a esta materia. Un dato similar se puede encontrar en el estudio efectuado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.⁶⁵

⁶⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Estudio sobre el arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*. Lima: Gerencia de Estudios y Gestión Pública, Departamento de Estudios, s/a. Disponible en <<http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>>.

⁶⁵ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César y ZÚÑIGA MARAVÍ, Rigoberto. *Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales*. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP. Disponible en <<http://cdn01.pucp.edu.pe/carc/wp-content/uploads/2018/05/22204433/estudio-laudos-carc-pucp.pdf>>.

La solución no está en crear barreras de acceso a la solución de los litigios, sino en minimizar las causas que los puedan generar. Una fórmula es eliminar los plazos perentorios que obligan a iniciar arbitrajes en cuanto aparezcan las discrepancias sin esperar que maduren o puedan diluirse a medida que avanzan los contratos. Otra es empoderando a los funcionarios públicos y apostando a favor de ellos y de sus capacidades de decidir lo que en justicia estiman que es más conveniente a los intereses de las entidades.

Con medidas simples se puede sincerar el número de arbitrajes y quedarse sólo con los que realmente son conflictos que deban ser resueltos por un tercero. Ganará el arbitraje y ganará el país.

ALCANCE DE LAS INSTRUCCIONES DEL SUPERVISOR

*Daniel Triveño Daza**

MARCO NORMATIVO¹

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley n.º 30225.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2015-EF.
- Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con Maestría en Gerencia Pública por la Universidad Continental, así como estudios de posgrado en Derecho de la Construcción (UPC), Gestión de Obras Públicas (Universidad Ricardo Palma), Diseño y Gestión de Proyectos Viales (UPC), Estructuración, Regulación de APP en Infraestructura (Universidad del Pacífico) y Arbitraje Internacional y de Inversiones (Universidad del Pacífico). Consultor, asesor, docente universitario, árbitro y miembro de juntas de resolución de disputas en contratos de infraestructura.

¹ Se debe precisar que durante la elaboración del presente trabajo se publicó el Decreto Legislativo n.º 1444 que modificó la Ley de Contrataciones del Estado, cuyas disposiciones entrarán en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación de las modificaciones que se realizarán al Reglamento.

1. INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo dispuesto en su artículo 1, la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LCE) «[...] *tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten* y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos [...]».

El cumplimiento de la finalidad antes indicada tiene un desarrollo concreto en diversos artículos de la LCE y su Reglamento, entre los que se encuentra el artículo 10 de la LCE que establece el deber de las entidades públicas de «[...] supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros [...]».

Para el caso de ejecución de obras, este deber de supervisión de las entidades públicas es encargado, según corresponda, al inspector o supervisor de obra y está directamente vinculado con el derecho que aquéllas tienen de controlar y dirigir el desarrollo de la obra, dentro de los alcances definidos en el expediente técnico y sus respectivas modificaciones. Cabe indicar que la labor del supervisor es básicamente técnica (en la medida que cautela que la construcción se realice dentro de los parámetros de costo, tiempo y calidad, principalmente), pero requiere también un conjunto de actitudes apropiadas y habilidades gerenciales e interpersonales para el logro del objetivo que le encarga el propietario de la obra, vale decir, la entidad pública. En ese orden, tal como se menciona en la Opinión n.º 003-2015/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el OSCE):

De manera preliminar, es preciso indicar que la supervisión (o inspección) de obra es tratada por la doctrina mayoritaria dentro

del desarrollo de los *derechos del contratante*, en el marco de un contrato de ejecución de obra; así, se hace referencia al derecho con que cuenta la Administración Pública para *dirigir y controlar* la ejecución de este tipo particular de contrato, el mismo que puede manifestarse de formas diversas.

En ese sentido, Noguera Calderón sostiene que: «La administración contratante tiene la dirección de la obra. Esta dirección se concreta en la facultad que corresponde a la Administración *para que la obra se ejecute tal como fue concebida en los planos que hacen parte del contrato*».² (El resaltado es agregado).

De igual forma, Carlos Barra, quien entiende a la dirección como una de las principales prerrogativas administrativas de los contratos de obra, señala:

Dentro de este concepto genérico —dirección de los trabajos— deben considerarse comprendidas todas las prerrogativas de impulsión, ordenamiento, *verificación y control que la Administración comitente puede ejercer durante la ejecución de los trabajos contratados [...] la comitente debe verificar el correcto cumplimiento de los trabajos, en el plazo y modo de ejecución, la capacidad profesional y laboral de los técnicos u obreros dependientes [...], realizando las operaciones de control necesarias para ella*.³ (El resaltado es nuestro).

De lo expuesto, se establece que el derecho de dirección y/o control que posee la Administración Pública sobre la realización del objeto contractual —dentro del cual hallamos a la supervisión o la inspección de ejecución de obra— tiene por objeto permitir a aquélla tomar conocimiento, verificar o advertir una ejecución deficiente de la obra y, de

² NOGUERA CALDERÓN, Camilo. *El contrato de obra pública*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1982, p. 61.

³ BARRA, Rodolfo Carlos. *Contrato de obra pública*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo de Palma, 1986, tomo 2, pp. 703-704.

ser el caso, adoptar las medidas necesarias para una correcta ejecución de la misma.

Con relación a lo anterior, en el Pronunciamiento n.º 426-2013/DSU, el OSCE ha señalado que «[...] la labor de un profesional como supervisor, en principio, implica realizar labores de mayor complejidad que la de aquél que tiene el encargo de ejecutar una obra, dado que, *en su labor de supervisión realiza acciones de revisión, control, verificación e interpretación*».

Como se puede apreciar, en materia de contratación de obras públicas, la figura del supervisor adquiere considerable importancia debido a que es a través de sus labores que las entidades públicas no sólo cumplen con el deber de supervisar los contratos de obra que celebran, sino también concretizan su derecho a dirigir y controlar la obra.

A modo de ejemplo, podemos citar algunas funciones que tiene el supervisor, según diferentes criterios concurrentes:

A. Labores técnicas

- Verificación de uso de los adelantos entregados por la entidad al constructor.
- Verificación de ejecución de avance físico y cuantificación económica de dicho avance.
- Control de adquisición de materiales y su respectivo uso.
- Detección de defectos, problemas o insuficiencias durante la ejecución y planteamiento de las propuestas de solución.
- Control de topografía, estructuras, instalaciones y pruebas solicitadas en los contratos.

B. Labores contractuales

- Revisión del expediente técnico y contrato de la entidad con el constructor.
- Participar en la entrega del predio en el que se ejecutará la obra.
- Presentación de informes periódicos según los alcances de su contrato y el del constructor.
- Elaboración de informes respecto de la aprobación o no de prestaciones adicionales de obra, ampliaciones de plazo y cualquier otro aspecto que implique variación de las condiciones originales de contrato con el constructor.

C. Según el tiempo de ejecución de la obra

Sobre el particular, se precisa que el supervisor tiene actividades que realizar antes, durante y después la ejecución de la obra. En el primer caso, se encuentra por ejemplo la revisión del expediente técnico y del terreno, así como la elaboración de un informe al respecto dirigido a la entidad y al constructor, lo que se denomina normalmente como informe de compatibilidad. En el caso de funciones durante la ejecución de la obra, podemos citar las señaladas en los literales anteriores (A y B); y, por último, en el caso de las actividades luego de la ejecución de la construcción, se encuentran su participación en la recepción de la obra y en la liquidación de la misma.

Ahora, precisamente por la cantidad de actividades, así como su complejidad e implicancias económicas, resulta importante mencionar que las discrepancias durante la ejecución del contrato de supervisión, sea porque incidan en el contrato con el constructor o porque se refieren estrictamente a las condiciones contractuales de la supervisión, de acuerdo con el artículo 45 de la LCE, «[...] que surjan [...] sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez

del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes».

Entre los contratos que regula la normativa de contrataciones del Estado es conocido que los contratos de obra comprenden la mayor porción de arbitrajes en nuestro país. En efecto, de conformidad con el estudio *Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales*,⁴ elaborado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP, del total de arbitrajes en contratación pública, el 59.5% corresponde a contratos de obra.

Ahora, si bien cuando en sede arbitral las entidades públicas y sus contratistas discuten asuntos referidos a la ejecución de la obra, lo cierto es que en parte importante de estos procesos se cuestiona o defiende, según el caso, una posición previamente asumida por el supervisor. Y es que dadas las facultades que le son otorgadas por la normativa de contrataciones del Estado —entre las que, por ejemplo, encontramos la elaboración de informes— resulta bastante frecuente que en el fondo se discutan alcances de opiniones o instrucciones del supervisor de obra.

A manera de ejemplo, de acuerdo con un estudio sobre laudos efectuado por la Contraloría General de la República,⁵ entre las controversias con mayor frecuencia en contratos de obra se encuentran, por ejemplo, aquéllas referidas a ampliación de plazo y liquidación de contrato de obra, puntos que, luego de la solicitud planteada por el contratista, son materia de elaboración de informes técnicos por el supervisor de obra.

⁴ Disponible en <<http://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2018/05/22204433/estudio-laudos-carc-pucp.pdf>>.

⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*, p. 48. Disponible en <<http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>>.

Sobre la base de todo lo anterior, en las siguientes líneas se ilustrarán algunas de las principales materias sometidas a arbitraje entre entidades y ejecutores de obra, en las que ha existido intervención técnica del supervisor de obra, así como aquellas controversias más frecuentes entre entidades y supervisiones.

2. EL SUPERVISOR DE OBRA

Con la finalidad de que las entidades públicas contratantes puedan ejercer un adecuado control sobre el desarrollo de la obra, la normativa de contrataciones del Estado ha delegado esta función al inspector y supervisor, respectivamente. El primero de ellos es un profesional, funcionario de la entidad, mientras que el segundo es un profesional especialmente contratado para dicha labor.

En efecto, respecto de la figura del supervisor de obra, el artículo 159 del Reglamento de la LCE establece los siguientes aspectos a tener en consideración:

- Durante la ejecución de la obra, debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. Sobre este punto, cabe resaltar que en la Opinión n.º 010-2017/DTN se ha precisado que «[...] por el término “permanente” se entiende que *el profesional designado como supervisor* —o inspector— debe estar en el lugar de la obra durante todo el periodo de ejecución de la misma; es decir, desde el inicio del plazo de ejecución de obra hasta su culminación, participando incluso en el acto de recepción de obra».
- Se encuentra prohibida la existencia de inspector y supervisor en una misma obra.

- El inspector es un profesional que, a diferencia del supervisor, es funcionario o servidor de la entidad, expresamente designado por ésta.
- El supervisor, en cambio, es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, ésta debe designar a una persona natural como supervisor permanente en la obra.
- El supervisor debe cumplir con la misma experiencia y calificaciones profesionales establecidas por el residente de obra.⁶
- Resulta obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutar sea igual o mayor al establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo.⁷
- El supervisor de obra, cuando es persona natural, o el jefe de supervisión, en caso el supervisor sea persona jurídica, no podrá prestar servicios en más de una obra a la vez. Ahora bien, debe mencionarse que, de conformidad con lo indicado en el literal e) del artículo 50 de la LCE, el incumplimiento de esta obligación constituye infracción.

⁶ De acuerdo al artículo 154 del Reglamento de la LCE, durante la ejecución de la obra debe contarse, de modo permanente y directo, con un profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, previa conformidad de la entidad, como residente de la obra, el cual puede ser ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, con no menos de dos (2) años de experiencia en la especialidad, en función de la naturaleza, envergadura y complejidad de la obra. Asimismo, el residente representa al contratista como responsable técnico de la obra.

⁷ Mediante Ley n.º 30693 se ha determinado que para el año 2018 si el monto del valor referencial de una obra pública es igual o mayor a S/ 4 300 000,00 (cuatro millones trescientos mil y 00/100 soles), el organismo ejecutor debe contratar, obligatoriamente, la supervisión.

3. FUNCIONES GENERALES DEL SUPERVISOR DE OBRA

Las funciones del supervisor de obra, normativamente hablando,⁸ se encuentran reconocidas en el artículo 160 del Reglamento de la LCE cuyo texto es el siguiente:

Artículo 160.- Funciones del inspector o supervisor

160.1. La entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, *quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, además de la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra, debiendo absolver las consultas que formule el contratista según lo previsto en los artículos siguientes.* En una misma obra el supervisor no puede ser ejecutor ni integrante de su plantel técnico.

160.2. *El inspector o el supervisor, según corresponda, está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.* No obstante lo señalado, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

160.3. El contratista debe brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales están estrictamente relacionadas con ésta.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo antes citado, *la normativa de contrataciones del Estado reconoce al supervisor las siguientes funciones:*

⁸ Dado que en los procesos de selección concretos, sus obligaciones se encuentran definidas en los contratos del caso, pero sobre todo en los términos de referencia.

- Controlar los trabajos efectuados por el contratista.
- Velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra, y del cumplimiento del contrato.
- Administración de riesgos durante todo el plazo de la obra.
- Absolver las consultas que formule el contratista.
- Ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra.
- Rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas.
- Disponer cualquier medida generada por una emergencia.

Resulta importante mencionar que la normativa de contrataciones del Estado ha establecido una formalidad para que el supervisor —y, en lo que corresponde, el residente, como representante del ejecutor de obra en el lugar de construcción— registre, entre otros asuntos, las ocurrencias que se presentan durante la ejecución de la obra *así como también las órdenes que aquél emite*.

En efecto, de acuerdo con el artículo 164 del Reglamento de la LCE, «*En el cuaderno de obra se anotan, en asientos correlativos, los hechos relevantes que ocurran durante la ejecución de ésta, firmando al pie de cada anotación el inspector o supervisor o el residente, según sea el que efectúe la anotación. Las solicitudes que se requieran como consecuencia de las ocurrencias anotadas en el cuaderno de obra, se presentan directamente a la entidad o al inspector o supervisor, según correspon-*

da, por el contratista o su representante, por medio de comunicación escrita».

En concordancia con el referido artículo, el Glosario de Definiciones del Reglamento de la LCE define al cuaderno de obra como «El documento que, debidamente foliado, se abre al inicio de toda obra y *en el que el inspector o supervisor y el residente anotan las ocurrencias, órdenes, consultas y las respuestas a las consultas*».

Por lo tanto, resulta evidente que, tal como se indica en la Opinión n.º 023-2016/DTN, «el cuaderno de obra es un instrumento indispensable para la comunicación entre la Entidad y el contratista, y *para el control de la obra*, en tanto tiene por finalidad registrar los hechos relevantes ocurridos durante su ejecución para, entre otros fines, sustentar las solicitudes del contratista y las decisiones de la entidad”.

4. FUNCIONES ESPECÍFICAS DEL SUPERVISOR SOMETIDAS A ARBITRAJE

Habiendo señalado qué es la supervisión y cuáles son sus principales funciones, ahora trataremos algunos ejemplos de decisiones de dicho profesional que pueden ser sometidas a arbitraje. Así, pues, entre las funciones que la normativa de contrataciones del Estado otorga al supervisor para controlar el desarrollo de la obra se encuentra la de emitir informes que sirven a las entidades públicas para tomar decisiones respecto de solicitudes de alto contenido técnico planteadas por los contratistas y que, muchas veces, tienen implicancias económicas, sea que se trate de pagos, reajustes de los mismos, penalidades o demás. Si bien, en la práctica, las controversias se resuelven en sede arbitral entre la entidad y el contratista, en la práctica éste último termina cuestionando el criterio adoptado por el supervisor. Veamos unos ejemplos.

4.1. Valorizaciones de obra

Una de las materias más recurrentemente sometida a arbitraje en contratos de obra consiste en el pago valorizaciones. Al respecto, en materia de ejecución de obras, el pago al contratista está supeditado a la elaboración de «valorizaciones». Según el Anexo de definiciones del Reglamento, la valorización de obra 'Es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un periodo determinado'.

Ahora bien, respecto del procedimiento para el pago de las valorizaciones, se debe tener en consideración que la participación del supervisor está relacionada con los siguientes puntos, tratados en los artículos 166 y 168 del Reglamento de la LCE:

- *Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta.*
- *Son elaboradas el último día de cada periodo previsto en las bases, por el inspector o supervisor y el contratista.*
- En el caso de las obras contratadas bajo el *sistema de precios unitarios*, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas. Se valoriza hasta el total de los metrados realmente ejecutados.
- En el caso de las obras contratadas bajo el *sistema a suma alzada*, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal obtenido se multiplica por el

factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas. Se valoriza hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

- *Los metrados de obra ejecutados se formulan y valorizan conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y son presentados a la entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectúa. El inspector o supervisor debe revisar los metrados durante el periodo de aprobación de la valorización.*
- *El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la entidad para periodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y es cancelada por la entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a periodos distintos a los previstos en este párrafo, las bases deben establecer el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.*
- *Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la entidad, según sea el caso, éstas se resuelven en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.*
- Si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado, la parte interesada puede someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje, o a la Junta de Resolución de Disputas, según corresponda; dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de haber tomado conocimiento de la discrepancia.

- *El inicio del respectivo medio de solución de controversias no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes.*

Sobre este punto, podemos citar como ejemplo de controversia sometida a arbitraje el siguiente caso:

- a) En un contrato de supervisión se pacta como penalidad para el supervisor un porcentaje del monto del referido contrato, en el caso que se verifique que durante la ejecución del contrato de obra haya aprobado como parte de las valorizaciones el pago de mayores metrados de los ejecutados por el constructor.
- b) Durante la ejecución del contrato de obra (a precios unitarios) el supervisor aprueba el pago de mayores metrados de los ejecutados en los periodos de valorización. Vale decir, si en el plazo de 3 meses se ejecutó una partida de excavación por un metrado total de 100 m³, el supervisor autorizó el pago de 120, bajo el argumento que como las valorizaciones son pagos a cuenta, en la liquidación se resuelven las diferencias. Efectivamente, con ocasión de la culminación del contrato de obra, el supervisor procede a la deducción del monto equivalente a los 20 m³ de exceso.
- c) Pese a la deducción al término de la obra de los 20 m³ de exceso durante la ejecución, la entidad procede a la aplicación de la penalidad al supervisor, porque hubo en esos 3 meses pagos en exceso, con lo que el supervisor no está de acuerdo, porque las deducciones se hicieron a tiempo, vale decir, para él, con ocasión de la culminación del contrato de obra.

Con el ejemplo anterior, se aprecia la facilidad con lo que una controversia en materia de ejecución de obra puede vincular al contrato del constructor con el del supervisor y la entidad, siendo muy relevante,

por parte de los árbitros, la revisión adecuada de las pruebas que las partes ofrezcan durante el desarrollo del arbitraje, así como el alcance preciso de las condiciones contractuales pactadas.

4.2. Ampliaciones de plazo

Durante el desarrollo de un contrato con frecuencia ocurren determinados eventos que imposibilitan al contratista culminar las prestaciones a su cargo en el plazo originalmente previsto. Por tal razón, el artículo 34 de la LCE establece que «El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual, de acuerdo a lo que establezca el reglamento».

Por su parte, para el caso de contratos de obra, el artículo 169 del Reglamento de la LCE establece que:

El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a su voluntad, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
3. Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados que no provengan de variaciones del expediente técnico de obra, en contratos a precios unitarios.

