

¿La Entidad deja de ser responsable en el caso de obras si el contratista no cumple con la revisión del expediente técnico?

Luis Enrique Ames Peralta

Abogado, Adjudicador, Árbitro del RNA-OSCE y de diversas Cámaras de Comercio a nivel Nacional, Ex Secretario Técnico de ARBITRA PERU, Ex Coordinador en el Consejo de Defensa Jurídica del Estado, Ex Comisionado del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI), con cursos de especialización en Arbitraje, Contrataciones del Estado, Junta de Resolución de Disputas, Derecho Administrativo y Construcción por las Universidades SAN MARCOS, PACIFICO, ESAN y PUCP. Asociado de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción-ALDEC y socio del Club Español del Arbitraje – cea.

Introducción

Una de las novedades que tiene la actual normativa de contrataciones del Estado vigente, es la figura de la revisión del expediente técnico de obra regulada en el artículo 177° del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante RLCE).

Esta regulación en esencia parte de una experiencia de algunas Entidades, que señalaban dentro de las Bases Administrativas de los procesos de contratación de obras, la obligación del contratista ejecutor de realizar una revisión del expediente técnico entregado y la presentación de un informe que detallará las posibles deficiencias del expediente.

Lo que se buscaba a decir de las Entidades, con esta obligación es que las deficiencias observadas por el contratista puedan ir siendo atendidas con prontitud y no esperar a que se detecte en la ejecución y se genere una afectación al plazo que traería como consecuencia el reconocimiento y pago de mayores gastos generales al contratista, asimismo, de ser necesario ir generando el procedimiento para la aprobación de un adicional de obra y que este no impacte en la ejecución de la obra.

La intención es por decirlo menos buena, el problema que se suscito es que en la práctica esta buena intención fue tomando otros matices y por ejemplo, cuando se llegaba a una controversia que se dirimía en un arbitraje, la defensa de la Entidad era “el contratista ha incumplido su obligación establecida en las bases al no haber informado a la Entidad en la oportunidad que señalaba dicho documento, por lo que, no puede reconocerse ningún derecho a quien incumple”.

Esto nos lleva a pensar si la obligación de revisar el expediente e informar a la Entidad en un plazo determinado las deficiencias de este, genera como consecuencia, que la Entidad deje de ser responsable de la formulación del expediente o constituye una reasignación de riesgos de la Entidad al ejecutor o es una limitación a la responsabilidad de la Entidad o ello constituye en esencia un deber de colaboración de las partes en la ejecución de un contrato.

- **La Revisión del expediente técnico de obra**

El artículo 177°¹ del RLCE establece, para muchos, la “obligación” del contratista ejecutor de realizar un informe técnico de revisión del expediente técnico de obra, que

¹ Artículo 177. Revisión del expediente técnico de obra

incluya entre otros, las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta en plazos determinados que señala la indicada norma.

Como habíamos indicado antes de que el vigente RLCE establezca esta regulación ya algunas Entidades venían estableciendo ello como una obligación del contratista ejecutor al ser considerada en las bases administrativas de los procesos de contratación de obras.

El problema, como se ha advertido en la práctica, es que esta “obligación” que tuvo una intención buena finalmente fue usada como un argumento de defensa de las Entidades y que a criterio de estas era suficiente para que se denegará cualquier pretensión en un proceso a un contratista que no haya cumplido con esa obligación.

Entonces, la obligación se volvió en una cláusula o disposición de limitación o prácticamente de exoneración de la responsabilidad de las Entidades en la formulación de los expedientes técnicos, dado que, se llegaba a un extremo de interpretarse que todos los expedientes técnicos tienen deficiencias y al amparo de la tantas veces mencionada obligación del contratista ejecutor de revisar el expediente para advertir esas deficiencias, si no lo hacía este era el culpable de todos los problemas en la ejecución de la obra.

Así, incluso, desde la perspectiva de la asignación de riesgos en la ejecución de obras, prácticamente con el argumento antes mencionado, la Entidad realizaba una asolapada reasignación de riesgos.

- **Responsabilidad de la Entidad en la formulación del expediente técnico**

No obstante, es importante primero recordar que legalmente y por un aspecto simple de responsabilidades asumidas en la construcción, quien elabora el expediente técnico y quien lo aprueba son los responsables por su formulación y ejecución.

Ello básicamente, porque al contratista se le contrata para ejecutar una obra y lo hace en base a las indicaciones que le brinda quien es, en términos constructivos, el propietario de la obra.

Cabe precisar que, para el caso de contratación pública de obras, el numeral 16.1 del artículo 16^{o2} del Decreto Supremo N° 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley

Dentro de los quince (15) días calendario del inicio del plazo de ejecución de obra, para el caso de obras cuyo plazo sea menor o igual a ciento veinte (120) días y dentro de los treinta (30) días calendario para obras cuyo plazo sea mayor a ciento (120) días calendario, el contratista presenta al supervisor o inspector de obra, un informe técnico de revisión del expediente técnico de obra, que incluya entre otros, las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta. El supervisor o inspector dentro del plazo de siete (7) días calendario para obras con plazo menor o igual a ciento veinte (120) días y diez (10) días calendario para obras con plazo mayor a ciento veinte (120) días, eleva el informe técnico de revisión del expediente técnico de obra a la Entidad, con copia al contratista, adjuntando su evaluación, pronunciamiento y verificaciones propias realizadas como supervisión o inspección.

