

El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir

Alexander Campos Medina*
Luis Martin Hinostroza Sobrevilla**

La normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado regula, entre otras cosas, los contratos de obra pública en el Perú. Así, estos se encuentran establecidos como contratos de prestaciones recíprocas entre las partes, en las cuales convergen, tanto la ejecución de la obra realizada por el contratista, como el pago por la retribución realizada de parte de la entidad pública.

En el presente artículo, los autores explican los conceptos relacionados al contrato de obra pública, recogiendo para tal fin aspectos considerados en la doctrina general que no se encuentran establecidos en una norma expresa, tales como el Equilibrio Económico - Financiero del contrato y los elementos que distorsionan tal balance. Del mismo modo, se desarrollan las modalidades de ejecución de los contratos de obra, entre los que se encuentran, el concurso oferta y la modalidad llave en mano.

INTRODUCCIÓN

Podría parecer inusual el título de este artículo, sin embargo debemos confesar que lo que comenzó como un ensayo sobre los aspectos generales del Contrato de Obra Pública (y de hecho ese era el título original) produjo finalmente el presente trabajo. Lejos de hacer una análisis exegético de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento¹, que son las normas que regulan los contratos de obra pública, vamos a intentar hacer exactamente lo opuesto, vamos a intentar explicar los conceptos que la doctrina ha construido en torno al contrato de obra pública, pero que lamentablemente no se ven reflejados en una norma expresa.

Con lo anterior, intentaremos abordar un tema que ha resultado ser un lugar común en los seminarios y conferencias a los que somos invitados, cuando al explicar alguno de los conceptos que se desarrollarán en el presente texto, algún atento participante se apresura a preguntar en qué artículo de la ley se encuentra lo que acabamos de decir.

Felizmente para los abogados, el derecho no se agota en la norma legal, y es tan importante lo que dice la ley, como lo que no dice. Y éste es, precisamente, uno de estos casos en los cuales lo que la ley omite

es en extremo relevante. Siendo el contrato de obra en general y el público en especial, un contrato altamente complejo, de ejecución prolongada y muchas veces redactado a «cuatro manos» entre abogados e ingenieros, no debe de sorprender a nadie que muchos de los casos que se presentan no estén previstos en la ley. Cuando ello ocurre, las partes y el juzgador deben acudir a los principios en los que la ley se inspira y obviamente a los conceptos que están detrás de ambos.

Estos conceptos, que como ya hemos dicho, lamentablemente no están en la Ley, son el objeto del presente trabajo, por lo que pasaremos a tratarlos no sin antes hacer un par de aclaraciones.

La primera de ellas es que el presente trabajo no pretende necesariamente modificar la norma actual, sino más bien aportar elementos conceptuales para su correcta interpretación, en la premisa que tan importante como el texto literal de la norma es el conocimiento o criterio de quien debe interpretarla y hacerla cumplir.

La segunda aclaración que debemos hacer es que, ante un vacío en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en lo que respecta a un contrato de obra, también es posible acudir a las reglas del

* Socio de Pizarro Botto & Escobar Abogados

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Círculo de Derecho Administrativo – CDA.

1 El Decreto Supremo N° 084-2004-PCM

Código Civil que regulan los contratos de obra, siempre que las mismas sean coherentes con la especial naturaleza del contrato de obra pública.

De acuerdo a lo antes señalado, trataremos a continuación, los aspectos generales que caracterizan al contrato de obra pública. Se pondrá especial énfasis en el Equilibrio Económico Financiero y los elementos cuya afectación generan una distorsión en dicho equilibrio. Asimismo, abordaremos el tema de las modalidades especiales de ejecución de los contratos de obra como son el concurso oferta y el «llave en mano».

Nos proponemos en siguientes trabajos realizar el mismo análisis conceptual de aspectos más específicos del contrato de obra pública.

1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS CONTRATOS DE OBRA

Para entender el contenido del presente artículo, es necesario antes que nada, definir qué debemos entender por contrato de obra. A grandes rasgos, podemos señalar que es aquel tipo de contrato por el cual el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente (quien la encarga) a pagarle una retribución.