Conforme con lo anterior, en la Opinión n.º 191-2017/DTN el OSCE ha indicado que «la ampliación del plazo contractual debe ser solicitada por el contratista, y *sólo resulta procedente cuando dicha solicitud es motivada por una situación en la cual el atraso o paralización de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista responden a una*

circunstancia ajena a la voluntad de éste y que causen una modificación del plazo [...]».

En la práctica, la mayoría de controversias sobre ampliación de plazo se deben a atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, *principalmente, por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor*. Al respecto, se debe tener en consideración lo indicado en la Opinión n.º 195-2017/DTN:

2.4 Ahora bien, en atención al tenor de la consulta planteada, resulta propicio tomar en consideración los conceptos de «caso fortuito o fuerza mayor» que contempla el artículo 1315 del Código Civil (de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, conforme a lo establecido en la primera disposición complementaria final del Reglamento), el cual establece que «Caso fortuito o fuerza mayor *es la causa no imputable*, consistente en un evento *extraordinario, imprevisible e irresistible*, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso». (El resaltado es agregado).

Al respecto, es necesario precisar que un hecho o evento *extraordinario*⁹ se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.

Asimismo, un hecho o evento es *imprevisible*¹⁰ cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obliga-

⁹ Según el Diccionario de la Lengua Española, vigésima tercera edición, lo extraordinario es aquello '1. adj. Fuera del orden o regla natural o común'. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=HP5RXLV>>.

¹⁰ Según el Diccionario de la Lengua Española, vigésima tercera edición, lo imprevisible es aquello '1. adj. Que no se puede prever'. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=L7EnyuT>>.

toria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.

Por su parte, el que un hecho o evento sea *irresistible*¹¹ significa que *el deudor no tiene posibilidad de evitarlo*, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento.

De esta manera, se advierte que la configuración de un «caso fortuito o fuerza mayor» exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a su cargo [...].».

Ahora bien, el procedimiento que deben seguir los contratistas para solicitar la ampliación de plazo se encuentra previsto en el artículo 170 del Reglamento de la LCE que establece, principalmente, lo siguiente:

- Para que proceda una ampliación de plazo, el contratista, por intermedio de su residente debe anotar en el cuaderno de obra, el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo y, de ser el caso, el detalle del riesgo no previsto, señalando su efecto y los hitos afectados o no cumplidos. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, el contratista solicita, cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.
- *El inspector o supervisor emite un informe que sustenta técnicamente su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la entidad y al contratista en un plazo no mayor de cinco*

¹¹ Según el Diccionario de la Lengua Española, vigésima tercera edición, lo irresistible es aquello '1. adj. Que no se puede resistir'. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=M8f2fZB>>.

(5) días hábiles, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud.

- La entidad resuelve sobre dicha ampliación y notifica su decisión al contratista en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe o del vencimiento del plazo, bajo responsabilidad. En ese sentido, tal como se indica en la Opinión n.º 074-2018/DTN, «corresponde a la entidad (a través de los órganos responsables de revisar la solicitud) evaluar dicha solicitud y analizar si los hechos y el sustento presentados por el contratista configuran la causal invocada para así poder aprobar su solicitud».
- De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado se tiene por aprobado lo indicado por el inspector o supervisor en su informe.
- Si dentro del plazo de quince (15) días hábiles de presentada la solicitud la entidad no se pronuncia y no existe opinión del supervisor o inspector, se considera ampliado el plazo solicitado por el contratista.
- Cuando las ampliaciones se sustenten en causales que no correspondan a un mismo periodo de tiempo, sea éste parcial o total, cada solicitud de ampliación de plazo debe tramitarse y resolverse independientemente.
- En tanto se trate de circunstancias que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que debe ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, y no se haya suspendido el plazo de ejecución contractual, el contratista puede solicitar y la entidad otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que el contratista valore los gastos generales por dicha

ampliación parcial, para cuyo efecto se sigue el procedimiento antes señalado.

- Cualquier controversia relacionada con las solicitudes de ampliación de plazo puede ser sometida al respectivo medio de solución de controversias dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha en que la entidad debió notificar su decisión o de la notificación de la denegatoria, total o parcial, de la solicitud formulada.

De acuerdo a los artículos antes citados, al momento de elaborar su informe respecto de la procedencia o no de una ampliación de plazo, el supervisor de obra debe evaluar tanto requisitos de forma como de fondo. Así, respecto de los requisitos de forma, en la Opinión n.º 131-2018/DTN se indica que:

[...] a efectos de que se produzca válidamente una ampliación de plazo —en un contrato de obra— es necesario dar cumplimiento al procedimiento y las condiciones contempladas en el artículo 170 del Reglamento; por consiguiente, el plazo de ejecución no puede considerarse ampliado si el contratista no anotó tanto el inicio como el final de la causal en el cuaderno de obra o no presentó su solicitud dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, aun cuando la Entidad no hubiera emitido un pronunciamiento expreso sobre la solicitud de ampliación ni el inspector o supervisor hubiera opinado al respecto en el plazo previsto por el numeral 170.3¹² del artículo 170 [...].

¹² «170.3. Si dentro del plazo de quince (15) días hábiles de presentada la solicitud, la entidad no se pronuncia y no existe opinión del supervisor o inspector, se considera ampliado el plazo solicitado por el contratista».

A manera de ejemplo para graficar lo señalado en este punto, haremos referencia a parte del razonamiento de un laudo arbitral,¹³ que se pronuncia sobre una ampliación de plazo de contrato de obra:

Teniendo en consideración el marco normativo aplicable, para que proceda la solicitud de ampliación de plazo en un contrato de obra, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Anotar, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, las circunstancias que, a criterio del contratista, ameriten la ampliación de plazo.
- Presentar la solicitud de ampliación de plazo dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado.
- Acreditar que la demora alegada afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.
- El plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra.¹⁴

8. De lo actuado en el presente proceso arbitral ha quedado acreditado que el consorcio cumplió con los requisitos de forma para solicitar ampliación de plazo, esto es, la anotación en el cuaderno de obra desde el inicio y durante la ocurrencia de las lluvias y la presentación de la solicitud dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, tal como se desprende de los medios probatorios ofrecidos en la demanda, y la misma Entidad reconoce en el Informe n.º 101-2015-MT-C/20.5-JLAS, adjunto a la Resolución Directoral n.º 498-2015-MTC/20, mediante el cual declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 24.

¹³ Arbitraje institucional seguido en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (Exp. n.º 758-162-15) entre Provías Nacional y el Consorcio Cajamarca 2.

¹⁴ Cabe precisarse que este requisito, exigido en el Reglamento de la derogada Ley de Contrataciones del Estado, no ha sido replicado en la normativa vigente.

9. En ese sentido, corresponde determinar si la causal invocada no le resulta atribuible, si se afectó la ruta crítica de la obra y si el plazo adicional solicitado resulta necesario para culminar la obra.

Sobre la causal invocada

10. De acuerdo con lo anterior, el consorcio manifiesta que entre el 1 y el 21 de mayo de 2015 se produjeron lluvias que afectaron la ejecución de la obra, incluso hasta el 22 de mayo, un día después de su cese. Al respecto, en el Anexo 1-E de la demanda se encuentra la Carta n.º 214-2015/CC2- RO de fecha 5 de junio de 2015, mediante la cual el consorcio presentó y sustentó ante Provías su solicitud de Ampliación de Plazo n.º 24, en la que adjunta, además de un panel fotográfico de la obra durante el referido periodo, y un resumen de registros pluviométricos, copia de los asientos del Cuaderno de Obra, donde deja constancia de la ocurrencia de lluvias entre el 1 y el 21 de mayo de 2015, así como asientos donde la Supervisión constata lo antes señalado, cuyo detalle se puede apreciar en el Cuadro 1.1. de la página 6 del Informe Pericial [...]

11. Como se desprende del panel fotográfico, del registro pluviométrico y de los asientos del Cuaderno de Obra, tanto del consorcio como de la supervisión, ha quedado demostrada la ocurrencia de lluvias en zona de obra entre el 1 y el 21 de mayo de 2015, evento que, claramente, no le resulta imputable al contratista.

Sobre la afectación a la ruta crítica de la obra

12. Ahora bien, respecto de si hubo afectación de la ruta crítica de la obra, en las páginas 7 y 8 de su escrito de contestación de la demanda, Provías afirma que la primera pretensión queda sin sustento pues lo resuelto en la medida cautelar de no innovar, dictada en un proceso arbitral sobre el contrato materia de controversia, y la existencia de diversos procesos arbitrales correspondientes a diversas ampliaciones de plazo en el presente contrato generan que no se pueda demostrar la afectación de la ruta crítica sobre la base de un CAO que no es vigente o actualizado.

13. Al respecto, lo señalado por la parte demandada no resulta amparable, toda vez que el análisis de la afectación o no de la ruta crítica de la obra se debe realizar sobre la base del calendario de obra vigente al momento de presentar la solicitud de ampliación de plazo, tal como se desprende de lo señalado en el ya citado artículo 210 del Reglamento de la LCE. Caso contrario, la sola existencia de controversias sobre ampliaciones de plazo generaría la imposibilidad de determinar la afectación de la ruta crítica de una obra, lo que no tiene correlato normativo ni práctico.

14. Dicho lo anterior, este árbitro expresa que comparte lo expuesto [...] en el dictamen pericial presentado por el consorcio el 5 de mayo de 2016, respecto de que las lluvias ocurridas entre el 1 y el 21 de mayo afectaron la ruta crítica de la obra:

[...]

15. Como se puede apreciar, no se presentaron las condiciones necesarias para la colocación de las capas de subbase y base granular. Respecto de la partida de cunetas triangulares, no podía ejecutarse por imposibilidad de ejecutar las partidas antecedentes y porque las especificaciones técnicas señalan que no puede ejecutarse en instantes de lluvia. En consecuencia, queda acreditada la afectación de la ruta crítica de la obra.

Sobre la necesidad del plazo adicional para culminar la obra

16. Respecto de este punto, si bien en el dictamen pericial se concluye que resulta necesario el plazo de veintidós (22) días calendario para ejecutar los trabajos programados, lo cierto es que en el presente proceso arbitral se ha evidenciado que el Consorcio no requiere el plazo adicional para culminar la obra, toda vez que ésta ya ha concluido dentro del plazo contractual, incluidas las diversas ampliaciones otorgadas por la entidad.

17. Al respecto, resulta importante mencionar que si bien mediante Resolución n.º 17, de fecha 21 de noviembre de 2016,

el tribunal arbitral declaró cerrada la etapa probatoria, en la Audiencia de Alegatos Orales, llevada a cabo el 21 de marzo de 2017, se otorgó a las partes el plazo de diez (10) días hábiles para que cumplan con presentar la documentación pertinente para sustentar las posiciones expresadas en la referida audiencia. Es así como, mediante escrito del 4 de abril de 2017, Provías informa que, sobre la base de la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 39, se aprueba el Cronograma de Ejecución de Obra n.º 28, conforme al cual el plazo final de la obra es el dos de agosto de 2016, y además presenta, entre otros, los siguientes documentos:

- Asiento n.º 7508, del 31 de julio de 2016, por el que el consorcio comunica el término de la obra [...].
- Asiento n.º 7512, del 2 de agosto de 2016, mediante el cual la supervisión verifica que la obra ha terminado [...].

19. De acuerdo a todo lo anterior, se colige que el consorcio ha culminado la ejecución de la obra el 31 de julio de 2016, esto es, dentro del plazo contractual con el que contaba para ello, razón por la cual a criterio de este árbitro el plazo adicional de veintidós (22) días calendario reclamado en este arbitraje no resulta necesario para la culminación de la obra, por lo que no corresponde otorgar la ampliación solicitada por el consorcio [...].

Como se puede apreciar del caso antes referido, es muy relevante en materia arbitral de ampliaciones de plazo de obra, en cuyo trámite interviene activamente el supervisor de la obra, lo siguiente:

- La constatación del cumplimiento de las formalidades legales del procedimiento de ampliación de plazo.
- La evaluación de la causal de ampliación de plazo sustentada por el ejecutor de la obra, la misma que tiene que ser refrendada por el supervisor de la obra.

- La evaluación de la afectación de la ruta crítica de la ejecución de la obra,¹⁵ que también debe ser corroborada por el supervisor de la obra.
- La evaluación de si el plazo adicional resulta necesario para la ejecución de la obra, aunque, como ya lo indicamos, actualmente no es un requisito que forma parte de la evaluación.

5. CONTROVERSIAS EN CONTRATOS DE SUPERVISIÓN SOMETIDAS A ARBITRAJE

Entre las controversias en contratos de supervisión de obra tenemos a las siguientes.

5.1. Aplicación de penalidades por cambio de personal

Al momento de contratar el servicio de supervisión de la obra, las entidades públicas, dependiendo de la complejidad y especialidad de la materia, suelen requerir la presentación de profesionales con determinadas calificaciones que se comprometan a participar durante la ejecución del servicio. Para asegurarse que los profesionales ofrecidos sean quienes ejecuten efectivamente el servicio, en la práctica algunas entidades públicas suelen incluir en los contratos que suscriben una cláusula de penalidad por cambio de personal.¹⁶

¹⁵ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

«Programa de ejecución de obra: Es la secuencia lógica de actividades constructivas que deben realizarse en un determinado plazo de ejecución, la cual debe comprender todas las actividades aun cuando no tengan una partida específica de pago, así como todas las vinculaciones entre actividades que pudieran presentarse. El Programa de ejecución de obra debe elaborarse aplicando el método CPM».

¹⁶ De acuerdo al artículo 134 del Reglamento de la LCE, «Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación [...]».

Debido a distintas razones, con frecuencia se solicitan a las entidades cambio de los profesionales propuestos. En el laudo arbitral¹⁷ que se detalla a continuación, se resolvió, en un extremo, de la siguiente manera:

Sobre el cambio del especialista en metrados, costos y presupuestos

1. Al respecto, este árbitro único ha tenido a la vista el Anexo n.º 10 «Declaración Jurada de Compromiso del Profesional Propuesto para el Servicio», de fecha 9 de septiembre del 2015, mediante el cual el Ing. Luis Esteban Dueñas se compromete a formar parte del personal profesional propuesto para la supervisión de la obra, como especialista en metrados, costos y presupuestos.
2. Sin embargo, el 10 de noviembre de 2015, el referido profesional presentó su carta de renuncia señalando lo siguiente:

«De mi consideración;

Por medio de la presente me permito comunicarle, que he decidido dar por terminado a partir de la fecha, el compromiso que tengo con el Consorcio Supervisor Raimondi, en calidad de Especialista en Metrados, Costos y Presupuestos, por causas de fuerza mayor no imputables al consorcio.

Las causales en mención se basan en los siguientes hechos:

1. Durante la transferencia de cargo de la supervisión, realizada el 27.10.2015, se hizo el recorrido a la zona de ejecución del proyecto, verificando que la carretera de acceso al distrito de Quiches, Provincia de Sihuas, Departamento de Ancash, no brinda la seguridad del caso, donde mi integridad física se verá permanente-

¹⁷ Arbitraje institucional seguido en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (Exp. n.º 929-333-15) entre Provías Descentralizado y el Consorcio Supervisor Raimondi.

mente amenazada por los altos riesgos que conlleva el tener que desplazarnos por zonas de alta peligrosidad.

2. De suceder un accidente, en la zona no existe un centro hospitalario especializado, siendo el más cercano en la ciudad de Chimbote, el cual no garantiza mi integridad en mi salud, por estar ubicado a 12 horas de recorrido en transporte terrestre.
3. *Finalmente, manifiesto que las condiciones económicas ofrecidas, no suplen mi integridad física, puesto que es ajeno de asignarle un valor monetario, entonces debo manifestarle que mi decisión de no continuar desempeñando el cargo asignado obedece íntegramente personales [sic] y en salvaguarda de mi integridad física».*

3. Esta renuncia motivó que el consorcio remitiera a la entidad la Carta n.º 006-2015-CSR/RL, por medio del cual le solicitó el cambio del especialista en metrados, costos y presupuestos, Ing. Luis Esteban Sánchez Dueñas, debido a la renuncia presentada por éste un día antes.

4. Al respecto, resulta necesario traer a colación que en la respuesta a la Consulta n.º 14, la entidad señaló claramente que «la renuncia expresa de algún colaborador del consultor no configura de por sí una causal de fuerza mayor, se requiere ser debidamente motivada por un evento extraordinario, imprevisible e irresistible». Como ya se señaló anteriormente, las bases integradas son, junto a otros documentos, parte del contrato, por lo que sus disposiciones resultan vinculantes entre las partes. En ese orden de ideas, las partes acordaron que la simple renuncia de cualquier miembro del personal ofrecido por el consorcio no se configura como un supuesto de fuerza mayor, sino que exige ser generada por un evento extraordinario, imprevisible e irresistible.

5. Teniendo esto en consideración, de una lectura de la carta de renuncia del especialista en metrados, costos y valorizaciones, se

desprende que ésta obedece a una supuesta falta de seguridad en la zona de ejecución del proyecto, la misma que no garantizaría su integridad física. A criterio de este árbitro, esta renuncia no se debe, tal como exigen las disposiciones contractuales, a un supuesto de fuerza mayor, consistente en un evento extraordinario, imprevisible ni irresistible.

6. En efecto, resulta evidente que, al suscribir la declaración jurada de compromiso a formar parte del personal propuesto, el especialista en metrados, costos y presupuestos conocía los alcances del servicio a prestar, lo que incluye la localización de la obra materia de supervisión. La supuesta falta de seguridad alegada por el referido profesional responde a condiciones que claramente él conocía antes de suscribir su declaración jurada de compromiso, resultando además que no existe en el expediente arbitral prueba que acredite lo señalado, motivo por el cual esta apreciación personal y subjetiva, de ninguna manera puede ser calificada como un evento extraordinario, imprevisible ni irresistible. Por lo tanto, al no estar amparado el cambio del especialista en metrados, costos y presupuestos en un supuesto de fuerza mayor no corresponde dejar sin efecto la aplicación de penalidades en este extremo.

Sobre el cambio del jefe de supervisión

7. Al igual que en el caso anterior, este árbitro único ha tenido a su alcance la «Declaración Jurada de Compromiso del Profesional Propuesto para el Servicio», de fecha 15 de julio del 2015, mediante el cual el Ing. William Arones Baes se compromete a formar parte del personal profesional propuesto para la supervisión de la obra, como jefe de supervisión.

8. El 30 de noviembre de 2015, el referido profesional presentó su carta de renuncia señalando lo siguiente:

«De mi consideración:

Desempeñando a la fecha el Cargo de Jefe de Supervisión, en la supervisión de la obra “Supervisión de la construcción del

Puente Antonio Raimondi y Accesos (Long. 150 Mts.), ubicado en los Departamentos de Áncash y La Libertad” que su representada tiene a cargo, presento mi renuncia al cargo por causas de fuerza mayor (enfermedad).

Asimismo, adjunto los sustentos médicos solicitados por su representada a fin de [sic] sirva aceptar mi renuncia».