² Artículo 16. Requerimiento

16.1 El área usuaria requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, así como los

Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE), prescribe que el área usuaria requiere y es responsable de formular el expediente técnico.

En ese sentido, la Entidad no puede desconocer ni desnaturalizar la responsabilidad que la norma establece para la formulación del expediente técnico, evidentemente, ello se debe a que esta es la propietaria de la obra, la cual, se ejecuta de acuerdo a sus indicaciones, de forma lógica no hacerlo de esa manera implicaría que la obra no sea aceptada por quien la contrato.

Por lo que, es necesario entender que la Entidad no puede desconocer su responsabilidad en la formulación del expediente técnico, por diversos motivos, tales como, es quien contrata a que formulador o proyectista del expediente en base a requisitos determinados impuestos, y es quien finalmente aprueba lo que hace el proyectista, lo cual, implica que esta conforme con el expediente elaborado y que este es ejecutable, teniendo en cuenta que el indicado documento es imprescindible para poder iniciar la ejecución de una obra.

Por ello, no sería posible responsabilizar a un tercero que no tuvo participación alguna en la formulación del expediente por sus deficiencias o por, concretamente, no haber advertido a tiempo estas.

Con base a lo expuesto, pese a que muchas Entidades tratan de desconocer su responsabilidad legal en la adecuada formulación del expediente técnico, este tema no debe ser dejado de lado y siempre debe partirse de esta premisa, la Entidad es la responsable por la adecuada formulación del expediente técnico.

- **Sobre la asignación de riesgos**

La normativa de contrataciones del Estado ha establecido la figura de la asignación de riesgos en los contratos de ejecución de obras, ello de conformidad con lo establecido en el numeral 29.2 del artículo 29³ del RLCE, que establece que, para la contratación de obras, la planificación incluye la identificación y asignación de riesgos previsible de ocurrir durante la ejecución.

Así, tenemos que el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, aprobó la Directiva Nº 012-2017-OSCE/CD - GESTIÓN DE RIESGOS EN LA PLANIFICACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS, la cual, fue modificada mediante Resolución Nº 018-2017-OSCE/CD del 23 de mayo de 2017 (en adelante la Directiva).

El numeral 6.1 de las Disposiciones Generales de la Directiva establece que, al elaborar el expediente técnico, la Entidad debe incluir un enfoque integral de gestión

requisitos de calificación; además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad.

³ Artículo 29. Requerimiento

(...)

29.2. Para la contratación de obras, la planificación incluye la identificación y asignación de riesgos previsible 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.

de los riesgos previsible de ocurrir durante la ejecución de la obra, teniendo en cuenta las características particulares de la obra y las condiciones del lugar de su ejecución.

Cabe precisar que la Directiva deja a la decisión de la Entidad la asignación de riesgos, incluso se precisa que al elaborar las Bases para la ejecución de la obra, el Comité de Selección debe incluir en la proforma de contrato, conforme a lo que señala el expediente técnico, las cláusulas que identifiquen y asignen 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 ello en atención al numeral 6.2 de las Disposiciones Generales de la Directiva.

Asimismo, el numeral 7.2 de las Disposiciones Específicas del documento en mención, lista algunos de los riesgos que pueden ser identificados al elaborar el expediente técnico, entre ellos, tenemos el “Riesgo de errores o deficiencias en el diseño que repercutan en el costo o la calidad de la infraestructura, nivel de servicio y/o puedan provocar retrasos en la ejecución de la obra.”.

Es lógico que quien elabore y apruebe el expediente técnico, que implica el diseño sea responsable y asuma los riesgos de las deficiencias o errores que se presenten en este aspecto.

Por lo que, nos resulta poco imaginable que este riesgo pueda ser trasladado (transferido) al contratista ejecutor de la obra, que no ha tenido participación alguna en la formulación y aprobación del expediente técnico.

Incluso, la doctrina ha sostenido acertadamente que el contratista asume el riesgo de la ejecución de la obra, **empero no asume los riesgos ni los mayores costos que puedan afectar la obra a consecuencia de las modificaciones que se introduzcan al proyecto, ni tampoco deberá asumir los efectos en costo y plazo originados en la falta de claridad, precisión o detalle del proyecto encomendado**⁴.

- **Sobre la limitación de la responsabilidad**

Ahora, nos queda evaluar si efectivamente el artículo 177° del RLCE es una cláusula o estipulación que excluya o limite la responsabilidad de la Entidad en la adecuada formulación del expediente técnico.

De forma independiente a la bizantina discusión sobre si se debe aplicar el Código Civil en la contratación pública, debemos señalar que liminarmente este cuerpo normativo es de aplicación supletoria y regula el marco de la contratación en general.