El Código Civil, en su artículo 1771° señala que «por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución». En un contrato de obra pública el comitente es una entidad estatal (lo que le otorga características especiales) y el contratista suele ser una empresa privada.

Cabe señalar que en lo que respecta a los documentos que forman el contrato de obra pública, podemos hablar tanto en sentido estricto como en sentido amplio. El primero de los casos se refiere al contrato propiamente dicho, mientras que el segundo, está referido no solo al contrato sino también a todos los documentos contractuales (es decir, los que son resultado del acuerdo de voluntades), entre los cuales se encuentran las bases o instrucciones a los postores, las especificaciones técnicas, el expediente técnico, los planos, los análisis de precios unitarios, de corresponder, los criterios de medición, los cronogramas de obra, la propuesta técnica y económica y el cuaderno de obra.

En otras palabras, el acuerdo de voluntades que regula la ejecución de la obra no se agota con el texto denominado contrato, sino que se extiende a un sin número de documentos cuya interpretación conjunta e integral es lo que realmente refleja el pacto entre las partes.

2. EL CARÁCTER CONMUTATIVO Y SINALAGMÁTICO DEL CONTRATO DE OBRA

A continuación es pertinente tratar, brevemente, algunas características de este tipo de contrato. En primer lugar debemos decir que es un contrato de prestaciones recíprocas, vale decir que ambas partes han asumido obligaciones donde una es la causa de la otra, las que principalmente consisten en: (i) a cargo del contratista, ejecutar la obra y (ii) a cargo del comitente o la entidad pública, pagar la retribución del contratista. Existe una relación sinalagmática entre la prestación del contratista y el comitente, esto quiere decir que la causa por la que el contratista ejecuta la prestación, es porque espera que el comitente ejecutará después la suya (de pagar). En palabras del jurista francés LARROUMET²:

« (...) cada parte es acreedora y deudora de la otra parte. El contrato sinalagmático es el contrato por el cual cada una de las partes se compromete con la otra o las otras, si hay más de dos. En todos estos contratos, cada uno de los contratantes es a la vez acreedor y deudor de la otra parte. De ello se deduce que **en un contrato sinalagmático, se considera que las obligaciones son recíprocas, es decir, que el acreedor es al mismo tiempo deudor y el deudor es al mismo tiempo acreedor. Pero esas obligaciones son también interdependientes, es decir, que si el acreedor es deudor, es porque el deudor es acreedor y ello en virtud del mismo contrato.** En otras palabras, desde la celebración del contrato, cada contratante acepta comprometerse con el otro porque el otro se compromete con él.» (El resaltado y subrayado es nuestro)

Sin duda, las obligaciones del contrato que implica su ejecución expresan su reciprocidad, bajo el axioma: «Doy para que hagas», el contratante DA (paga) para que el contratista HAGA (construya). Así es claro que el contrato pretende evitar que: i) el contratista cobre algún monto sin haber hecho alguna obra (o parte de ella) que lo justifique, y que; ii) la contratante reciba alguna obra (o parte de ella) sin pagar la contraprestación que por ella corresponda.

Lo anterior podría resultar obvio, pero no podemos olvidar que en el contrato de obra pública una de las partes, el Estado, forma su voluntad de una manera formal y reglada. Entonces, muchas veces se presentan casos en los cuales la entidad estatal no ha cumplido ciertas formalidades internas como resulta ser usual en los llamados adicionales de obra, especialmente, en los casos en que por ley la Con-

2 LARROUMET, Christian. «Teoría General del Contrato» Volumen I. Traducido por Jorge Guerrero. Editorial Temis, Bogotá, 1999. p. 150.

traloría General de la República³ ejerce sus facultades de control en forma previa. En dichos casos, los trabajos involucrados no autorizados parecieran caer en un limbo legal, sin embargo, debemos tener presente que por el carácter sinalagmático del contrato, la entidad estatal no se libera de su obligación contractual sino es pagando por las obras adicionales ejecutadas, generando con el pago respectivo, dicho sea de paso, el derecho a apropiarse la obra en cuestión.