9. Para cambios relacionados a enfermedad, en la cláusula decimotercera del contrato, las partes acordaron que «de darse el caso de enfermedad comprobada, se deberá acreditar, como mínimo por dos profesionales médicos habilitados por el colegio médico de la especialidad, la enfermedad que padece y que justifique que dicho profesional se encuentra impedido de laborar. Adicionalmente se presentará el historial médico como mínimo de los dos años anteriores».

10. Conforme a lo anterior, las partes acordaron que, tratándose de enfermedades, para acreditarlas, el consorcio debía presentar (i) como mínimo dos informes médicos por profesionales habilitados por el colegio médico de la especialidad; y (ii) *el historial médico como mínimo de los dos años anteriores.*

11. De una revisión de los medios probatorios que obran en el expediente arbitral se puede verificar que el consorcio no ha cumplido con ninguno de los dos requisitos antes mencionados. En efecto, adjunta a la carta de renuncia se encuentra el informe médico emitido por el Dr. Patricio Orellana Vásquez, en el que se diagnostica bronquitis aguda e hiperactividad bronquial, recomendando evitar desplazamientos a zonas con clima frío y seco o altura mayor a 3000 m s. n. m. Sin embargo, como se ha señalado, se requería de por lo menos dos informes médicos, habiéndose presentado tan sólo uno. Asimismo, tampoco se ha acreditado la presentación del historial médico del referido profesional.

12. Por lo tanto, al no haber cumplido con los requisitos establecidos en la cláusula decimotercera del contrato para la acre-

ditación de la enfermedad del Ing. William Arones Baes, jefe de supervisión, no corresponde dejar sin efecto la aplicación de penalidades en este extremo [...].

Del caso antes señalado lo que se aprecia es que la aplicación de la penalidad en los contratos de supervisión dependerá de los alcances contractuales explícitos que hayan acordado las partes. Muchas veces esos alcances definen el supuesto de la penalidad, así como la respectiva cuantificación. Cabe indicar que dichas penalidades tienen un tratamiento diferente al que se hace respecto de la penalidad por mora o retraso, la misma que se caracteriza por ser de origen legal, en tanto que la comentada tiene una fuente consensual.

5.2. Liquidación al contrato de supervisión de obra

De acuerdo con el Glosario de Definiciones del Reglamento de la LCE, la liquidación de contrato es el «cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico».

Asimismo, el procedimiento de liquidación de contratos de consultoría de obra se encuentra previsto en el artículo 144 del Reglamento de la LCE, según el cual

El contratista presenta a la entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra, *dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación o de haberse consentido la resolución del contrato*. La entidad debe pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los treinta (30) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tiene por aprobada la liquidación presentada por el contratista.

Al respecto, suele ocurrir que el contrato de supervisión no se concluya conforme a lo previsto en el artículo antes referido. En tal sentido, ¿cuál es el momento a partir del cual debe iniciar el procedimiento? En las siguientes líneas se detalla el extracto de un laudo arbitral en el que se discute este punto:

13.9 Así pues, siendo que el presente contrato se resolvió por mutuo acuerdo durante el cumplimiento de prestaciones entre las partes por el impedimento legal descrito anteriormente, vale preguntarnos, ¿cómo se aplicaría el procedimiento de liquidación descrito en el artículo 179 del Reglamento que exige la aprobación de la última prestación? O, en otros términos, ¿cuál sería la última prestación de un contrato de consultoría de obra, si éste se resuelve por el impedimento legal de ejecutar mayores prestaciones adicionales, pese a que el contrato del cual es accesorio continúa en ejecución? Ante ello, siendo que se cuestiona un acto emitido durante el procedimiento de liquidación, a saber, la Resolución Directoral n.º 1380-2013-MTC/20, del 11 de diciembre del 2013 resulta relevante verificar el citado procedimiento en el presente caso.

13.10 Para empezar, dado el contexto del presente contrato, este tribunal es de la opinión que el procedimiento descrito en el artículo 179 del Reglamento no es aplicable a este caso con la taxatividad de su redacción, dado que el citado artículo toma como premisa que el procedimiento de liquidación se inicia con la conformidad de la última prestación, que consideramos que es la que se establece en los términos de referencia, dado que en ellos se disponen las características y condiciones del servicio a contratar. Vale decir, hubiese sido aplicable el citado artículo al presente contrato en el caso que se haya aprobado la última prestación conforme a lo indicado en los referidos términos, concretamente en el literal 1.1.3.18, según el cual:

«1.1.3.18 [EL SUPERVISOR] Presentará la liquidación de su contrato dentro de los quince (15) días siguientes de haberse dado la conformidad a la última prestación (Informe de Revisión y Conformidad de la Liquidación de Obra o,

en caso de contrato de obra con controversias pendientes de resolver, Informe Final) la misma que para ser aprobada por PROVÍAS NACIONAL será revisada, corregida y/o modificada según sea el caso».

13.11 En ese orden, no es posible exigir como requisito de inicio del procedimiento de liquidación la aprobación de una última prestación estipulada contractualmente (*Informe de Revisión y Conformidad de la Liquidación de Obra o, en caso de contrato de obra con controversias pendiente de resolver, Informe Final*), porque legalmente era imposible llegar a que se cumpliesen con dichas prestaciones, dado que no se podía continuar con la ejecución del contrato.

13.12 Ante ello, dada la situación atípica al que fue sometido el cumplimiento de este contrato, ¿cuál es el acto que determina el inicio del procedimiento de liquidación de la consultoría de obra? En ese extremo, el presente Tribunal considera plenamente aplicable la Cláusula 6.6 de las Cláusulas Adicionales del Contrato de Supervisión de Obras n.º 052-2010-MTC/20, según el cual:

«6.6 En caso de resolución del contrato, EL SUPERVISOR entregará a PROVÍAS NACIONAL bajo responsabilidad en un plazo de quince (15) días, toda la información relacionada con sus servicios, así como la liquidación correspondiente, que incluirá las sumas pendientes de pago».

13.13 En ese sentido, tomando en consideración el desarrollo los hechos entre las partes (los mismos que no han sido cuestionados por éstas, según los puntos controvertidos de este arbitraje), tenemos lo siguiente:

- ¿Cuándo se aprobó el 9 de julio del 2012 como último día del cumplimiento de las prestaciones del supervisor? Se hizo mediante la Resolución Directoral n.º 595-2012/20, del 24 de agosto del 2012, la misma que fue recepcionada por HOB el 27 de agosto del 2012. Cabe recalcar que desde

dicha recepción se confirmaba entre las partes que no era posible el cumplimiento de prestación alguna desde el 9 de julio de ese año.

- ¿Cuándo presentó el supervisor su Informe de Situación sabiendo que no era posible prestación alguna desde el 9 de julio del 2012, tal como quedó confirmada por la Resolución Directoral n.º 595-2012/20, del 24 de agosto del 2012? Lo hizo el 3 de septiembre del 2012, mediante la Carta n.º 060-2012/HOB-1007-S/RL, dentro de los 15 días siguientes a la emisión de la referida Resolución.
- Posteriormente, con ocasión de la suscripción de la Adenda Única, del 4 de noviembre del 2013, ambas partes indican que la Carta n.º 060-2012/HOB-1007-S/RL es el Informe de Situación de Obra y que ha procedido HOB a elaborar la liquidación del contrato mencionado.¹⁸ En otros términos, con ocasión de la suscripción de la adenda de resolución del contrato ambas partes reconocen, tácitamente, como la última prestación por parte del supervisor la referida Carta. Dicha referencia se refuerza con el hecho de que, con ocasión de la Cláusula Segunda de la citada adenda, se señale que debe «procederse con la liquidación del referido contrato» vale decir, ambas partes están de acuerdo en que lo que sigue a la suscripción del citado documento es solamente la presentación de la liquidación.

13.14 En conclusión, de los hechos realizados por las propias partes, y que no fueron cuestionados por ellas en el presente proceso arbitral, se colige que la última prestación del Supervi-

¹⁸ A continuación, el extracto respectivo de la adenda única:
«1.4 Con Carta n.º 060-2012/HOB-1007-S/RL de fecha 03/09/2012, Hob Consultores S.A., comunica a Provías Nacional, la conclusión de los servicios de supervisión materia del Contrato de Supervisión de Obra n.º 052-2010-MTC/20, adjuntando un Informe de Situación de Obra ejecutada y supervisada al 9 de julio del 2012; asimismo informa que, en virtud al Presupuesto Reestructurado n.º 03 aprobado con Resolución Directoral n.º 595-2012-MTC/20 del 24/08/2012, ha procedido a elaborar la Liquidación de Contrato mencionado.

sor fue la presentación del Informe de Situación de Obra al 9 de julio del 2012, de conformidad con la Cláusula 6.6 de las Cláusulas Adicionales del Contrato, así como de la Adenda Única.

13.15 Siendo ello así, este tribunal arbitral llega a la conclusión que no existe causal de nulidad o invalidez de la Resolución Directoral n.º 1380-2013-MTC/20, no solamente porque el demandante no ha alegado la causal correspondiente, sino porque se ha verificado que el procedimiento de liquidación seguido entre las partes tampoco ha estado incurso en alguna causal de nulidad o invalidez.

Como puede apreciarse del caso anterior, en controversias de dicha índole, en consideración que la liquidación de contrato de supervisión está sujeta a procedimientos y plazos formales, es decisivo que se establezca en las condiciones contractuales la indicación precisa de cuál es la última prestación que estará a cargo del supervisor, dado que desde la conformidad de la misma es que se computará el inicio del plazo de elaboración de liquidación de la supervisión.

Como se aprecia de los casos expuestos, resulta indispensable en el desarrollo de un proceso arbitral en el que se cuestionan actos o instrucciones del supervisor que se contraste las normas jurídicas relevantes con los argumentos y, sobre todo, con los medios probatorios presentados por las partes. Muy pocas veces dichas controversias son de puro derecho, dado que por la complejidad y/o magnitud de las operaciones en controversia se debe examinar cuidadosamente las pruebas presentadas, dado que ellas son las que pueden definir un laudo en un determinado sentido u otro.

ALCANCE DE LAS INSTRUCCIONES DEL SUPERVISOR DE OBRA EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Ricardo Rodríguez Ardiles**

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los actores permanentemente actuante en la relación contractual en un contrato de obra pública, dentro de los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado, es el supervisor, el mismo que por su especial participación, en su calidad de representante permanente de la entidad en el lugar donde se ejecuta la obra, cada uno de sus actos o decisiones puede repercutir favorable o desfavorablemente en la concreción de los proyectos.

En el presente artículo trataremos de examinar cada uno de los alcances de las facultades que el supervisor posee y la normativa aplicable en cada circunstancia a fin de que se pueda advertir que aquél al igual que el contratista ejecutor están obligados a sujetarse en su accionar a lo establecido en el contrato y en la normativa legal, siendo, por tanto, indispensable apartar de su discernimiento conductas injustificadas de índole técnica o legal que a la postre constituirían la antítesis de su función.

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Árbitro independiente inscrito en los principales centros arbitrales. Consultor en asuntos de contratación pública y construcción.

En tal sentido, y sólo conociendo cada una de sus atribuciones y el alcance de las mismas, puede comprenderse el alcance de sus decisiones y la obligatoriedad de aquéllas.

2. CONCEPTO

Entendemos al contrato de obra, siguiendo los conceptos que sobre el particular posee el artículo 1771 del Código Civil, como aquél por el cual el contratista se obliga frente a su comitente (propietario) a ejecutar una obra determinada y este último pagarle su retribución, esto es, uno de carácter consensual, autónomo, oneroso.

Dada su trascendencia, pues aun cuando su cuantía sea menor, la ejecución de una obra reviste singular importancia para el comitente, porque las más de las veces se trata a través de aquélla de satisfacer una necesidad generalmente básica personal, familiar o social.

Tratándose de contratos de obra que celebra el Estado tal finalidad es de mayor trascendencia, por cuanto es mediante la construcción que se alcanzan niveles de satisfacción del bien común en materias de infraestructura, educación, salud, entre otros.

Es por ello que dentro de la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la obra es definida como ‘Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, materiales y/o equipos’ (Anexo Único Definiciones del Reglamento).

De ahí por tanto, la tutela de la ejecución se convierte en un derecho del comitente, puesto que tanto en su condición de tal y obligado al pago de lo que el contratista ejecuta, requiere que la obra sea efectuada

de manera correcta y cabal a fin de alcanzar, precisamente, la satisfacción que originó la contratación y su ejecución.

En materia de contratos de obra privados, el Código Civil en su artículo 1777 declara el derecho del comitente «a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra», con el propósito, como se desprende del mismo numeral, de comprobar que «se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte».

Tratándose de contratos de obra pública, con mayor detalle, se señala que el inspector o supervisor, según corresponda, e igualmente por cuenta de la entidad contratante, debe «velar directa y permanentemente por la correcta ejecución, técnica económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato» (artículo 187.1 del Reglamento).

Nótese que en lo que corresponde al aspecto de función no existe diferencia alguna entre el denominado inspector con el supervisor, surgiendo sólo la diferencia según se trate de un funcionario de la propia entidad quien desempeña esas atribuciones o de una persona ajena a la misma, conforme a lo que dispone en cada ejercicio la Ley Anual de Presupuesto.

Así, por ejemplo, y para el año 2019, la Ley de Presupuesto del Sector Público n.º 30879 establece en su artículo 17 que «Cuando el monto del valor referencial de una obra pública sea igual o mayor a S/ 4 300 000,00 (cuatro millones trescientos mil y 00/100 soles), el organismo ejecutor debe contratar, obligatoriamente, la supervisión y control de obras».

De otra parte, y como complemento, desde un análisis lingüístico podemos advertir que el verbo supervisar se compone de dos voces: «super» que denota ‘preeminencia o excelencia’ y «visar» que conlleva ‘reconocer poniéndole visto bueno a lo ejecutado por terceros’, con lo cual podemos concluir que la labor de supervisar una obra, que es lo que realiza el supervisor, posee elementos variados tendientes a asegurar

que, a través del cumplimiento de su obligación y la exigencia del cumplimiento por parte del contratista, quien ejecuta la obra lo haga con idoneidad, entendida ésta de manera plena.

En ese orden, y como concepto, podemos señalar que el inspector o supervisor es el representante permanente del comitente durante la ejecución de la obra, con el objeto de cuidar y controlar la correcta ejecución integral de la obra a efectos de que se ejecute de conformidad con lo previsto en los términos del contrato con la finalidad de que aquélla cumpla con el propósito originalmente deseado de satisfacción de una necesidad. De manera sumillada es factible afirmar que el supervisor tiene la función de cautelar el precio, el plazo, la calidad y las demás obligaciones del contrato para que la obra sea ejecutada tal cual se proyectó, a través de una activa, diligente y la más de las veces proactivo y preventivo accionar como detallaremos a continuación, al puntualizar algunas de los más importantes aspectos en los que participa.

3. REQUISITOS

En atención a sus atribuciones, el supervisor requiere el cumplimiento de determinado perfil que asegure una capacidad idónea para el desempeño de aquéllas, más aún cuando sus decisiones influyen directamente en el cumplimiento del contrato.

Entre ellas podemos citar, además del indispensable conocimiento técnico en el tipo de obra, habilidades que abarcan el universo de la administración de la obra, ya que sus intervenciones no sólo están limitadas a aspectos de ingeniería, sino también a relaciones laborales y de calidad, por lo que el perfil del supervisor es más universal que el que corresponde sólo a la ingeniería.

Así, por tanto, y dependiendo de la envergadura de la obra y no exclusivamente de su cuantía, el establecer que la supervisión sea una

empresa y no una persona individual puede ser necesario a efectos de que pueda ser cubierta esa diversidad de aspectos sobre los que debe emitirse opinión o resolver.

Igualmente, corresponderá tener en cuenta que el supervisor debe cuando menos poseer las mismas capacidades de las que posea el residente de la obra a fin de que el diálogo sea fructífero entre ellos en favor de aquélla y no se generen discrepancias provenientes de desequilibrio de capacidades que lo único que conllevan es el perjuicio del devenir de la ejecución. Para estos efectos, la expresión capacidades comprende tanto calificaciones profesionales cuanto experiencia.

Sobre este aspecto, debe tener en cuenta que tratándose del residente de obra, el artículo 179 del Reglamento detalla que el profesional, ingeniero o arquitecto, debe ser un profesional colegiado, habilitado y especializado, con no menos de dos (2) años de experiencia en la especialidad, en función de la naturaleza, envergadura y complejidad de la obra. Resultando, por tanto, como mínimo el cumplimiento de esos requisitos también para el supervisor dependiendo, como es obvio, de lo que la entidad exija para el residente de obra. Este extremo se aprecia de manera explícita en el artículo 186.2 del Reglamento.

Ahora bien, y tal como igualmente prevé la legislación en el artículo 186.1 del Reglamento, cuando el supervisor es una persona jurídica ésta deberá designar a una persona natural para el desempeño del cargo en la obra, de modo permanente y directo.

Aun a costa de resultar redundante, entiéndase como modo permanente a la estancia continua y no esporádica o variable en el lugar de la obra y durante todo el tiempo de ejecución de la misma; y directo, de manera personal y no por interpósita persona. Se trata por tanto de una obligación de cumplimiento estrictamente personal, no delegable.

En consecuencia, la persona natural que efectúa labor de supervisión no puede simultáneamente ejercer la misma función en otra, puesto que ello conllevaría romper la permanencia e inmediatez que debe cumplir respecto de la obra para la que ha sido contratado o designado, tal como se puntualiza en el artículo 186.3 del Reglamento.

Finalmente, y adicional a lo ya expresado, dadas las especificidades propias de su labor y dependiendo del tipo de obra, la función de supervisión está reservada a los ingenieros y arquitectos, quienes deben estar hábiles en el ejercicio de su profesión en cumplimiento de las disposiciones de la Ley de la materia en razón de que su función está comprendida dentro de los alcances de aquéllas, puesto que la función de supervisor es una de las que corresponde a la profesión de ingeniero o arquitecto.

4. SUPERVISIÓN Y PLAZO DEL CONTRATO

En términos generales, y dado que la función del supervisor, como está anteriormente expresado, es participar activamente durante el plazo de ejecución de la obra y hasta su culminación física y liquidación, es frecuente que el plazo del contrato sea de por lo menos el mismo del contrato de ejecución de la obra a fin de que entre ambos exista una correspondencia que permita que precisamente se dé cumplimiento a esa finalidad, al considerarse el contrato de supervisión vinculado al de ejecución de la obra.

Tanto es así que el artículo 10.2 de la Ley regula específicamente que «el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra».

En efecto, en la Opinión n.º 057-2013-DTN, del 12 de julio de 2013, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, se establece «De las disposiciones citadas se desprende que la

función genérica del supervisor consiste en controlar los trabajos que se realizan en la obra, cautelando directa y permanentemente la correcta ejecución de la misma y el cumplimiento del contrato».

Asimismo, se infiere la *naturaleza accesoria del contrato de supervisión respecto del contrato de ejecución de obra* —en el marco de la normativa de contrataciones del Estado— pues, evidentemente, sólo en la medida que se ejecute una obra que deba ser supervisada puede requerirse los servicios de un supervisor de obra.