Así, tenemos que en el Código Civil se tiene el artículo 1328^{o5} que prescribe que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa

⁴ MOLINA ZALDÍVAR, Carlos y RÍOS SALAS, Víctor. Derecho de la Construcción. Santiago de Chile: O'Print Impresores SA. 2016, p. 52.

⁵ **Artículo 1328.- Nulidad de pacto de exoneración y limitación de responsabilidad**

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.

inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

El artículo bajo comentario sanciona con nulidad todo pacto en virtud del cual el acreedor libera de responsabilidad al deudor por el incumplimiento por dolo o culpa inexcusable de sus obligaciones (contrario sensu, cabe la posibilidad de excluir la responsabilidad en casos en los que el acreedor haya incumplido por culpa leve).

Cabe precisar que de conformidad con el artículo 1319⁶ del Código Civil incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Doctrina autorizada señala que la negligencia consiste en una acción (culpa in faciendo) u omisión (culpa in non faciendo) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor, o en general a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, tratándose de las personas, del tiempo o del lugar.⁷

Llevemos este concepto al campo constructivo, si es perfectamente conocido que un expediente técnico deficiente impacta en la ejecución de la obra, por ende, estaríamos hablando de una negligencia de parte de la Entidad que lo aprobó, consecuentemente, no podría considerarse que el artículo 177° del RLCE es un limitativo o exonerativo de responsabilidad.

No obstante, debo señalar que, a contrapartida, se puede señalar que algunos podrían señalar que el artículo 177° del RLCE al ser una norma especial no puede ser entendida o se le puede aplicar las normas supletorias del Código Civil.

Empero esta observación, queda claro que incluso en el supuesto de considerar válidamente que el artículo 177° del RLCE es un limitativo o exonerativo de responsabilidad esta aseveración carecería de un sustento jurídico.

- **Es posible que todas las deficiencias de un expediente sean observadas en un plazo determinado**

Es importante volver al terreno constructivo, y revisar otro aspecto que implicaría tomar a literalidad el artículo 177° del RLCE.

Primero, es conocido que un expediente técnico adecuadamente formulado debido a su complejidad puede demorar un promedio no menor de 6 meses a un año.

Por otro lado, existen deficiencias que no se pueden advertir de la simple revisión documental del expediente técnico, tal como, verificar la capacidad portante del terreno, ya que ello solo podría conocerse con la realización de un estudio determinado; a ello, debemos agregar otras deficiencias que solo podrían ser advertidas en la ejecución de la obra en sí, por ejemplo, advertir si existen aguas

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.

⁶ **Artículo 1319.- Culpa inexcusable**

Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

⁷ OSTERLING PARODI, Felipe. Comentario al artículo 1314° del Código Civil. Ver: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%201314.pdf>

subterráneas que no están consideradas en el expediente, pero se encuentran en la obra.

En estos últimos casos, nos atañe una interrogante, ¿el artículo 177° del RLCE respondería a la intención de que las deficiencias observadas por el contratista puedan ir siendo atendidas con prontitud y no esperar a que se detecte en la ejecución? Consideramos que la respuesta es diáfana y evidentemente, ante ese contexto el artículo 177° del RLCE no generaría más que, como lo viene haciendo ahora, un argumento más que las Entidades usan para limitar o exonerarse de responsabilidad por las deficiencias o errores en el expediente técnico.

- **Sobre el deber de cooperación (colaboración) contractual**

Consideramos que de forma independiente a la ratio legis del artículo 177° del RLCE, esta norma debe ser entendida en el marco del deber de cooperación (colaboración) contractual, el cual, es también denominado como deber de solidaridad⁸.

Este “deber de colaborar exige que, más allá de las diferencias de intereses que existan entre las partes en la ejecución del contrato, se deba evitar toda dificultad facilitando la ejecución del crédito a la otra parte. [...] las partes entre sí tienen el deber de actuar lo mejor posible para el logro del interés del co-contratante. Ello, como bien destaca Kemelmajer de Carlucci, puede implicar ejecutar prestaciones no previstas expresamente; modificar el propio comportamiento; tolerar que la otra parte modifique la prestación; dar aviso de ciertos acontecimientos, etc.”⁹.

Así, “el deber de colaboración leal en la ejecución del contrato entre las partes exige al acreedor abstenerse de todo acto u omisión que pueda tener por consecuencia privar a la otra parte de beneficios o ventajas propias del contrato o que agrave injustificadamente el resultado, volviendo más onerosa la situación del deudor.”¹⁰.

A criterio personal, el sentido e interpretación del artículo 177° del RLCE debe darse en el marco del deber de cooperación (colaboración) contractual, debiendo las Entidades olvidarse de que dicha norma sustente una limitación o exoneración de su propia responsabilidad en la formulación del expediente técnico.

⁸ PICO ZÚÑIGA, Fernando, El deber de coherencia y cooperación en el ejercicio de la condición simplemente potestativa, suspensiva y pendiente, 127 Universitas, 127-308 (2013). doi:10.1144/Javeriana.VJ127.dcce

⁹ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Buena fe contractual. Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana – Universidad Católica de Uruguay – Ibáñez, 385 (2012).

¹⁰ Ibidem.