3. ELEMENTOS DEL CONTRATO

3.1. Sujetos intervinientes

En un contrato de obra hay dos actores principales presentes durante toda la ejecución y que fueron mencionados en los puntos precedentes. Estos son el comitente, que es quien encarga la ejecución de la obra y el contratista, que es quien ejecuta el resultado que pretende el comitente, es decir, la obra.

Como ya dijimos también, lo que marca la característica especial del contrato de obra pública es que una de las partes, el comitente, es el Estado que encarga la ejecución de la obra para satisfacer el interés público.

Sin entrar en la compleja discusión sobre si el contrato de obra pública es un «contrato administrativo» (como lo define, o al menos intenta definir, la doctrina) debemos decir que el hecho de que en el contrato, una de las partes represente el interés público y el otro un interés privado, impone una serie de características especiales al contrato que deben ser analizadas caso por caso, sin que en ningún caso, ello implique un avasallamiento de los derechos del contratista privado.

A continuación, creemos conveniente hacer una descripción muy rápida de las principales obligaciones de las partes. Siguiendo a DROMI⁴, podemos señalar que la entidad tiene como obligación principal pagar las obras ejecutadas por el contratista, así como actuar de buena fe, prestando toda conducta o colaboración necesaria para lograr que el contratista vea satisfecho su interés y las expectativas de recibir la utilidad esperada.

Estos deberes de colaboración son en extremo importantes, dado que las partes se encuentran sujetas al contrato, ambas tiene el derecho de verse liberados del mismo cumpliendo su prestación. Por lo tanto, la entidad debe en todo momento guiar su conducta y realizar las acciones necesarias para que

el contratista pueda ejecutar la obra y obviamente ser pagado por ella.

Por otra parte, el contratista tiene la obligación de entregar un bien económicamente valioso que satisfaga el interés de la entidad, tal y como ha sido definido por ésta misma, así como de cumplir el plazo pactado iniciándose los trabajos una vez firmado el contrato y dadas las condiciones prevista en él.

Cabe precisar, que siendo la entidad quien define la mejor forma como satisfacer su necesidad de contar con la obra, tiene el derecho a exigir la ejecución de la obra conforme al proyecto entregado por ésta, y obviamente, el contratista está obligado a ejecutar la obra bajo las instrucciones de la entidad, salvo que las mismas infrinjan notoriamente las buenas prácticas de ingeniería o pongan en riesgo la vida o bienes de las personas, en cuyo caso, debe informar inmediatamente a la entidad para que ésta le instruya cómo superar la contingencia así ocurrida.

Por otro lado, no son estos los únicos sujetos intervinientes durante la ejecución del contrato sino que además participan otros actores como el diseñador o proyectista y el supervisor o ingeniero. Con respecto a ellos, es importante destacar que ambos participan en el contrato por cuenta y responsabilidad de la entidad, que es quien los ha contratado, y que en ningún caso constituyen un tercero imparcial y mucho menos un árbitro con capacidad de definir diferencias entre las partes, salvo que estas le hayan otorgado expresamente tal función.

3.2. La Obra

Como ya se dijo, el contrato de obra es aquel tipo de contrato por el cual el contratista se obliga a hacer una obra determinada. La obra concluida y ejecutada constituye el objeto de este contrato.

El objeto pactado por las partes no es la actividad o trabajo del contratista, sino su resultado, la obra completa y terminada. En un contrato de obra pública, el resultado además tiene la particularidad de servir al interés público.

Lo anterior podría llevar a pensar que el contratista está obligado a ejecutar una obra que satisfaga el interés público y, si no lo hace, incurre en incumplimiento, pero dicha conclusión sería incorrecta.