En consecuencia, si bien el contrato de ejecución de obra es independiente del contrato de supervisión —en tanto constituyen relaciones jurídicas distintas—, *la naturaleza accesoria que tiene el segundo respecto del primero determina, por lo general, que los eventos¹ que afecten la ejecución de la obra también afecten la supervisión de la misma*.

Tanto es así que en el artículo 161 del Reglamento se determina que en los casos en que se produzca atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha de terminación de la obra consignada en el calendario de obra vigente que conlleve una extensión de los trabajos del supervisor, al contratista le corresponde asumir el pago por los referidos servicios los que se descontarán de la liquidación del contrato, debiendo la entidad asumir ese pago durante la ejecución del contrato.

Ahora bien, es preciso dentro de estos alcances tener presente también para los efectos de la ampliación de plazo a los contratos de supervisión, que en la Opinión n.º 059-2015-DTN, de 28 de abril de 2015, se señaló, aunque referido a la anterior normativa y que en concepto del autor no ha sufrido variación específica en cuanto a la procedencia del criterio, «[...] no ha previsto que deba cumplirse formalidad alguna a efectos de extender los servicios de supervisión; por tanto, el retraso

¹ Como ejemplo de estos eventos puede considerarse la ampliación de plazo de la obra, la resolución del contrato de obra, entre otros.

en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista implica la extensión de los servicios de supervisión, *de manera automática [...]*», extremo coincidente con el artículo 199.7 del Reglamento, en donde de manera explícita se norma que en virtud de la ampliación otorgada al contratista ejecutor, «la entidad amplía, sin solicitud previa, el plazo de los otros contratos que hubiera celebrado y que se encuentren vinculados directamente al contrato principal».

5. SUPERVISIÓN Y CUADERNO DE OBRA

Con independencia de las labores que de modo puntual la supervisión debe desarrollar a lo largo de la ejecución contractual, y en atención a que como se ha explicado el supervisor es el representante permanente del propietario en la obra, su participación en la misma debe quedar explícita a través de las anotaciones que realiza en el cuaderno de obra.

El denominado cuaderno de obra, definido por la misma legislación como ‘el documento que debidamente foliado, se abre a la fecha de entrega del terreno y en el que el inspector o supervisor y el residente anotan las ocurrencias, órdenes, consultas y las respuestas a las consultas’ (Anexo de Definiciones), es la expresión tangible del accionar del supervisor en la ejecución contractual por cuanto mediante cada una de las anotaciones que efectúe, pero de manera relevante en las que efectúe en respuesta a las formuladas por el residente, es que se puede apreciar su comportamiento y la calidad incluso de sus decisiones, convirtiéndose ya sea en un factor contributivo al logro de la meta prevista en el contrato o, por el contrario, en factor perturbador de tal cometido.

En diversas ocasiones se ha expresado con acierto que el cuaderno de obra se constituye a la postre en la bitácora de la obra pero, igualmente, en un fiel reflejo del quehacer de los que interviene en la misma. De ahí su importancia y relevancia de su manejo.

En tal sentido las anotaciones que consigne el supervisor deben ser, en principio claras, esto es, que reflejen de manera precisa su posición en torno al hecho, e igualmente sustentadas a fin de que con posterioridad cualquiera que lea esa anotación tome debida percepción de cuál fue, casi con exactitud, las razones de la misma y las circunstancias específicas del momento.

6. SUPERVISIÓN E INICIO DE OBRA

La normativa ha puntualizado en materia de contratos de obra pública regidos por la Ley de Contrataciones del Estado, que es factible diferenciar entre inicio de la vigencia del contrato e inicio del plazo de ejecución contractual.

Cumplidos todos los requisitos para su suscripción, el contrato adquiere vigencia, esto es, queda perfeccionado en cuanto a la generación de obligaciones y derechos para las partes. Sin embargo, tal evento no conlleva necesariamente que el plazo de ejecución de la obra se haya iniciado.

En efecto, el artículo 176 del Reglamento puntualiza que «el inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente en que se cumplan» determinadas condiciones ahí determinadas, entre ellas, «Que la entidad notifique al contratista quién es el inspector o supervisor, según corresponda».

Así, por tanto, la identificación del inspector o supervisor resulta elemento fundamental para el inicio del plazo contractual por cuanto a través de su presencia se resalta la importancia que para el comitente posee a efectos de cautelar la correcta ejecución de la obra.

Ahora bien, la contratación del supervisor se efectúa mediante un concurso público, proceso de selección que demanda plazos mínimos

que deben ser cumplidos con antelación o simultáneamente al de la contratación de la obra, a efectos de evitar la circunstancia, no lamentablemente poco frecuente, que se hayan cumplido todos los otros requisitos (entrega del terreno, expediente técnico e incluso adelanto directo) y la obra no pueda iniciarse por ausencia del supervisor.

Ante esta coyuntura, las entidades habían generado una práctica, no exenta de cuestionamientos, de designar en tanto se concluya el proceso de selección correspondiente a un inspector (funcionario de la entidad) que cumpla las funciones de aquél.

Esa práctica no sólo era cuestionable por cuanto quiebra el principio de legalidad puesto que como hemos apuntado precedentemente, es la Ley de Presupuesto la que establece la obligatoriedad de la contratación de un tercero para el desempeño de tales atribuciones, sino que también en el campo técnico se generaban distorsiones en cuanto a la apreciación de los alcances, según sea el que asuma decisión, lo que afectaba finalmente a la ejecución de la obra.

No han sido pocas las oportunidades en que cuando se ha actuado de la manera anotada, el supervisor finalmente contratado pretendía desconocer las decisiones asumidas por el inspector y con ello obligar a que avances de obra sean nuevamente ejecutados bajo los parámetros que establecía a costa del contratista, lo que conllevaba a la negación de este último y con ello la generación de un conflicto que incluso pudo significar mayores costos o argumentos para desligarse de responsabilidades sobre la calidad final de la obra.

El vigente nuevo Reglamento ha superado esta situación y faculta, a través del artículo 176.2: «Para iniciar la ejecución de una obra que requiera supervisión, puede designarse un inspector de obra o un equipo de inspectores siempre que se encuentre convocado el procedimiento de selección para contratar al supervisor. En dicho caso, sólo puede mantenerse la participación del inspector o equipo de inspectores en

tanto el monto de la valorización acumulada de la obra no supere el límite establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año correspondiente».

Conviene finalmente resaltar la formalidad establecida en la norma reglamentaria previamente citada respecto al cumplimiento de la notificación de parte de la entidad al contratista de la designación del supervisor por cuanto es sólo mediante tal comunicación expresa que el contratista asumirá certeza sobre el cumplimiento del requisito establecido para el inicio del plazo contractual.

De otra parte, y aun cuando no se encuentre normado, hay actividades que son propias de la supervisión para o durante el inicio de la obra; así podemos señalar el reconocimiento del terreno en que se ejecutará la obra, y desde las primeras actividades como replanteo y trazo; revisión y conocimiento cabal del expediente técnico; revisión y cabal conocimiento del contrato en todos sus alcances a efectos de que, dentro del cumplimiento de sus funciones, pueda en su momento ejercer una de las más relevantes, absolver las consultas que se formulen y de la cual nos ocuparemos más adelante.

7. SUPERVISIÓN Y ADELANTOS

La normativa de la contratación pública establece la factibilidad de entrega de adelanto directo y de materiales o insumos a los ejecutores de las obras, fijando su tope máximo, que deberá estar especificado en las bases del proceso de selección respectivo.

Como hemos señalado anteriormente, es la entrega del adelanto directo, cuando así hubiese estado establecido, otro de los requisitos que deben ser cumplidos por la entidad para el inicio del plazo de ejecución contractual (artículo. 176.e del Reglamento).

Bajo el supuesto que el supervisor ha sido designado oportunamente, la intervención de aquél es indispensable, pues le compete verificar: si la solicitud efectuada por el contratista se ha efectuado dentro de los plazos y en las condiciones señaladas en el artículo 181 Reglamento, puesto que en caso de incumplimiento del plazo no procede su otorgamiento; el cálculo del monto que se solicita; así como, de ser el caso, tutelar el uso del mismo de acuerdo a la postulación que ha señalado el contratista, cuidando finalmente, que se encuentre debidamente garantizado y que las amortizaciones se produzcan conforme el avance de la obra.

Sobre la referida amortización del adelanto directo, recuérdese que el artículo 183.1 del Reglamento puntualiza que aquél debe efectuarse «mediante descuentos proporcionales en cada una de las valorizaciones de obra», actividad de índole técnica matemática que corresponde revisar o efectuar al supervisor a fin de que se dé cumplimiento estricto a la norma.

En lo que atañe al adelanto para materiales e insumos, en los documentos del proceso de selección respectivo se fija el plazo en que el contratista debe solicitar el mismo, así como el plazo en que la entidad lo debe entregar. El artículo 182.5 del Reglamento atribuye de modo expreso al supervisor verificar la oportunidad de estas solicitudes, de acuerdo al calendario correspondiente, con lo que es explícita su intervención dentro del proceso del trámite de estos adelantos.

Nótese que la intervención del supervisor va mas allá de la mera verificación del correcto cálculo matemático, pues abarca también, por así devenir de la disposición legal normativa, contrastar que la solicitud se produzca luego de iniciado el plazo contractual, teniendo en consideración el calendario de adquisición de materiales e insumos que el contratista presentó y los plazos del procedimiento establecidos en los documentos del proceso de selección para su entrega.

La trascendencia de la opinión del supervisor es relevante puesto que, según sea la misma, el adelanto podría no ser otorgado de verificarse que las solicitudes han sido presentadas con posterioridad a las fechas señaladas en el calendario de adquisición de materiales e insumos (artículo 182.5 del Reglamento).

Respecto a la amortización de estos adelantos de materiales e insumos, la intervención del supervisor se torna indispensable, ya que al tener que efectuarse con sujeción a la normativa de las fórmulas de reajuste automático de precios, Decreto Supremo n.º 011-79-VC y modificatorias, ampliatorias y complementarias, el criterio técnico se vuelve necesario.

Cabe preguntarse si la opinión técnica del supervisor respecto del cumplimiento de los requisitos por parte del contratista sobre la oportunidad y cuantía de los adelantos es vinculante para la entidad o puede ésta apartarse de la misma.

Sobre el particular no es factible entender que la opinión del supervisor sea vinculante para la entidad por cuanto, salvo disposición legal expresa, aquélla posee siempre la capacidad de resolver en última instancia y decidir. Sin embargo, si la decisión es contraria a la que ha expresado el supervisor deberá ser sustentada, de manera tal que permita comprender las razones de la discrepancia y el fundamento de la misma a fin de establecer, en su momento, las responsabilidades que pudiesen corresponder.

8. SUPERVISIÓN Y SUSPENSIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL

La normativa ha regulado la factibilidad de suspender la ejecución del plazo de ejecución contractual cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes, artículo 178 del Reglamento, hasta la culminación de dicho evento.

La calificación del evento como no imputable a las partes es el producto de un racionamiento técnico y lógico que supone la valoración del evento, sus orígenes y sus consecuencias. Esta evaluación si bien puede ser planteada por el ejecutor de la obra demanda, necesita de la intervención del supervisor, quien con criterio técnico objetivo debe ponderar todos y cada uno de los hechos a fin de brindar a la entidad la opinión que le permita a aquélla asumir decisión sobre la no atribución de responsabilidad a ella misma ni al contratista.

El típico evento no atribuible a las partes es el denominado caso fortuito o fuerza mayor que posee las características de extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación, tal como regula el artículo 1315 del Código Civil.

Sin embargo, ello no se agota ahí, la ausencia de culpa como causa no atribuible conlleva a que las partes puedan acreditar que han actuado con la diligencia ordinaria requerida y que pese a ello se ha producido el evento que impide la ejecución de la prestación. Ese trabajo sutil debe ser efectuado por el supervisor a fin de valorar adecuadamente la circunstancia específica y sus consecuencias.

Adicionalmente, y en torno a la suspensión del plazo contractual, si bien la normativa permite que el contratista suspenda la ejecución de la obra cuando la entidad adeuda el pago de tres valorizaciones consecutivas, corresponderá al supervisor revisar si la misma procede no sólo por el hecho objetivo de la falta de pago, sino también por el cumplimiento de las formalidades de requerimiento previo, otorgamiento de plazo de 10 días para que pague al menos una, y anotación en el cuaderno de obra. Así, por tanto, la intervención del supervisor resulta necesaria para esta finalidad específica.

Comoquiera que la suspensión del plazo de la ejecución contractual es establecida mediante documento específico, en la elaboración del mismo también resulta necesaria la intervención del supervisor por

cuanto éste deberá emitir opinión en torno al plazo de la suspensión e igualmente respecto de los mayores gastos generales y costos que deben serle reconocidos al contratista como consecuencia de dicha suspensión, más aún cuando como se puntualiza en el artículo 178.5, los gastos generales variables que se reconocerán por este periodo de suspensión son aquellos «directamente vinculados, debidamente acreditados».

Sobre el último extremo, los gastos generales y costos no está precisados en la norma reglamentaria quedando conceptualizados sólo a través de la expresión «aquéllos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión», por lo que la evaluación que efectúe el supervisor respecto de aquéllos será asimismo relevante teniendo en cuenta que una suspensión no sólo significa la paralización por sí misma, sino que implica gastos generales y costos tanto por la desmovilización cuanto por la movilización para el reinicio de actividades.

Obsérvese sobre el particular que si bien la norma señala que compete a la entidad el comunicar al contratista, luego de reiniciado el plazo contractual, la modificación de las fechas de la ejecución de la obra respetando los términos del acuerdo de suspensión, es obvio que ese estudio de fechas corresponde al supervisor, al tratarse de un extremo técnico del cual ha sido partícipe y tiene el mejor conocimiento (artículo 178.2).

9. ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS SOBRE OCURRENCIAS EN OBRA Y EL SUPERVISOR

La absolución de las consultas que formule el contratista a lo largo de la ejecución de la obra constituye una obligación del supervisor, así expresamente se señala en el artículo 17.1 del Reglamento y se explicita en el artículo 193 del mismo cuerpo normativo.

Las consultas las entendemos como aquellas preguntas que formula el contratista, mediante anotación en el cuaderno de obra respecto a un

determinado aspecto u ocurrencia de la obra, que demanda de la decisión del comitente y que se expresa, mediante decisión del supervisor, sea o no que tenga que consultar para asumir decisión al proyectista de la obra.

La valoración de la consulta, y si la respuesta debe ser efectuada sin o con opinión previa del proyectista es una decisión que el supervisor debe asumir en función a la complejidad de la misma y considerando si la decisión que se asuma puede conllevar a un cambio en calidad del proyecto o una variación del expediente técnico que influya en aquélla.

Conviene referirnos, por tanto, a la función del proyectista puesto que dado el trabajo que como tal realiza, le corresponde a éste una responsabilidad por el proyecto que ha desarrollado, entiéndase expediente técnico, hasta por un periodo de tres años posteriores a la conformidad de obra otorgada por la entidad, por errores, deficiencias o por vicios ocultos (artículo 40.3 de la Ley).

Sin embargo, esa responsabilidad podría verse morigerada e incluso excluida si la decisión del supervisor, al absolver una consulta del contratista sin pronunciamiento previo de aquél afecta un aspecto esencial del proyecto y como consecuencia de ello, con posterioridad, se suscitan consecuencias que pueden ser conceptualizadas como defectos o vicios ocultos de la obra provenientes del proyecto, pero que fuera modificado a través del supervisor al absolver una consulta que debía requerir, de modo previo a la opinión del supervisor, y no lo hizo. En tal supuesto, la responsabilidad del proyectista podría ser excluida al tratarse de una decisión que modificó el expediente técnico y de la cual no tuvo conocimiento ni emitió opinión.

Las consultas, siguiendo la normativa, artículo 193, deben ser absueltas por el inspector o supervisor cuando no requieren opinión previa del proyectista, en el plazo máximo de cinco (5) días siguientes de anotadas en el cuaderno de obra. Vencido dicho plazo, y de no ser absueltas, el contratista «tiene» que acudir a la entidad dentro del plazo de

dos días siguientes de haberse vencido el plazo anterior, debiendo ésta última absolverlas en el plazo máximo de cinco (5) días siguientes, contados desde el día siguiente de recibida la comunicación del contratista.

Tratándose de consultas que sí requieren de la opinión previa del proyectista, aquéllas deberán ser puestas en conocimiento de la entidad por el inspector o supervisor dentro del plazo máximo de cuatro (4) días de anotadas en el cuaderno de obra. Corresponde a la entidad efectuar la coordinación correspondiente con el proyectista a fin de que éste absuelva la consulta dentro del plazo máximo de quince (15) días siguientes de la comunicación del inspector o supervisor.

En caso que el proyectista no absuelva la consulta en el plazo indicado, corresponderá a la entidad realizar la absolución y dar las instrucciones correspondientes a través del inspector o supervisor, sin perjuicio de las acciones respectivas en contra del proyectista.

La mora en la absolución de las consultas, sin o con opinión del proyectista, en plazos mayores a los establecidos en la normativa, concede el derecho al contratista de solicitar la ampliación de plazo por el tiempo correspondiente a la demora. La referida demora se contabilizará desde la fecha en que los trabajos objeto de consulta no son ejecutados y afecten la ruta crítica.

Como se verá más adelante con ocasión de comentar la participación del supervisor en las ampliaciones de plazo, la demora en la absolución de las consultas si bien son por sí mismas una causal no conllevan que necesariamente traigan consigo ampliación de plazo, pues esta última sólo procederá en la medida que se dé el supuesto de afectación de la ruta crítica —secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de la ejecución de la obra (Reglamento, definiciones)— como consecuencia de la no ejecución de las obras comprendidas dentro de la consulta formulada.

10. VALORIZACIONES, METRADOS Y EL SUPERVISOR

El último día de cada periodo previsto en las bases (generalmente de cada mes calendario), tal como regula el artículo 194 del Reglamento, el supervisor debe elaborar la valorización correspondiente de avance de obra.

Este procedimiento de índole técnico, tratándose de obras contratadas bajo el sistema de a precios unitarios, se formulan en función de los metrados realmente ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista, agregándole a ese monto, de ser el caso, el correspondiente Impuesto General a las Ventas.

Tratándose de obras contratadas bajo el sistema de a suma alzada, las valorizaciones se formulan en función de los metrados realmente ejecutados con las partidas y precios unitarios del desagregado de partidas que dio origen a la propuesta y que fuera presentada al momento de ofertar, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados, a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas. Conviene destacar que este es un cambio significativo frente al anterior imperante.

El contratista y el supervisor, de manera conjunta, formulan y valorizan los metrados ejecutados y los presentan a la entidad. Si el supervisor no se presenta para dicha valoración conjunta, la efectúa el contratista. El supervisor debe revisar los metrados durante el periodo de aprobación de la valorización.

Nótese, y esto es muy importante, que no existe legalmente la figura de «metrados proyectados» dentro de una valorización, ésta únicamente debe comprender los metrados realmente ejecutados.

En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valoriza hasta la totalidad de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema a suma alzada se valoriza hasta el total de los metrados del presupuesto de obra (artículo 194.4 del Reglamento).