La entidad estatal como representante del interés público y además como propietario de la obra es quien debe definir la forma cómo la obra debe ejecutarse

3 En trabajos anteriores ya hemos tratado en este tema. Ver «Limitación de Resolver mediante Arbitraje Obras Adicionales y Mayores Prestaciones en Contratos de Obra Pública ¿Prohibición de Arbitrar o Licencia para Incumplir? En: «Arbitraje On Line» Boletín del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Número 4. Diciembre 2004, y «La arbitrabilidad del Enriquecimiento sin Causa. A propósito de los Contratos Administrativos» En «Revista Peruana de Arbitraje», Grijley, N° 3/2006.

4 DROMI, Roberto. «Licitación Pública». Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999. pp. 569-570.

para satisfacer mejor el interés público. Es el comitente, además, quien a través de sus facultades de supervisión y control verifica que tales instrucciones hayan sido cumplidas. Por lo tanto, si el contratista ejecuta fielmente las instrucciones del comitente, se libera de su obligación contractual aunque luego se determine que la misma no sirve el mejor interés público.

4. SOBRE EL CONCEPTO DE LAS «CUATRO PATAS DE LA MESA» Y EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO

En todo contrato de obra, el postor realiza su oferta basada, principalmente, en dos condiciones: i) el análisis de los documentos de licitación, tanto legales como técnicos (especialmente el expediente técnico), y ii) el análisis de la propia eficiencia del postor para cada actividad. Es por eso que los postores cotizan diferentes precios para las mismas partidas o actividades a realizarse. Cada uno analiza sus propias eficiencias y los mejores precios que puede ofertar de acuerdo a ella.

Una vez pactado el precio, el contratista busca hacer cumplir estas premisas, y por tanto, hace un esfuerzo significativo y sustancial por ser eficiente en la medida que de esta forma realiza la utilidad esperada.

Mantener en equilibrio esta ecuación que se plasma en la oferta del contratista resulta de vital importancia para que éste no sólo pueda lograr la utilidad esperada sino, para que incluso, no pierda dinero asumiendo con su propio patrimonio el costo de las obras.

Es a partir de este concepto que nace la idea de la Ecuación Económico-Financiera del Contrato, la cual, puede definirse como:

«una relación que fue establecida por las partes contratantes en el momento del ajuste del contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de éste, que parecerán equivalentes, dándole el nombre de ecuación; a partir de lo cual esta equivalencia no puede ser modificada».⁵

Existen cuatro elementos cuya afectación altera el Equilibrio Económico Financiero de un contrato de obra. Estos son:

- a) Precio
- b) Plazo
- c) Secuencia Constructiva
- d) Expediente Técnico

De la misma forma que cuando a una mesa le hace falta una de sus cuatro patas (o una de ellas es más

corta que las demás) existe un desequilibrio, sucede lo mismo con el contrato de obra pues cuando uno de los cuatro elementos señalados se ve afectado, se configura un desequilibrio que termina afectando a una de las partes. Por ejemplo, si el expediente técnico es modificado, debe ser igualmente modificado el precio y quizá también el plazo a efectos de volver a equilibrar la mesa.

En otras palabras, el contratista desde el inicio de la relación contractual busca conseguir un beneficio económico de una forma totalmente permitida y razonable. Es así, que si el esfuerzo del contratista se ve incrementado por razones que no le son atribuibles, como por ejemplo, el cambio del Expediente Técnico derivado de errores en el proyecto o por la perturbación de la secuencia constructiva asumida por el postor para determinar su eficiencia, la contraprestación, debe incrementarse también.

Lo anterior no quiere decir que en la contratación con el Estado, éste pierde el *ius variandi* que lo caracteriza, es decir el poder de modificar el alcance del contrato. La pregunta que surge entonces es cómo se interrelacionan estos dos principios, por un lado el derecho del Estado a redefinir el alcance de la obra y por el otro, el derecho del contratista a que se mantenga el Equilibrio Económico Financiero del contrato.