El plazo máximo del que dispone el supervisor para la aprobación y remisión de las valorizaciones a la entidad es de cinco días, computados cuando se trata de valorizaciones mensuales a partir del primer día hábil del mes siguiente al que corresponde la valorización, debiendo ser cancelada por la entidad en fecha no posterior al último día de tal mes.

Cuando se trata de valorizaciones por periodos distintos, las bases deben establecer el procedimiento respectivo, cuidando de que existan plazos para la revisión, aprobación y pago de acuerdo a lo dispuesto para las valorizaciones mensuales.

Como se advierte, el supervisor con la aprobación de la valorización asume responsabilidad respecto del contenido de la misma, por cuanto su decisión en torno a aquélla compromete el quehacer de la entidad con relación al pago, sin perjuicio de la revisión que a nivel documental pudiera efectuar ésta última de manera previa a efectuar el mencionado pago.

Destacamos que la intervención del supervisor al ser en campo, apreciación directa de la obra, posee la obligación que el metrado que se valoriza sea concordante con la realidad, independientemente que se trate de pagos a cuenta factibles de ser ajustados en el futuro. En este ámbito y al tratarse de un aspecto objetivo de ejecución física, metrado ejecutado, la diligencia del supervisor debe ser extrema.

En efecto, y entre otros supuestos, cobra relevancia esa diligencia anotada en el caso que surgieran discrepancias respecto a los metrados o las valorizaciones, entre el contratista o el supervisor o la entidad,

puesto que independientemente del porcentaje que ello implique, lo que se confronta a la postre es la veracidad del metrado ejecutado o del cálculo técnico matemático efectuado, extremos en los que la capacidad e idoneidad del supervisor se pone a prueba.

11. AMPLIACIÓN DE PLAZO Y EL SUPERVISOR

Todo quehacer constructivo está sujeto siempre a eventualidades que pueden afectar la programación de la ejecución de la obra las cuales pueden considerarse como causales de una solicitud de ampliación de plazo que luego de verificada puede generar se otorgue la referida ampliación del plazo contractual.

La Ley, artículo 34.9, de manera amplia posibilita que el contratista pueda solicitar ampliación de plazo «por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que señale el Reglamento», el mismo que detalla su procedimiento y evaluación.

El señalado Reglamento, artículo 197, explicita el alcance de la causal de la Ley, extremo que corresponderá al supervisor evaluar en cuanto a su veracidad y certeza, respecto a la existencia de atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; requerimiento de un plazo adicional para la ejecución de un adicional de obra; necesidad de plazo adicional para la ejecución de mayores metrados en contratos a precios unitarios que no provengan de variaciones del expediente técnico.

Como se advierte, y dado que corresponde al supervisor emitir un pronunciamiento respecto de la solicitud de ampliación de plazo que formule el contratista, aquél debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos legales para opinar respecto a su procedencia o improcedencia:

- Existencia de anotación del contratista a través de su residente en el cuaderno de obra del inicio y fin de la circunstancia que a su juicio puede dar origen a la ampliación de plazo.
- Existencia de que en dicha anotación se establezca el detalle del riesgo no previsto, estableciendo su efecto y los hitos afectados o no cumplidos.
- Que el contratista o su representante legal haya cumplido con solicitar, cuantificar y sustentar su pedido ante él, dentro de los quince días siguientes de concluida la causal invocada.
- Que la demora invocada afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.

El incumplimiento de cualquiera de dichos requisitos legales y técnicos conllevará que la solicitud sea declarada improcedente o, de ser el caso, infundada por carencia de sustento.

El supervisor expresa su opinión a través de un informe y lo remite a la entidad y al contratista dentro de los cinco días hábiles siguientes de haberse presentado la solicitud.

Esta opinión del supervisor posee importantes efectos por cuanto si la entidad no se pronuncia y notifica al contratista su decisión respecto a la ampliación de plazo dentro de los quince días siguientes del informe del supervisor o de haber recibido el mismo, la opinión del supervisor se tiene por aprobada y surte todos los efectos.

Sin embargo, si se vencieran veinte días hábiles desde que se presenta la solicitud, la entidad no se pronuncia y no hay informe del supervisor, la ampliación de plazo se tiene por aprobada en los términos solicitados por el contratista.

La evaluación de cada uno de los aspectos indicados pone a prueba la capacidad técnica del supervisor y su consistencia con el ordenamiento legal igualmente, por cuanto si bien su función es primordialmente técnica, debe enmarcar su decisión dentro de los alcances y conceptos de la normativa aplicable.

En este orden de ideas, por tanto, el supervisor debe ejercer su función con rigurosidad técnica, principalmente para evaluar y determinar el impacto que la causal invocada posee dentro de la programación de la ejecución de la obra, CPM y su ruta crítica y, en función de ella, establecer el periodo de tiempo correspondiente a la ampliación de plazo.

Adicionalmente a ello, concedida la ampliación de plazo, el supervisor debe cuidar que el contratista cumpla con la obligación de presentarle, en el plazo de siete días, el calendario de avance de obra valorizado actualizado, la programación CPM correspondiente, la lista de hitos no cumplidos, el detalle del riesgo acaecido, su asignación considerando sólo las partidas afectadas por la ampliación de plazo concedida, sin el cual no resulta procedente el pago de los mayores gastos generales

Una vez recibida tal nueva programación, al supervisor corresponde evaluarlo para que con los reajustes que concuerde con el contratista lo eleve a la entidad en el plazo de siete días, a fin de que ésta lo apruebe o que al vencimiento del plazo sin pronunciamiento de ésta última, se tenga por aprobado con los reajustes contenidos en el remitido por el supervisor.

Así, por tanto, como es fácilmente perceptible, el supervisor tiene una activa participación en las ampliaciones de plazo, puesto que según sea su evaluación e informe puede, incluso, obligar al cumplimiento por parte de la entidad cuando ésta carece de la diligencia de pronunciarse en los plazos que la normativa ha establecido.

Nuevamente en este campo, si bien en principio las opiniones del supervisor no tienen efecto vinculante, aquéllas las adquieren ante el defecto de la entidad en el cumplimiento de su obligación de emitir pronunciamiento en el plazo legal establecido.

Resulta relevante señalar que en los casos que la opinión del supervisor se convierta en obligatoria, ella podrá ser objeto de cuestionamiento en el plazo respectivo y a través de los medios de solución de controversias.

12. EL SUPERVISOR Y LOS MAYORES COSTOS Y GASTOS VARIABLES DERIVADOS DE AMPLIACIÓN DE PLAZO

En párrafos precedentes se ha señalado que la modificación del plazo contractual conlleva el reconocimiento de los mayores costos directos y gastos variables provenientes de la ampliación de plazo.

Si bien este concepto resulta fácilmente comprensible, la determinación de los mismos, que son presentados por el contratista para su reconocimiento, requieren de una aprobación del supervisor que los verifique tanto en los conceptos que comprenden cada uno de ellos cuanto el sustento que resultan indispensables para su reconocimiento como regula la legislación de la materia, específicamente en el artículo 199 del Reglamento.

En ese orden, y en lo que se refiere a los mayores costos directos, el supervisor debe verificar que:

- Se encuentren debidamente acreditados.
- Formen parte de los conceptos que integran la estructura de costos de la oferta económica del contratista.

- Estén directamente vinculados a la ampliación de plazo.

En lo que corresponde a los mayores gastos generales variables que:

- Estén en función al número de días de ampliación de plazo.
- Se aplique para el cálculo el gasto general diario variable establecido.
- Estén directamente vinculados a la ampliación de plazo.

Tratándose de paralización de obra, corresponderá al supervisor verificar que los mayores gastos generales variables se encuentren debidamente acreditados y que aquellos conceptos formen parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista.

Adicionalmente, corresponde al supervisor verificar el detalle de los riesgos que dieron lugar a la ampliación de plazo.

Ahora bien, en el supuesto que se haya producido una reducción de prestaciones que genere reducción de plazo, el supervisor deberá, asimismo, cuidar de que la reducción de los gastos generales correspondientes se efectúe en la liquidación de la obra.

13. EL SUPERVISOR Y LOS ADICIONALES DE OBRA MENORES O IGUALES AL QUINCE POR CIENTO DEL CONTRATO

Constituye regla en los contratos de obra regidos por la normativa bajo comentario que la ejecución de adicionales de obra sólo procede cuando se cumplan los requisitos de contar con la certificación de crédito presupuestal o previsión presupuestal, y la resolución del titular de la entidad o funcionario correspondiente, cuando el adicional, luego de restarle los

presupuestos deductivos vinculantes, no exceda del quince por ciento (artículo 34.5 de la Ley).

El cumplimiento de dicha regla general importa a su vez la verificación del cumplimiento de determinada secuencia de acciones en la que el supervisor tiene específica importancia.

El primer aspecto está referido a que, a efectos de cumplir con los alcances descritos en el artículo 205 del Reglamento, la necesidad de ejecutar una prestación adicional debe ser advertida y anotada en el cuaderno de obra ya sea por el residente o incluso por el supervisor.

Aquí la valoración que efectúe el supervisor respecto al concepto de «necesidad» es trascendente. En efecto, como bien se regula, la prestación adicional de obra sólo es factible de ser admitida si no está considerada en el expediente ni en el contrato original y cuya realización resulta «indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional» (Reglamento, definiciones).

Aun a costo de ser redundante debe tener el supervisor especial cuidado cuando informa que determinada obra reviste la característica de adicional, y para ello nótese que lo fundamental de la misma recae en su necesidad imperiosa, el ser indispensable, esto es, que sin su ejecución la meta del proyecto no podría ser alcanzada. Esa evaluación es determinante.

No estamos, por tanto, ante obras que constituyen decoración o mejoras, sino sólo frente a aquéllas sin las cuales no se alcanzaría la meta prevista en el proyecto.

Tanto es así que efectuada la anotación en el cuaderno de obra, y en el plazo de cinco días posteriores, el supervisor debe comunicar a la entidad la anotación efectuada adjuntando su informe técnico en la

cual fije su posición respecto de la misma y su necesidad, precisando la deficiencia del expediente técnico que la haya podido originar o del riesgo que haya originado aquélla.

Definida por la entidad la pertinencia del adicional, el contratista debe elaborar el expediente técnico de ese adicional, el mismo que recibido el supervisor deberá emitir opinión respecto del mismo en el plazo de diez días hábiles, teniendo en cuenta que si comprendiera partidas cuyos precios unitarios no fueren existentes en el presupuesto de la obra deberán pactarse con el ejecutor contratista, correspondiendo finalmente a la entidad resolver en torno a la pertinencia del adicional.

Hay, sin embargo, una situación excepcional de ejecución de adicionales, denominados de emergencia, cuando se producen circunstancias que afecten al ambiente o a la población o a los trabajadores o a la propia obra. En tales casos, el supervisor ordenará la ejecución considerando la autorización previa de la regla general como aquella comunicación escrita que recibe el supervisor de la entidad, sin perjuicio de las verificaciones posteriores previas a la emisión de la resolución respectiva, sin lo cual no procede que el supervisor pueda tramitar valorización para pago alguno.

La actual legislación puntualiza una circunstancia especial cuando se trata de mayores metrados en los contratos a precios unitarios, en los cuales se ha establecido que no se requiere de autorización previa para su ejecución, pero aquí, al igual que en otras acciones de la realización del contrato y en un accionar proactivo del supervisor, resulta recomendable que se deje constancia de la oportunidad de la ejecución de esos mayores metrados y a cuánto ascienden éstos, puesto que antes de su pago debe verificarse que dichos mayores metrados y los adicionales respectivos no pueden superar el quince por ciento del monto original. Extremo que el supervisor debe estar atento para no ser factor de generación de controversia si tales metrados llegan en un momento a superar el límite previsto.

14. EL SUPERVISOR Y LOS ADICIONALES DE OBRA MAYORES AL 15% DEL CONTRATO

La normativa establece, artículo 206, que en los casos que los adicionales de obra cuyos montos luego de restados los presupuestos deductivos vinculados superen el 15% requieren para su ejecución, luego de la aprobación del titular de la entidad, de la aprobación de la Contraloría General de la República.

El cálculo de dicha incidencia recae en principio en el supervisor en su calidad de conocedor inmediato de los alcances del contrato y de su ejecución, tanto en lo que corresponde a la naturaleza misma de los adicionales y deductivos previamente acaecidos y sus cuantías, cuanto al nuevo adicional que se requiere tramitar para lograr su aprobación.

Conviene reiterar en este punto, tal como se infiere de todo lo expresado hasta el momento, que el supervisor no es ajeno a la entidad, sino que con ella forman frente a la obra un todo, más allá de las discrepancias que pudieran presentarse, que requiere de una comunicación recíproca y fluida que asegure veracidad de información para asumir decisiones certeras que favorezcan el fin último de la contratación efectuada, la ejecución de la obra a satisfacción.

15. SUPERVISIÓN Y ATRASOS INJUSTIFICADOS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

La ejecución de la obra —sus avances parciales— por parte del contratista debe efectuarse de manera concordante con el calendario de avance de obra, asegurándose así su culminación en la oportunidad prevista.

Sin embargo, es factible que durante dicha ejecución se produzcan atrasos derivados de diversas causas, algunas de las cuales pueden carecer de justificación y, por ende, imputables al contratista y que posee efectos en aspectos económicos mediante la imposición de penalidades,

técnicos al demandarse la ejecución de un avance acelerado para recuperar el atraso o definitivos mediante la resolución del contrato dada su gravedad.

En estos supuestos, la función del supervisor es importante, pues compete a éste, en primera instancia, evaluar la causa del retraso a efectos de asumir las acciones consecuentes con dicha circunstancia.

La normativa regula, artículo 173 del Reglamento, que en los casos que la obra no alcance en un momento dado, fecha determinada, el ochenta por ciento del avance de obra programado a dicha fecha, el supervisor debe ordenar, en el plazo de siete días siguientes, al contratista la presentación de un calendario de avance de obra acelerado con el fin de asegurar la culminación en la fecha original prevista.

La evaluación del porcentaje de avance es, por ende, una responsabilidad del supervisor y, por ende, su responsabilidad en torno a esa evaluación y la decisión que asuma, evidente.

Ahora bien, no con poca frecuencia se da el caso que aun cuando en esa determinada fecha se advierta que no se cumple con el avance programado se encuentran en trámite valorizaciones de obra ante la propia entidad o en arbitraje ante la denegatoria de ésta última, lo que puede generar incertidumbre respecto a si se debe o no requerir el calendario de avance de obra acelerado.

Sobre el particular, es menester recordar que las decisiones de la entidad poseen el presupuesto de legalidad, esto es, que han sido emitidas en concordancia con la ley aplicable y cuentan con el sustento técnico pertinente y, además, que el inicio de un procedimiento de solución de controversias no enerva de suyo su aplicación en tanto la decisión arbitral o del órgano correspondiente le confiera calidad de cosa juzgada o cuestión decidida.

Así, por tanto, el supervisor debe cumplir con sus obligaciones en tanto no reciba orden distinta de la autoridad competente.

En consecuencia, el contratista está obligado a presentar el calendario de avance de obra acelerado y el supervisor a evaluarlo y requerir su cumplimiento, teniendo en cuenta que su no presentación o un incumplimiento del mismo, al no alcanzarse el porcentaje del ochenta por ciento de avance, puede conllevar a la intervención de la obra o a ser considerada tal circunstancia como causal de la resolución del contrato, sin necesidad de apercibimiento alguno.

Destacamos sobre este alcance que la normativa no obliga a proceder a la resolución del contrato, aspecto que el supervisor debe tener en cuenta al emitir su opinión sobre cada uno de esos extremos, en los que debe considerarse también, y entre otros, el porcentaje total de avance de la obra y el análisis de costo-beneficio que pudiera significar para la entidad resolver frente a la imposición de la máxima penalidad, la razonabilidad de la decisión, entre otras.

El Reglamento ha introducido, en el artículo 202, la figura de la actualización del Programa de Ejecución de Obra al permitir su realización cuando, por razones no imputables al contratista, el referido programa no refleje el avance real del progreso de la obra, el cual con los informes del supervisor se constituye, luego de su aprobación, en el vigente a efectos de asegurar el cumplimiento del plazo contractual. Esta figura resulta novedosa y requiere, una vez más, la intervención del supervisor tanto para calificar que el motivo del no reflejo del Programa con la realidad es por causa ajena al contratista cuanto que el nuevo que se presente sea acorde con la realidad física de la ejecución de la obra y asegure su culminación en la oportunidad prevista.

16. SUPERVISIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONTRATO

Constituye aspiración deseada que la conclusión del contrato de obra se efectúe con la entrega de la misma a satisfacción de la entidad. Sin embargo, es factible igualmente que este propósito se frustre ante la ruptura de la relación contractual por causa atribuida a alguna de las partes contratantes, produciéndose la resolución del contrato.

Cuando la resolución del contrato es atribuible al contratista por incumplimiento de algunas de sus obligaciones contractuales, la función del supervisor y los informes que emita serán de especial importancia para la determinación que asuma la entidad al respecto.

En efecto, la participación del supervisor no está restringida a dicho informe que puede producir como efecto la resolución del contrato sino que, de producirse ésta, aquél debe participar obligatoriamente en el acto de constatación física e inventario en el lugar de la obra, tal como regula el artículo 207.2 del Reglamento, a efectos de brindar a los demás partícipes y dado su carácter de especial conocer de la misma el sustento técnico que dicha diligencia demanda, así como información relevante en torno al metrado ejecutado y respecto de los insumos, equipamiento o mobiliario en el almacén de la obra.

17. SUPERVISOR Y RECEPCIÓN DE OBRA

El proceso de recepción de obra parte del supuesto de que la misma ha concluido, extremo que debe ser iniciado por el residente de obra mediante anotación en el cuaderno de obra y ratificado por el supervisor mediante igual anotación en el cuaderno de obra en el que debe constar los elementos fundamentales del informe que en consecuencia a la anotación que el residente envía a la entidad en un plazo no mayor de cinco días en torno a si la obra está o no concluida como se afirma.

Cuando el informe del supervisor ratifica lo expresado por el residente emitiendo un certificado de conformidad técnica, la consecuencia es que la entidad debe dar inicio al proceso de recepción mediante la designación del comité de recepción en un plazo de dos días hábiles siguientes a que recibiera tal certificado por parte del supervisor, correspondiendo a dicho comité la decisión sobre la culminación de la obra o la existencia de observaciones.

De existir observaciones, y concedido el plazo de subsanación, el supervisor debe cuidar que aquéllas se levanten en el plazo concedido e informar si el contratista no las inicia o no las culmina.

Este último supuesto posee característica especial puesto que si el contratista, vencido el cincuenta por ciento del plazo, no las inicia, el supervisor debe informar a la entidad a fin de que ésta, salvo circunstancias justificadas, dé por vencido el plazo y las asuma con cargo al contratista de cualquier concepto pendiente de abono.

Es así como que el supervisor y su participación resulta crucial para la recepción de la obra y sus informes de especial significado para el comité de recepción y la entidad cuando corresponda.

18. SUPERVISOR Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA

El proceso de liquidación del contrato de obra posee una secuencia de acciones detalladas en el artículo 209 del Reglamento, el mismo que describe el caso en que sea el contratista quien la efectúe, así como si la entidad, en defecto de aquél, la inicie. En uno u otro caso no se cita en este numeral la intervención del supervisor, lo que no conlleva a asumir de manera total que éste se encuentra al margen de este proceso.

En efecto, es práctica en extremo extendida que el supervisor tenga una activa participación en el proceso de liquidación de la obra revi-

sando la que haya presentado el contratista a efectos de formular observaciones, de ser el caso, o en el supuesto que aquél no la formule o presente, elaborando la de la entidad. La más de las veces, el contrato del supervisor comprende estas actividades de la liquidación de la obra.

Más aún, el artículo 10.2 de la Ley especifica, como ya hemos indicado anteriormente, que el plazo del contrato comprende hasta la liquidación del mismo.

Siendo ello así, la participación del supervisor no resulta facultativa, sino de evidente trascendencia, ya que debe en su labor verificar tanto el cumplimiento de los aspectos formales documentales que brindan sustento a la liquidación que revisa cuanto a los cálculos matemáticos efectuados a fin de que sean concordantes con los aspectos técnicos o normativos que le corresponden.

19. EL SUPERVISOR Y EL CONTROL DE PERSONAL Y DE MATERIALES DE OBRA

Una de las facultades del supervisor en las que posee gran discrecionalidad dentro de los márgenes del contrato es aquélla a través de la cual puede ordenar el retiro de cualquier trabajador o subcontratista, por incapacidad o incorrecciones, «que a su juicio» perjudique la buena marcha de la obra. Asimismo, rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos de mala calidad o por el incumplimiento de especificaciones técnicas.

La utilización de estas facultades, artículo 187.2 del Reglamento, sin embargo, no es de carácter abierto, sino que en uno u otro caso requiere de adecuado sustento, especialmente y tal vez de manera inequívoca, en los documentos contractuales, salvo que se tratara de circunstancias reñidas con el favorable comportamiento que afecte el clima laboral de manera significativa y afecte la ejecución del proyecto.

Como es obvio, cualquier facultad conferida al supervisor y, en general, a cualquiera de las partes dentro de una relación laboral, demanda que su ejercicio tenga un marco regulatorio, y en el caso que nos ocupa éste emerge fundamentalmente de los términos contractuales en donde se especifican las condiciones de capacidad e idoneidad que deben poseer los partícipes en la relación laboral y ejecución de la obra, por lo que al detectarse que alguno de ellos la incumple pueden dar origen a la separación, sin perjuicio de la aplicación de penalidades que eventualmente hubiesen podido estar pactadas.

En igual sentido, el rechazo y retiro de materiales y equipos está delimitado por las especificaciones técnicas que forman parte del contrato y, por tanto, la aplicación de «a su juicio» establecida en la normativa legal requiere siempre de una apreciación objetiva y de un soporte explícito de la decisión que el supervisor adopte.

Mas aún, dicha limitación se pone de manifiesto cuando en el mismo numeral del Reglamento, se reitera uno de los alcances ya desarrollados, esto es, que el supervisor no posee autoridad para modificar el contrato, expresión que debe comprender de suyo la imposibilidad de efectuar una interpretación ajena a la razonabilidad de los términos empleados en su redacción y del comportamiento que de buena fe las partes deben poseer en la ejecución de la obra y su deber de recíproca colaboración para el logro del objetivo común, la conclusión de la obra.

20. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente documento hemos tenido el propósito de destacar las características, responsabilidades y funciones que posee el supervisor de la ejecución de las obras y su compromiso con las mismas mediante el cumplimiento de su contrato y haciendo cumplir el contrato que supervisa.

Como se habrá podido apreciar, el supervisor es uno de los factores que contribuye al éxito del cumplimiento de la realización de la obra cuando la función, de carácter personalísima más allá de que sea una persona jurídica la contratada, se desarrolla dentro de los límites del contrato que posee y del de ejecución de obra que supervisa, en un clima de buena fe y recíproca colaboración, sin que ello implique en modo alguno permeabilidad a aquellas circunstancias que son alejadas precisamente de los alcances contractuales.

El supervisor a lo largo del ejercicio de su función, por tanto, realiza o debe realizar un control pro activo de la ejecución de la obra en aspectos de diversa índole y que comprende, de manera enunciativa y no limitativa, aspectos tales como el precio y los costos, la calidad de personal y de insumos y equipos, el cumplimiento del plazo y evaluación de las circunstancias que pudieran perturbarlo y, en general, cualquier otra obligación contractual, sujetando su accionar en todo momento a los términos de su contrato y a la legislación aplicable.

El supervisor es, por tanto, al igual que el contratista y la entidad, un factor que de complementarse adecuadamente —y cada quien en el cumplimiento efectivo de sus obligaciones y normativa legal—, forman los ejes sobre los cuales reposa el éxito de la ejecución de una obra pública, la misma que por encima de cualquier connotación por legítima que sea, posee una trascendencia hacia la sociedad, el de satisfacer una necesidad social y favorecer el cumplimiento de alcanzar la meta del bien común.

En cada uno de los alcances desarrollados podemos concluir igualmente que salvo disposición legal específica que brinde a la opinión del supervisor carácter vinculante, las mismas son sólo indicativas para la entidad a quien corresponde asumir la decisión que corresponda, y en el caso de tratarse de disposiciones en obra, poseen, salvo la excepción anotada el mismo carácter para el contratista, quien en todo momento, al igual que su contraparte, debe ajustar su actuación a la normativa

legal y a las disposiciones que le sean ordenadas en la medida que se ajusten a la normativa legal aplicable y a los términos de su contrato.

No es ciertamente el propósito el de generar innecesarias controversias, pero las órdenes o disposiciones se acatan en la medida que éstas se encuentran dentro del ejercicio de una facultad atribuida y el cumplimiento estricto de la formalidad requerida.

RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN CON EL ESTADO

Alfredo Soria Aguilar^{* **}

1. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

La resolución contractual es un medio de extinción del contrato que opera por causal posterior a su celebración. Esto supone la existencia de un contrato válido que, por una causa sobreviniente, deja de tener efectos.

La resolución contractual, en el ámbito de la contratación con el Estado, cuenta con una regulación específica que establece, entre otros aspectos las causales, los procedimientos para que cualquiera de las partes, sin intervención arbitral, deje sin efecto el contrato por causal sobreviniente a su celebración.

La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento establecen una normativa especial que, interpretada a la luz de la Constitución, prevalece respecto de cualquier otra norma, respecto de aquello que hubiere sido previsto por la norma especial.

^{*} Profesor en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Universidad del Pacífico (UP). Árbitro integrante del Registro de Árbitros del Centro de Arbitraje de la PUCP, Cámara de Comercio de Lima y del Registro Nacional de Árbitros del OSCE.

^{**} El presente capítulo fue realizado con la colaboración de la señorita Wendy Figueroa Farfán, alumna de la UPC.

Como es evidente, la normativa de contratación estatal no regula absolutamente todos los aspectos relativos al contrato o a la resolución contractual, por lo que, siendo el contrato una institución de origen civilista, puede aplicarse supletoriamente las normas de derecho privado, ante la falta de norma especial.

2. SUPUESTOS DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

Al celebrar un contrato, las partes buscan que cada una cumpla con ejecutar la prestación a la cual se ha obligado. Esta expectativa no es ajena al ámbito de las contrataciones del Estado, en donde las partes también esperan lo mismo. Así, la finalidad del contrato es que se ejecute sin inconvenientes. Sin embargo, pueden presentarse hechos sobrevinientes que impliquen la resolución del contrato con responsabilidad (como es el caso del incumplimiento injustificado) y otros supuestos en los que la ineficacia del contrato no conllevará responsabilidad por la falta de continuación del contrato (como el caso fortuito o fuerza mayor o cualquier hecho sobreviniente que imposibilite la continuación del contrato). En este último supuesto de resolución contractual sin responsabilidad será necesario que se cumpla con los requisitos establecidos en la Ley, pues se trata de supuestos excepcionales.

Analizaremos cada uno de los supuestos reconocidos expresamente por las normas de contratación con el Estado.

2.1. Imposibilidad de continuar con el contrato

La imposibilidad de continuar con el contrato es lo que en el ámbito civil se conoce como la imposibilidad sobreviniente de la prestación. La imposibilidad sobreviniente de la prestación «es aquella situación en la cual el comportamiento —del deudor— que estaba destinado a satisfacer el interés del acreedor no puede realizarse a causa de un evento acontecido de manera posterior al momento del nacimiento de la relación

obligatoria. En estos casos, al nacimiento u origen de la relación jurídica obligatoria, la prestación a cargo del deudor era posible, pero por alguna circunstancia o causa la prestación se convierte en imposible».¹

La normativa de contrataciones con el Estado regula algunos aspectos de la imposibilidad sobreviniente.² En estos casos, no basta que la prestación se convierta en imposible, sino que es necesario, además, que dicha imposibilidad sea consecuencia de: (a) caso fortuito o fuerza mayor; o (b) hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes.

2.1.1. Caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita de manera definitiva la continuación del contrato

La normativa de contratación con el Estado dispone como uno de los supuestos de resolución contractual al caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita de manera definitiva la continuación del contrato. Sin embargo, no establece qué es o cuándo se presenta el caso fortuito o fuerza mayor.

Ante la falta de regulación en la norma especial sobre el caso fortuito o fuerza mayor resultan de aplicación las normas del derecho privado que nos brindan algunos alcances al respecto. Así, en la Opinión n.º 118-2017/DTN, el OSCE ha establecido que se debe recurrir al Código Civil para determinar los alcances del caso fortuito o fuerza mayor, expresando lo siguiente:

¹ SORIA AGUILAR, Alfredo y GONZALES DÍAZ, Marco Alfredo. «¿Cosas imposibles? Acerca de la imposibilidad sobreviniente de la prestación». En AA. VV. *Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución*. Lima: UPC, 2016, p. 83.

² Solamente regula de manera específica supuestos de imposibilidad sobreviniente sin culpa de las partes. Recordemos que en todo lo no previsto por la normativa de contratación con el Estado resulta aplicable las normas del Código Civil, en consecuencia aquellos supuestos de imposibilidad sobreviniente imputable a alguna de las partes se regularán por las disposiciones del derecho privado de manera supletoria.

[...] a fin de determinar los conceptos de «caso fortuito o fuerza mayor» es necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento *extraordinario, imprevisible e irresistible*, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Conforme la citada opinión del OSCE, y considerando la aplicación supletoria del artículo 1315 del Código Civil, para que un suceso sea considerado como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, el evento tiene que ser extraordinario, imprevisible e irresistible.

Un suceso extraordinario es un hecho excepcional y singular. Así lo entiende Felipe Osterling Parodi quien sostiene que «Acontecimiento extraordinario es todo aquél que sale de lo común, que no es usual»³. Lo imprevisible es aquello que no se puede prever dentro de los cálculos ordinarios. Al respecto, Felipe Osterling Parodi sostiene que «El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación».⁴ La irresistibilidad, como lo explica Mario César Gianfelici, implica que «debe tratarse de un hecho que el deudor no pueda contrarrestar; o bien que esté dotado de una fuerza invencible; o que el hombre sea impotente para impedir su ocurrencia; o, en fin, que importe un obstáculo insuperable que coloque al deudor en la imposibilidad de ejecutar la obligación».⁵

³ OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Biblioteca para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1992, p. 199.

⁴ *Idem*, p. 200.

⁵ GIANFELICI, Mario César. *Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 50.

Para la normativa de contrataciones del Estado no basta la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, sino que lo verdaderamente relevante es la grave afectación que se genera a la continuidad del contrato, pues, así lo enfatiza la parte pertinente del artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, cuando dispone que: «Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato [...]».

Lo expresado en la Ley se replica en el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, cuyo numeral 135.3 en la parte pertinente señala que: «Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor [...] y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato».

De acuerdo con los artículos citados, se observa que no solamente es necesario que se pruebe la existencia de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, sino que se acredite también que tal hecho imposibilita de manera definitiva la continuidad del contrato. Al respecto, la Opinión n.º 118-2017/DTN del OSCE ha señalado lo siguiente:

En tal sentido, para que una de las partes resuelva el contrato por caso fortuito o fuerza mayor debe demostrar que el hecho —además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible—, determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; cuando dicha parte no pruebe lo antes mencionado, no podrá resolver el contrato amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor.

En el supuesto del caso fortuito o fuerza mayor no será necesario que se requiera a la contraparte el cumplimiento de sus obligaciones, pues resultaría ilógico. Como se sabe, nadie está obligado a lo imposible. Así, sólo bastará que se remita una carta notarial a la contraparte informándole su decisión de resolver el contrato sustentando el motivo no imputable que genera la imposibilidad del cumplimiento de la prestación.

Es menester señalar que mediante dicha carta notarial deberá acreditarse que el motivo del incumplimiento se debe a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita de manera definitiva la continuación del contrato. El mismo procedimiento deberá seguirse cuando se esté ante una situación de incumplimiento que no pueda ser revertida. Aquí también opera la misma lógica y, por tanto, la entidad deberá acreditar que el hecho sobrevenido imposibilita de manera definitiva la ejecución del contrato.

2.1.2. Hecho sobreveniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes

Adicionalmente al caso fortuito o fuerza mayor existen otros supuestos de causa no imputable que son admitidos también como eximentes de responsabilidad por la normativa de contrataciones con el Estado.

Como es evidente, no sería razonable que sin causa imputable a las partes se pretenda obligar a cumplir una prestación que resulta imposible o que se admita extender responsabilidad a alguna de las partes en tal supuesto.

Al respecto, el numeral 135.3 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que: «*Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreveniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato*». (El resaltado es agregado).

En primer lugar, la citada normativa de contrataciones del Estado se refiere a un hecho posterior a la suscripción del contrato dado que, como prevé el Reglamento, el perfeccionamiento del contrato supone el momento de la suscripción del documento que lo contiene.⁶

⁶ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
Artículo 115.- Perfeccionamiento del contrato

En segundo lugar, la parte que alega encontrarse en este supuesto deberá probar que la causa del evento no le es imputable, dado que, en aplicación supletoria del artículo 1329 del Código Civil,⁷ existe una presunción de culpa leve en contra del deudor.

En tercer lugar, el hecho sobreviniente a la celebración del contrato debe imposibilitar de manera definitiva la continuación del contrato. Es decir, que debido al evento que genera la imposibilidad, la ejecución del contrato se vuelve irrealizable.

En el supuesto que se cumpla con los tres aspectos anotados podrá resolverse el contrato por imposibilidad sobreviniente y sin que ello importe un incumplimiento injustificado.

115.1. El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de subasta inversa electrónica y adjudicación simplificada para bienes y servicios en general, en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto del valor referencial no supere los cien mil soles (S/ 100 000,00).

115.2. En el caso de procedimientos de selección por relación de ítems, se puede perfeccionar el contrato con la suscripción del documento o con la recepción de una orden de compra o de servicios, cuando el monto del valor referencial del ítem se encuentre dentro del parámetro establecido en el párrafo anterior.

115.3. Tratándose de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y comparación de precios, el contrato siempre se perfecciona mediante la recepción de la orden de compra o de servicios. En el caso de Catálogos Electrónicos se debe tener en cuenta las consideraciones establecidas en el Acuerdo Marco respectivo.

115.4. Es nulo el contrato en cuyo procedimiento de selección se ha incurrido en prácticas corruptas, fraudulentas, colusorias o ilícitas, en concordancia con lo previsto en el numeral 40.5 del artículo 40 de la Ley.

⁷ Código Civil

Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor.

2.2. Resolución por incumplimiento injustificado

La normativa de contratación con el Estado prevé también una regulación especial acerca de la resolución contractual por incumplimiento injustificado sin necesidad de intervención arbitral. Al respecto, es importante destacar que la norma establece una diferencia de reglas dependiendo de que el incumplimiento injustificado sea del contratista o sea de la entidad.

Las partes, al celebrar un contrato, asumen obligaciones contractuales, legales y reglamentarias que no deben dejar de cumplir. Sin embargo, no siempre se cumple con esta premisa. En algunos casos, las circunstancias que impiden el cumplimiento del contrato corresponden a hechos sobrevinientes que no son imputables a las partes, como se analizó precedentemente. En otros casos, el incumplimiento es injustificado y se establece la posibilidad de dejar sin efecto el contrato como un mecanismo de tutela del acreedor.

Acerca de la resolución contractual, el numeral 36.1 del artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado dispone lo siguiente:

36.1. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, *por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento*, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes. (El resaltado es agregado).

Como lo expresa la citada norma, «cualquiera de las partes puede resolver el contrato», por consiguiente, se trata de una facultad resolutoria que puede ejercerse o no ejercerse a criterio del acreedor afectado con el incumplimiento. En palabras de Ibañez: «La resolución no se opera de pleno derecho por el solo incumplimiento, sino que es facul-

tativa para el acreedor, que queda autorizado para dejar sin efecto el contrato».⁸

Dependiendo de quién sea el afectado con el incumplimiento, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento establecen disposiciones distintas que desarrollaremos a continuación.

2.2.1. Resolución por incumplimiento injustificado del contratista

2.2.1.1. Regla general de resolución por incumplimiento injustificado

Para resolver un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contratación con el Estado, en los supuestos de incumplimiento injustificado, debe cumplirse concurrentemente con los siguientes requisitos:

a) Debe existir incumplimiento

Como sostiene Carlos Miguel Ibañez: «En el plano jurídico se entiende por incumplimiento la falta de correspondencia entre la conducta debida y la efectivamente realizada».⁹

En términos mucho más sencillos, el incumplimiento es la falta de cumplimiento de la prestación debida conforme con lo pactado. La falta de correspondencia con lo pactado puede total o parcial, puede ser que lo ejecutado sea defectuoso o que no se haya cumplido con lo pactado en tiempo oportuno.

Al respecto, debe tenerse presente que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado hace una distinción al establecer que para el caso en el que la entidad decida resolver el contrato sólo bastará que se acredite el incumplimiento injustificado de cualquier obligación (con-

⁸ IBAÑEZ, Carlos Miguel. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 69.

⁹ *Idem*, p. 171.

tractual, legal o reglamentaria).¹⁰ En cambio, el contratista se encuentra habilitado a resolver el contrato en los casos en que la entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo.¹¹

Respecto a la distinción que existe entre la potestad resolutoria que detenta la entidad y la del contratista, el OSCE ha señalado lo siguiente en su Opinión n.º 027-2014/DTN:

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la entidad (ante el incumplimiento de *alguna obligación* del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de *obligaciones esenciales de la entidad*), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio,

¹⁰ Numeral 135.1 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

¹¹ Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 350-2015-EF (con las modificaciones realizadas mediante Decreto Supremo n.º 056-2017-EF).

Artículo 135.- Causales de resolución

135.1. La entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

135.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.¹²

Conforme con la opinión citada, el fundamento de la distinción de la potestad resolutoria entre el Estado y el contratista se basa en los intereses o necesidades públicas que atiende el Estado al contratar.

Pese a lo expresado, no debe olvidarse que la facultad del Estado de resolver el contrato por incumplimiento debe ser ejercida en el marco de la buena fe. Como sostiene Pablo Gallegos Fedriani, «El principio general de la buena fe ha sido considerado también como un principio general del derecho administrativo y es aplicable durante la ejecución de los contratos administrativos».¹³ Por ello, si es que los principios generales del derecho son criterios fundamentales y orientadores del sistema jurídico en general, es evidente que cada principio general del derecho resulta también aplicable, o que es acogido como principio, dentro de un determinado ámbito del derecho en particular. Por ser un principio general del derecho, el principio de buena fe resulta aplicable también al derecho administrativo y a los contratos estatales en general.

b) El incumplimiento debe ser injustificado

En relación con este punto, que el incumplimiento sea injustificado implica que el incumplimiento de la prestación sea por causa imputable al contratista.¹⁴ Es decir, el incumplimiento deriva de la omisión de la

¹² Cabe resaltar, que la opinión citada se emitió bajo la aplicación de una normativa actualmente derogada, sin embargo, la norma actual mantiene un criterio similar al respecto, lo cual hace posible la consideración de esta directiva para efectos del tema en desarrollo.

¹³ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. «El *pacta sunt servanda* y los contratos públicos». En AA. VV. *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires: RAP, 2014, p. 349.

¹⁴ Si bien la normativa de contratación con el Estado, cuando regula la resolución contractual, no señala expresamente que «injustificado» corresponda a la noción

diligencia ordinaria requerida (culpa leve), negligencia (culpa grave) o la intención del contratista de no cumplir con lo pactado (dolo).

Conforme con el artículo 1329 del Código Civil, ante la verificación del incumplimiento se presume que éste corresponde a culpa leve del deudor de la obligación.

c) Es necesario requerimiento previo (regla general)

Otro requisito para poder invocar esta causal de resolución es que el incumplimiento injustificado persista pese a que el acreedor haya requerido al deudor para que se subsane el mismo.

Como regla general, el requerimiento es indispensable para resolver legítimamente el contrato. En el ámbito de las contrataciones con el Estado, ante la verificación de incumplimiento por parte del contratista, la entidad debe otorgar a la parte incumplidora un plazo para que subsane el incumplimiento en el que ha incurrido, todo ello en virtud del artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado el cual señala lo siguiente:

Artículo 136.- Procedimiento de resolución de contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En

de «causa imputable», esto se puede inferir de lo reconocido por el último párrafo del artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que regula el tema de penalidades, cuando dispone que se «Considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable».

caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.
[El resaltado es agregado].

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

La entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

Como ha sido expresado por el OSCE en la Opinión n.º 093-2014/DTN¹⁵: «[...] para que la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista sea eficaz, la entidad está obligada a requerir previamente dicho cumplimiento, otorgándole un plazo para ello».

De acuerdo con el artículo citado, el acreedor deberá otorgar un plazo al deudor para que éste último pueda subsanar el incumplien-

¹⁵ Debe precisarse que la citada opinión analiza una normativa anterior. Sin embargo, dado que, la actual normativa mantiene un reglamento similar, la orientación interpretativa del OSCE resulta útil para entender los alcances de la norma vigente.

to. Es decir, atendiendo al principio de conservación del contrato, la regla general es que se habilite un espacio temporal para dar la posibilidad a que el deudor subsane el incumplimiento y solamente si es que, vencido el plazo otorgado, el deudor no subsana el incumplimiento, el acreedor podrá resolver legítimamente el contrato.

El espacio temporal se encuentra regulado en el citado artículo del Reglamento, considerando un margen correspondiente al mínimo y máximo de días a otorgar en estos casos. Señala también que el plazo dependerá de la naturaleza del contrato.

Con relación al requerimiento, éste debe cumplir con una formalidad, es decir, no sólo bastará con un escrito dirigido a la parte infractora, sino que será necesario que la comunicación se realice mediante una carta notarial. Dicha carta notarial deberá especificar la obligación incumplida (el incumplimiento a subsanar), el plazo para la subsanación del incumplimiento y el apercibimiento de resolver el contrato, en caso el destinatario de la comunicación resolutoria no cumpla con subsanar el incumplimiento dentro del plazo otorgado.

Si la parte incumplidora no subsana el incumplimiento dentro del plazo concedido por la contraparte, ésta última estará legitimada a comunicarle a su contraparte que el contrato ha quedado resuelto mediante una segunda carta notarial.

En síntesis, para resolver un contrato por incumplimiento injustificado, como regla general, se requiere el envío de dos cartas notariales: una primera que exija la subsanación del incumplimiento y que indique el apercibimiento resolutorio y una segunda que resuelva el contrato ante la falta la subsanación de la parte incumplidora. Esto último ha sido reconocido por el OSCE en la Opinión n.º 032-2016/DTN¹⁶ en los siguientes términos:

¹⁶ Debe precisarse que la citada opinión analiza una normativa anterior. Sin embargo, dado que la actual normativa mantiene un reglamento similar, la orientación inter-

[...] cuando el contratista incumpla las obligaciones a su cargo, la entidad debe cursarle carta notarial requiriendo el cumplimiento dentro del plazo que otorgue para estos efectos, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Así, en el supuesto que el contratista, pese al requerimiento de la entidad, no cumpla con ejecutar las obligaciones a su cargo, ésta quedará facultada para resolver el contrato, debiendo remitir por vía notarial el documento en el que manifieste esta decisión y el motivo que la justifica.

2.2.1.2. Cuando el contratista paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación pese a haber sido requerido para corregir la situación

Este supuesto también está relacionado al incumplimiento injustificado de obligaciones por parte del contratista, sin embargo, esta norma intenta poner un énfasis especial en este supuesto para que no haya duda de que suspender las prestaciones convenidas o reducir la ejecución de las mismas constituye también incumplimiento contractual.

La paralización de la ejecución de la prestación supone la detención de la ejecución de las prestaciones debidas.¹⁷ En cambio, el supuesto de reducción de prestaciones implica que las prestaciones continúan ejecutándose, no hay paralización, sin embargo, la ejecución se realiza con un avance desacelerado o inferior al esperado.

Al igual que la causal de resolución contractual por incumplimiento, para invocar el presente supuesto se deben cumplir con las mismas formalidades. Así, la paralización y reducción deben ser injustificadas (sin causa justa), es decir, que las causas que determinan dicha situación no estén previstas en la normativa. De igual manera, la situación debe

pretativa del OSCE resulta útil para entender los alcances de la norma vigente.

¹⁷ RAE. *Diccionario de Lengua Española*. vigésimo tercera edición, paralización significa 'Acción y efecto de paralizar'. Hay que hacer notar que paralizar en otro sentido significa «2. Detener, entorpecer, impedir la acción y movimiento de algo. U. t.c. prnl.».

persistir, a pesar de haber sido requerido por la entidad para remediar y/o corregir la situación.

Por tanto, cuando la entidad decida resolver el contrato invocando esta causal deberá acreditar que la paralización y/o reducción de la ejecución de prestaciones es injustificada y que, además, dicha situación se mantiene o persiste a pesar de que el contratista fue requerido para subsanar dicha situación.

2.2.1.3. Resolución por acumulación del monto máximo de penalidades por mora u otras penalidades

Al igual que la causal detallada en el punto anterior, la acumulación del monto máximo de penalidades por mora u otras penalidades es un supuesto de resolución contractual que se sustenta en incumplimiento imputable al contratista.

En este supuesto de resolución contractual por acumulación del monto máximo de penalidades por mora u otras penalidades, la resolución opera de pleno derecho, sin necesidad de requerimiento previo, configurando un procedimiento resolutorio excepcional. Por ende, para poder resolver el contrato bajo este supuesto no resulta necesario que el Estado requiera subsanación del incumplimiento de manera previa a la resolución del contrato, como sí sucede en el caso de cualquier otro supuesto de resolución por incumplimiento injustificado por parte del contratista, en donde el requerimiento es uno de los requisitos indispensables para dejar sin efecto el contrato.

Respecto de la definición de penalidad y sus funciones, Cecilia O'Neill sostiene lo siguiente:

No existe definición doctrinal uniforme de cláusula penal. Tampoco hay coincidencia sobre cuáles son sus funciones. La razón para ello es que tanto la definición como las funciones que puede cumplir la cláusula penal en la dinámica contractual depen-

den del marco teórico —y hasta ideológico— asumido por el legislador.¹⁸

Las penalidades en el ámbito de la normativa de contratación con el Estado, en nuestra opinión, constituyen una de las consecuencias que las partes han asumido en el supuesto de incumplimiento injustificado de sus obligaciones.

Acerca de las funciones que cumplen las penalidades, el OSCE ha señalado en la Opinión n.º 035-2014/DTN, lo siguiente: «Al respecto, debe señalarse que las penalidades que puede aplicar la entidad al contratista cumplen una doble función: desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; así como resarcir a la entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado».¹⁹

En relación con el ámbito de aplicación de las penalidades, el OSCE ha señalado lo siguiente en la Opinión n.º 115-2017/DTN: «[...] una entidad debe aplicar automáticamente la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” cuando haya determinado que existe retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, esto es, que el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado ésta no fuera aprobada».

Detallado el ámbito de aplicación de las penalidades (por mora u otras penalidades), corresponde describir cuáles son las condiciones que se deben acreditar para poder resolver el contrato invocando este supuesto.

¹⁸ O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. «La cláusula penal. ¿Debe servir para proteger al deudor de sus propias decisiones?». En SORIA AGUILAR, Alfredo (coordinador). *Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inexecución*. Lima: UPC, 2016, p. 376.

¹⁹ La opinión citada analiza el tema en el ámbito de aplicación de la normativa anterior. Sin embargo, la normativa actual comparte similar criterio respecto de este punto en particular.

Al respecto, el inciso 2 del numeral 135.1 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

Artículo 135.- Causales de resolución

135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:
[...]

2. *Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo.*

Conforme con la disposición citada, para que se configure el supuesto de resolución por penalidades, la acumulación de éstas debe ser igual o mayor al monto máximo de penalidades (por mora u otras penalidades) establecido en el Reglamento, dicho importe corresponde al 10% del monto contractual en virtud de los artículos 133 y 134 del Reglamento.²⁰

²⁰ Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{plazo en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: $F = 0.40$.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: $F = 0.25$.

b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que éstos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

Por tanto, para que el Estado se disponga a resolver el contrato por acumulación de penalidades, tendrá que acreditar que el monto de penalidades en las que ha incurrido el contratista es igual o mayor al 10% del monto contractual.

Es importante mencionar que esta causal es una facultad que la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento le otorga al Estado y que opera automáticamente desde que el contratista recibe la comunicación resolutoria, no siendo necesario el requerimiento previo de subsanación.

2.2.2. Resolución por incumplimiento injustificado de la entidad

Como se explicó al momento de desarrollar la causal de resolución de contrato por incumplimiento del contratista, la Ley y su Reglamento han establecido una distinción entre la potestad resolutoria de la entidad y aquélla que puede ejercer el contratista.

Mientras que el Estado se encuentra facultado para resolver el contrato por incumplimiento injustificado de cualquier obligación por parte del contratista, la norma señala que el contratista sólo está facultado para resolver el contrato cuando el Estado incumpla injustificadamente con su obligación pago u otra obligación que sea esencial.

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

Artículo 134.- Otras penalidades

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.

Al respecto, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala en el numeral 135.2 lo siguiente: «135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136».

El pago, considerado como una de las obligaciones esenciales, supone la contraprestación que recibe el contratista como consecuencia de la prestación debida que asume frente a la entidad. El Estado está obligado a realizar el pago luego de que se hayan cumplido con las formalidades establecidas en la Ley y su Reglamento.²¹

En relación con las obligaciones esenciales, el OSCE ha señalado lo siguiente en la Opinión n.º 027-2014/DTN²²: «2.1.3 De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que *una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte [...]*». Conforme con la citada opinión, una obligación esencial es aquella que resulta imprescindible para la obtención de la finalidad del contrato.

Por otro lado, el contratista tendrá la facultad de resolver el contrato siempre que exista un incumplimiento que resulte injustificado, es decir, un incumplimiento de la prestación culposo o doloso. Para la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento no basta

²¹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2015, modificado por Decreto Supremo n.º 056-2017-EF Artículo 149.- Del pago

149.1. La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

²² La opinión citada analiza el tema en el ámbito de aplicación de la normativa anterior. Sin embargo, la normativa actual comparte similar criterio respecto de este punto en particular.

el incumplimiento, sino que resulta necesario que éste sea imputable al deudor.

En estos casos, resulta indispensable que el incumplimiento persista a pesar de haber sido requerida su subsanación. Es decir que si el contratista ha exigido a la entidad que subsane su incumplimiento —bajo apercibimiento de resolver el contrato— y la entidad no ha subsanado la inejecución de su prestación dentro del plazo correspondiente, el contratista estará facultado a resolver el contrato, si lo considera conveniente.

En síntesis, para que el contratista pueda resolver el contrato por incumplimiento injustificado de la entidad se requiere el envío de dos cartas notariales: una primera carta notarial que exija la subsanación del incumplimiento a la entidad incluyendo el apercibimiento resolutorio y una segunda carta notarial que resuelva el contrato ante la falta la subsanación de la entidad.

Esto último ha sido reconocido por el OSCE en la Opinión n.º 162-2015/DTN²³ en los términos siguientes:

[...] el contratista puede solicitar la resolución del contrato cuando la entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales derivadas de las bases o en el contrato, pese a que el contratista haya requerido su cumplimiento mediante carta notarial, otorgando un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de proceder con la resolución del contrato.

Como se observa, este supuesto requiere las mismas formalidades que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento disponen para el caso en el que la entidad decida resolver el contrato por incumplimiento injustificado por parte del contratista.

²³ Debe precisarse que la citada opinión analiza una normativa anterior. Sin embargo, dado que la actual normativa mantiene un reglamento similar, la orientación interpretativa del OSCE resulta útil para entender los alcances de la norma vigente.

3. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

En primer lugar, la resolución contractual, como sostiene Manuel de la Puente y Lavalle, supone lo siguiente: «dejar sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola en ineficaz de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones».²⁴

En contratos de ejecución periódica o continuada, como es el supuesto de la prestación de servicios o la entrega periódica de bienes, por ejemplo, la resolución contractual implicará la ineficacia de la relación jurídica obligatoria desde la fecha en que opera la resolución contractual en adelante, siendo eficaces las prestaciones que se hubieran generado hasta la fecha de resolución.

Adicionalmente, el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone lo siguiente:

Artículo 137.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la entidad, ésta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la entidad debe reconocerle la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del titular de la entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado

²⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra, 2001, p. 455.

ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.

Conforme con el dispositivo citado, si la entidad es la que resuelve el contrato, tendrá derecho a ejecutar las garantías que el contratista otorgó previamente al momento del perfeccionamiento del contrato.²⁵

Adicionalmente, en el supuesto que los daños irrogados a la entidad fueran superiores al monto de la garantía, la entidad tendrá derecho a solicitar los daños no cubiertos por la garantía ejecutada, siempre que logre acreditarlos.

Si, por el contrario, es el contratista quien resuelve el contrato por incumplimiento imputable a la entidad, el contratista tendrá el derecho a exigir una indemnización por concepto de daños. Para ello, será necesario que el contratista acredite los daños irrogados.

Finalmente, la normativa establece que cualquier controversia relativa a la resolución contractual podrá ser sometida a un proceso conciliatorio o a un proceso arbitral dentro de los 30 días hábiles, de lo contrario se entenderá consentida la resolución.

²⁵ Artículo 117.- Requisitos para perfeccionar el contrato

Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro debe presentar, además de los documentos previstos en los documentos del procedimiento de selección, lo siguiente:

1. Garantías, salvo casos de excepción.
2. Contrato de consorcio, de ser el caso.
3. Código de cuenta interbancaria (CCI).
4. Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda.

Estos requisitos no son exigibles cuando el contratista sea otra entidad, cualquiera sea el procedimiento de selección, con excepción de las empresas del Estado.

LA PENALIDAD POR CAMBIO DE PERSONAL EN LOS CONTRATOS DE SUPERVISIÓN DE OBRA

*Sherin Limas Calderón**

La contratación pública efectuada a través de la normativa de contrataciones del Estado parece siempre enmarcarse en un contexto controversial y volátil, dado que existe una concurrente necesidad de su cambio normativo. Prueba de ello es la dación el Decreto Legislativo n.º 1444, de fecha 16 de setiembre de 2018, mediante el cual se realizó la última modificación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (en adelante, la LCE y el RLCE), siendo ésta la segunda modificación que sufre la Ley n.º 30225;¹ esto produce una falta de predictibilidad en el mercado estatal, lo cual tiene un efecto directo, en la gestión o administración de los contratos con el Estado, dado que se genera un caos de aplicación normativa; e indirecto, pues genera menores incentivos para que nuevos proveedores se enlisten para contratar con el Estado.

El presente artículo, a propósito de tratar las penalidades en la contratación pública, permitirá advertir también un claro ejemplo de cómo el desincentivo de contratar con el Estado (sin restar —en sumo— otros factores) puede impactar en la ejecución de un contrato, como es el caso de la consultoría para la supervisión de obra.

* Asociada a DLA Piper Pizarro Botto Escobar. Miembro del área de Infraestructura & Arbitraje. Abogada por la PUCP, especializada en proyectos viales y en resolución de disputas en materia de construcción.

¹ La Ley n.º 30225 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de julio de 2014, con ella se modificó el Decreto Legislativo n.º 1017. Su primera modificación fue a través del Decreto Legislativo n.º 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 y su Reglamento, mediante el Decreto Supremo n.º 056-2017- EF.

Como el presente manual busca tratar diversas temáticas bajo un corte práctico, es en ese sentido que nuestro trabajo no pretende desarrollar de forma amplia la naturaleza jurídica de la cláusula penal inserta en cada contrato de ejecución de bienes y servicios en el marco de la LCE y el RLCE.

De forma que, y siendo que este cuerpo normativo sólo regula la penalidad por retraso o mora en la ejecución, dejando la posibilidad de pactar «otras penalidades», se abordará un supuesto de penalidad diferente al de retraso o mora, que es la penalidad que comúnmente es pactada en los contratos de servicios para la supervisión de obra.

Como cuestión previa se desarrollará un breve análisis jurídico de la cláusula penal, figura jurídica del derecho civil, aplicable a la contratación pública que —a pesar de tener un propio cuerpo normativo— está lejos de ser ajena al derecho de los contratos, es decir, al derecho civil, prueba de ello la propia supletoriedad del Código Civil ordenada por la LCE y el RLCE.

Sin más preámbulos, el esquema de desarrollo es el siguiente: (i) la regulación de la cláusula penal en la LCE y el RLCE; (ii) los contratos de consultoría para la supervisión de obra; (iii) la finalidad de los contratos de consultoría para la supervisión de obra; (iv) análisis práctico de la cláusula penal por cambio de personal; y (v) lecciones aprendidas y conclusiones finales.

1. LA REGULACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN LA LCE Y EL RLCE

Tanto la actual LCE como las anteriores normas en contratación pública trata y trataron las penalidades dentro del capítulo de «Incumplimiento del contrato»,² ello con razón de la naturaleza jurídica de la cláusula

² Al respecto, cabe advertir que la regulación de las penalidades en la normativa en contratación pública no ha sido materia de modificación por el legislador, lo cual puede significar que en la práctica, es decir, en su aplicación, no ha generado ma-

sula penal, dado que ésta se encuentra conexas de forma accesoria a una obligación principal y cuya relación tiene como finalidad salvaguardar su cumplimiento, pactando de forma anticipada una indemnización de daños y perjuicios frente a un posible incumplimiento.

La cláusula penal ha sido ampliamente tratada por la doctrina civil, a modo de ejemplo y en palabras de Castillo Freyre: «La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento [...] al tener la cláusula penal carácter accesorio (pues no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice)».³

Es, en ese sentido, que las penalidades pactadas en los contratos del Estado responden también a la cláusula penal del derecho civil, por lo que sus elementos constitutivos⁴ serán también exigibles en los contratos administrativos.⁵

por inconveniente. Sin embargo, como veremos en el presente artículo, el «problema» —entre comillas, dado que, en la consideración personal de la autora más que un problema de regulación se trata de uno de aplicación— se encuentra en cómo las entidades y los contratistas interpretan o aplican las «otras penalidades», prueba de ello, es que el 6% de las materias controvertidas, según el estudio realizado por la Contraloría General de la República —*El arbitraje en las contrataciones públicas durante el 2003-2013*— son por penalidades.

³ CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho de las obligaciones*. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 166.

⁴ Por elementos constitutivos nos referimos al acuerdo, los sujetos, el objeto y la forma ampliamente desarrollamos por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La cláusula penal. The requirement for liquidated damages». *Themis*. Lima, 2014, n.º 66, pp. 233-236. En esta investigación, el autor señala que la estructura de la cláusula penal se verifica en los cuatro elementos constitutivos, siendo —en opinión que compartimos— de vital importancia para que un pacto de penalidad sea válido y eficaz.

⁵ Cabe precisar que se usará el término «contrato administrativo» para hacer mera referencia al contrato en el que una de las partes es el Estado, sin que ello suponga una posición sobre la naturaleza jurídica del mismo, siendo que en el presente trabajo no se pretende abordar de forma exhaustiva dicha controvertida discusión.

Ahora bien, en cuanto a su regulación se puede apreciar que la normativa en contratación pública ha desarrollado con especial interés las penalidades por mora en la ejecución de las obligaciones ya sea en los contratos de bienes o servicios, siendo obligatoria su inclusión según se aprecia en el artículo 132 y 133 del RLCE, dispositivos legales que regulan el supuesto de penalidad por mora en la ejecución.

Asimismo, en el artículo 134 del RLCE se deja abierta la posibilidad de pactar otro tipo de penalidades en los contratos administrativos, dejando en potestad de cada entidad pública —de acuerdo a sus intereses— adicionar otras penalidades que considere convenientes para la realización del objeto contractual, según sea cada caso.

Así, vemos que el artículo en cuestión dispone lo siguiente:

Artículo 134.- Otras penalidades

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir al retraso o mora, la fórmula de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.

Como se aprecia, el dispositivo otorga la potestad a cada entidad de incluir otro tipo de penalidades, las cuales tendrán que, adicionalmente a tener los elementos constitutivos de la cláusula penal exigidos por el derecho civil, cumplir con ser «objetivas, razonables, congruentes y proporcionales» con el objeto de la contratación.

Respecto de estas exigencias debemos señalar que la palabra «objetiva» hace lógico sentido a que la penalidad a pactarse deba regular

un supuesto de incumplimiento de forma precisa, es decir, indicar con claridad qué obligación principal está protegida con la cláusula penal.

Ahora, salta la cuestión de qué se deberá entender por los adjetivos restantes enunciados: «razonable, congruente y proporcional». Somos de la opinión que resulta perjudicial⁶ para las propias entidades públicas la regulación de dichos «requerimientos», dado que con ello se abre una innecesaria discusión de interpretación del dispositivo a la hora de querer aplicar dichas penalidades.

Con ello no se pretende aducir que las entidades públicas puedan pactar y aplicar de forma arbitraria aquellas penalidades que no respondan al objeto del contrato. Sin embargo, consideramos que dichos requerimientos deben ser exigidos en el proceso de selección, es decir, en la fase de formación del contrato.⁷

Una vez insertas en el marco contractual, y aplicadas en la ejecución contractual, la discusión de la interpretación de la aplicación de las penalidades ya no puede estar en función a si fueron razonables, congruentes y proporcionales, ello porque se consagra el principio *pacta sunt servanda*; por lo tanto, somos de la opinión de que el artículo 134 debería precisar que dichos «requerimientos» deben ser atendidos y/o exigidos en la etapa del proceso de selección y no en la ejecución del contrato.

Entonces, salvo por la propuesta de cambio normativo brevemente indicado en el párrafo anterior, se aprecia cómo el tema de las «otras

⁶ Se considera perjudicial el hecho de que, al momento de controvertir la aplicación de una penalidad en un proceso arbitral, la discusión lejos de centrarse en si se cumplió o no el supuesto de incumplimiento o el cálculo de la penalidad, se centre en determinar si la penalidad ya pactada responde a los aspectos subjetivos de ser razonable, congruente y proporcional.

⁷ Ya sea en las consultas a las bases y en la elevación de las respuestas a las absoluciones ante el OSCE.

penalidades», lejos de ser un problema de regulación normativa, es un problema de aplicación en la práctica.

Es por ello que el presente artículo tiene por objeto analizar de forma práctica la penalidad comúnmente pactada en un contrato de servicios de supervisión de obra: la penalidad por cambio de personal y cómo se materializa su aplicación en la práctica.

2. LOS CONTRATOS DE CONSULTORÍA PARA LA SUPERVISIÓN DE OBRA

De forma preliminar se debe indicar que los contratos de consultoría o de servicios para la supervisión de obra se suscriben con la finalidad de controlar los trabajos efectuados por un contratista durante la ejecución de una obra, según lo establecen los artículos 159 y 160 del RLCE.

En atención a que, en el presente trabajo no se pretende desarrollar de forma amplia lo que implica un contrato de servicios de supervisión de obra, resulta relevante entender su objeto contractual para entender por qué es común que se pacte una penalidad por cambio de personal en este tipo de contratos.

3. LA FINALIDAD DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PARA LA SUPERVISIÓN DE OBRA

La finalidad de un contrato de servicio de supervisión de obra es que una empresa de consultoría especializada en obra dote de un equipo de profesionales especialistas para controlar o supervisar el cumplimiento del contratista en la ejecución de una obra, por lo que la consecución de su objeto contractual es alcanzada con la labor intelectual de su personal profesional técnico, que es el principal recurso utilizado.

Esta circunstancia se comprueba también con el hecho de que al participar en un concurso público, los postores —que en son empresas dedicadas a la consultoría de obra— ofertan a determinados profesionales y es, con base en su calificación curricular y a la experiencia de cada profesional, que se tiene una mayor probabilidad de ganar la buena pro.

Siendo ello así, resulta lógica la necesidad de pactar una penalidad que obligue a que el postor ganador del concurso público mantenga a los profesionales especialistas ofertados en su propuesta económica durante la ejecución del servicio, puesto que son esos especialistas los que permitieron obtener una alta calificación en el proceso de selección y, en consecuencia, el otorgamiento de la buena pro.

Caso contrario, se desvirtúa la razón principal del otorgamiento de la buena pro en contrato de consultoría para la supervisión de obra, así como también se estaría afectando el principio de eficacia, trato justo e igualitario y equidad, respecto de los demás postores del concurso público.

Comprendida la finalidad u objetivo que tiene la ejecución de un contrato de servicios de supervisión de obra, se advierte la necesidad de regular bajo qué supuestos se podría modificar y proponer un cambio de personal, así como pactar la consecuencia jurídica de este hecho, que no es otra cosa que el pacto de la penalidad por «cambio injustificado de personal» para salvaguardar la naturaleza y/o finalidad de este tipo de contratos.

4. ANÁLISIS PRÁCTICO DE LA CLÁUSULA PENAL POR CAMBIO DE PERSONAL

Ahora bien, como se vio en el subcapítulo anterior, es natural que el interés de las entidades se centre en que su contraparte mantenga a su personal profesional calificado —elegido en la buena pro— hasta culminar con el servicio.

Sin embargo, en contrapeso a ello está el hecho innegable de que la libertad de trabajo es un derecho que puede ser ejercido libremente por el personal profesional de cada postor en cualquier momento; ahondando en ello está la duración de la ejecución de una obra que, con base en la experiencia, se sabe que puede extenderse en el tiempo de forma inevitable.

Entonces, esta circunstancia se resume en una temática de riesgo. Por un lado, las entidades públicas exigirán de forma legítima que no se cambie el personal propuesto para la supervisión por la naturaleza del servicio; y, por otro lado, está la realidad de las empresas consultoras, que carecen de remedios legales para retener a fuerza a su personal profesional durante toda la ejecución de obra.

Por lo tanto, se considera que el cambio de personal profesional es un riesgo que deberá ser enfrentado en la ejecución de un contrato de servicios, por lo que salta la siguiente interrogante: ¿quién debe asumir este riesgo?

Como ya hemos enunciado, y sin negar la posibilidad de que existan otras razones por las que pueda provocarse un cambio de personal, consideramos que quien se encuentra en mejor posición de controlar y mitigar este riesgo es la empresa supervisora, dado que está dentro de su esfera jurídica la capacidad de otorgar determinados estímulos económicos y de otra índole que eviten que sus profesionales especialistas renuncien a sus labores.

Esta distribución del riesgo se ve recogida por las entidades públicas en los procesos de selección de los concursos públicos para la contratación de servicios de supervisión de obra, dado que es común que en este tipo de contratos se pacte una penalidad por cambio de personal, en los supuestos en los que el cambio de profesional no responda a un caso fortuito o de fuerza mayor. Pasamos a analizar un caso práctico.

4.1. Caso práctico⁸

La entidad A inicia dos procesos de selección de licitación pública y concurso público para la ejecución y supervisión de una «obra», siendo que estos dos procesos se llevan en paralelo, resulta que el proceso de selección de concurso público culmina primero y se suscribe el contrato de supervisión de obra. Sin embargo, en el proceso de selección de la licitación pública algunos postores elevan la absolución de consultas ante el OSCE, y eso retrasa el término de dicho proceso. De cualquier forma, el proceso continúa hasta el otorgamiento de la buena pro y se suscribe el contrato de obra con un mes de retraso respecto de otro contrato de supervisión.

Ello tuvo como efecto directo la postergación del inicio de ejecución de la obra. Otro dato importante es que el contrato de supervisión tenía por objeto que 20 profesionales técnicos supervisaran la obra. Se otorgó la buena pro en la medida que estos 20 profesionales cumplieron con los requisitos mínimos y tuvieron la más alta calificación respecto de los otros profesionales ofertados por los demás postores, por lo que el contrato de supervisión establecía una penalidad por cambio de profesional, salvo en los casos de fuerza mayor y caso fortuito.

Ahora bien, el contrato de supervisión disponía que la entidad A debía cursar una carta para que se inicie el servicio y antes de que se cursara dicha comunicación, la empresa supervisora comunicó la renuncia de 13 de sus 20 profesionales, alegando que el ejercicio de la libertad de trabajo es un supuesto de fuerza mayor.

⁸ Consideramos pertinente manifestar que el caso práctico planteado por la autora tuvo como base un proceso arbitral real en el que ella formó parte del equipo encargado de la defensa jurídica del Estado. Por lo tanto, algunas opiniones vertidas en este artículo respecto del caso práctico planteado y del análisis del laudo arbitral fueron compartidas por todo el equipo de defensa.

Entonces, se generan las siguientes interrogantes: ¿debe penalizarse el cambio de personal profesional? ¿La renuncia es un supuesto de fuerza mayor?

Lo veremos a continuación, en el laudo arbitral de fecha 31 de julio de 2017,⁹ en el que se resolvió la disputa derivada de la aplicación de la penalidad pactada por cambio de personal profesional, controversia que se ha tratado de plasmar en el caso práctico elaborado en los párrafos anteriores.

Es por ello que, en función al análisis de lo resuelto por el tribunal arbitral y lo alegado por las partes dentro del correspondiente proceso arbitral —posiciones desarrolladas en los antecedentes del laudo—, se propondrá una solución a las interrogantes planteadas en el caso práctico.

5. ¿DEBE PENALIZARSE EL CAMBIO DE PERSONAL PROFESIONAL?

Respecto a lo alegado por las partes debemos indicar que no compartimos la posición de la empresa supervisora, dado que consideramos que pactar una penalidad por cambio de profesional no vulnera el derecho de las personas a la libertad de trabajo, dado que su derecho no se encuentra limitado, pues sí podrían renunciar en cualquier momento, sólo que este riesgo ha sido asumido por la empresa supervisora, la misma que al firmar el contrato aceptó el riesgo contractual de que los profesionales especialistas renuncien.

⁹ Laudo arbitral emitido con fecha 31 de julio de 2017 por los árbitros Alfredo Soria Aguilar, Juan Carlos Pinto Escobedo y Juber Ibazeta Marino, en el proceso arbitral entre el Consorcio Supervisor Vial La Paz y la unidad ejecutora del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Publicado en <http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/Inf_Personal/10928.pdf>.

Ahora, por el lado de la entidad, consideramos que responde a un interés legítimo que se pacte una penalidad por cambio de personal injustificado, dado que cada postor dentro de sus facultades de organización y estructura está en la capacidad de ceder determinados estímulos económicos y, de cualquier otra índole, que eviten que sus profesionales especialistas, considerados en la oferta económica con la que ganaron el concurso público, renuncien sin que medie una causa justificada.

En cuanto a la decisión del tribunal arbitral, compartimos la opinión del colegiado toda vez que interpretó las cláusulas del contrato,¹⁰ teniendo especial cuidado con la causa del mismo, siendo que reconoce que el personal calificado destinado al cumplimiento del contrato de supervisión resulta sumamente relevante para la prestación del servicio, por lo que la regla general es que el servicio no sea realizado por personal distinto al ofertado y la excepción consistiría en la acreditación de los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, habida cuenta de que concurren los tres requisitos: ser extraordinarios, imprevisibles e irresistibles.¹¹

6. ¿LA RENUNCIA ES UN SUPUESTO DE FUERZA MAYOR?

Parte de las alegaciones de la empresa supervisora fue que las renunciaciones de sus especialistas configuraban en un supuesto de fuerza mayor, estando únicamente en discusión, y ahora es materia de análisis del presente trabajo, la renuncia *per se*, dado que los motivos de cada una de las renunciaciones no respondieron a una causa en específico, sino que fueron comunicadas y entendidas como el ejercicio de la libertad de trabajo.

¹⁰ Para mayor análisis de cómo fue estipulada la cláusula de penalidad en el contrato de supervisión que dio origen a la controversia materia del caso práctico y del laudo analizado, seguir el siguiente enlace <http://gis.proviasnac.gob.pe/FilesPdfs/contratos/2016/CONT_0006-2016.pdf>.

¹¹ Fundamentos desarrollados en el laudo arbitral materia de análisis en las páginas 37 y 38.

Como se puede apreciar en los antecedentes del laudo, la posición del privado radicaba en señalar que la cláusula penal pactada en el contrato de supervisión vulnera la Constitución y el principio de razonabilidad recogido en la LCE, dado que las renunciaciones son irrelevantes respecto de la relación contractual y son el resultado del ejercicio del derecho a la libertad de trabajo de cada persona, por lo que —en opinión de la empresa supervisora— este hecho configura un caso de fuerza mayor.

Sobre el particular, el colegiado no se pronunció respecto a si la renuncia *per se* configura en un evento de caso fortuito y fuerza mayor, ello debido a que se resolvió la controversia bajo una interpretación conjunta de las cláusulas contractuales, advirtiendo que la cláusula penal por cambio de personal tiene un ámbito de aplicación temporal (periodo de aplicación) y un hecho objetivo verificable (el cambio de personal *per se* cuya causa sea la muerte o enfermedad discapacitante del profesional).

Ahora bien, para comprender el razonamiento del tribunal arbitral se requiere del análisis y lectura de las cláusulas contractuales que no han sido materia de discusión en el presente trabajo, por lo que, al margen de estar acuerdo con la decisión del colegiado, consideramos que la controversia también pudo haber sido resuelta con la comprobación de si la renuncia *per se* configura o no un supuesto de fuerza mayor.

Ello debido a que consideramos que la renuncia de un trabajador no configura un evento de fuerza mayor debido a que no cumple con los requisitos de ser una circunstancia imprevisible, extraordinaria e irresistible.

Primero, no es imprevisible ni extraordinario porque las renunciaciones son eventos que pueden ser potencialmente posibles en una relación laboral o por locación de servicios, es decir, la posibilidad de su ocurrencia es alta.

Finalmente, en cuanto al requisito de ser un evento irresistible, consideramos que la discusión se centra en la distribución de riesgo, así que al pactar una penalidad por cambio de personal se estaría aceptando la existencia de una carga de diligencia que reposa sobre las empresas supervisoras, quienes tendrán que asumir y mitigar correctamente el riesgo de que un personal decida renunciar, estando en su esfera de intervención la posibilidad de evitar que ello suceda; por lo tanto, somos de la opinión que tampoco se cumple con este último requisito.

Por lo tanto, la renuncia *per se* de un profesional especialista en un contrato de servicios no es un evento de caso de fuerza mayor.

7. LECCIONES APRENDIDAS Y CONCLUSIONES FINALES

- El riesgo del posible cambio de profesionales debe ser asumido exclusivamente por el consultor o supervisor de obra dado que —respecto del Estado— se encuentra en mejor posición de asumir y enfrentarlo. Existen diversos incentivos en el mercado para que se retenga al personal profesional (de corte económico y/o negocial), salvo, como resulta lógico, los supuestos en los que medie el caso fortuito y fuerza mayor.
- Es relevante pactar que el cambio de personal profesional en este tipo de contratos sólo esté permitido por razones o supuestos de caso fortuito y fuerza mayor debidamente comprobados, agregando la consecuencia jurídica de su incumplimiento a través de las penalidades por cambio de personal. Asimismo, conviene tener especial cuidado en la redacción del hecho objetivo verificable, el cual debe ser lo más objetivo y preciso posible, así como al regular el ámbito de aplicación temporal de las penalidades.

- Es necesario pactar una penalidad que obligue a que el postor ganador del concurso público mantenga a los profesionales especialistas ofertados en su propuesta económica durante la ejecución del servicio, puesto que son esos profesionales especialistas los que permitieron obtener una alta calificación en el proceso de selección y, en consecuencia, el otorgamiento de la buena pro.
- La renuncia *per se* de un profesional especialista en un contrato de servicios no es un evento de caso de fuerza mayor. No cumple con ser un evento irresistible ni extraordinario ni imprevisible. La discusión se centra en la distribución de riesgo, así que al pactar una penalidad por cambio de personal se estaría aceptando la existencia de una carga de diligencia que reposa sobre las empresas supervisoras, quienes tendrán que asumir y mitigar correctamente el riesgo de que un personal decida renunciar.

MANUAL DE ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA
SEGUNDA PARTE
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
JULIO DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