La doctrina ha señalado casi unánimemente que estos dos principios no son contradictorios en absoluto. Es, precisamente, por este estado de «inferioridad» del particular frente al poder estatal, que éste se ve protegido por el Equilibrio Económico Financiero del contrato.

«El hecho de que una de las partes represente el interés público y el otro un interés privado, impone una serie de características especiales al contrato que deben ser analizadas caso por caso, sin que en ningún caso, ello implique un avasallamiento de los derechos del contratista privado»

5 WALINE, Marcel En: FARRANDO, Ismael «Contratos Administrativos» p. 489.

Es así, que podemos entender que si bien el Estado como tal, ejerce el *ius variandi* que le es inherente, el particular se ve defendido en sus intereses por el equilibrio económico-financiero que busca igualar las prestaciones de ambas partes. Es decir, debe tener garantizado su derecho a ver satisfechas sus expectativas de conseguir un beneficio económico justo a través del contrato.

En las siguientes partes del presente trabajo, intentaremos hacer un breve análisis de las cuatro «patas» a las que hemos hecho referencia a la luz de este concepto del Equilibrio Económico Financiero, sin que en absoluto intentemos agotar el tema, sino incentivar su discusión.

5. LA PRIMERA PATA DE LA MESA: EL PRECIO.

5.1. Sistemas de fijación de precio

El pago del precio es la obligación principal a cargo del comitente. Este valor puede ser fijado de distintas maneras.

a) A suma alzada:

Este sistema de fijación de precios consiste en señalar un monto alzado y, por tanto, invariable para la totalidad de la ejecución de las obras asumiendo el contratista el riesgo en la variación de metrados.

Cabe agregar que este tipo de retribución tiene carácter excepcional pues es solo aplicable cuando la naturaleza de la obra lo permita. Para pactar bajo este sistema, existen tres elementos a considerar:

- a) Invariabilidad del precio
- b) Plano detallado y especificaciones detalladas
- c) Que el riesgo asumido es la existencia de mayores metrados

Con referencia al concepto de contrato de obra a suma alzada, en la doctrina se manejan varias definiciones, siendo una de las más apropiadas la siguiente definición propuesta por PODETTI:

*«En el sistema de ajuste alzado o suma global o cerrada se define el precio como inmodificable. En consecuencia, ambas partes han establecido sus obligaciones de modo definitivo, con la aspiración de que ni el objeto ni el precio ni las condiciones externas en que ellos se pactaron, cambien hasta el momento de la finalización de los trabajos, entrega de la obra y liquidación final de cuentas».*⁶

En efecto, se aprecia que un contrato de obra a suma alzada tiene como principal característica que el pre-

cio ofertado es invariable y engloba toda la obra, a diferencia del contrato de obra celebrado a precios unitarios, donde el precio ofertado es por unidades de medida (ejemplo: por metrados, kilómetros, etc.), de modo que al contratista se le retribuye en función a las cantidades realmente ejecutadas., siempre de acuerdo al método de cálculo igualmente pactado.

Si bien la doctrina señala que en un contrato de obra a suma alzada el precio es invariable, también se precisa que toda modificación al alcance u objeto del contrato tiene implicancias en las contraprestaciones correspondientes. Así, la invariabilidad del precio está en función de la invariabilidad del objeto o alcance del contrato. Esto ha sido expuesto en la doctrina con total precisión por Rafael JURISTO SÁNCHEZ⁷, quien señala que la modalidad de precio alzado o cerrado para toda la obra y de manera invariable, solo es posible si aquella ha quedado perfectamente definida, de tal forma que el Contratista pueda confiar en que su obligación no quedará modificada como consecuencia de imprevisiones técnicas que obliguen a ejecutar prestaciones diferentes y más onerosas.

De igual modo, MÁXIMO BEZZI,⁸ precisa al respecto lo siguiente:

«El ajuste alzado consiste en la realización de una obra cuyo precio se fija en forma global. Sin duda, ello exige que a esa invariabilidad del precio corresponda una invariabilidad de la obra. Esta forma representa la condición inevitable de que el precio es pactado antes de la realización de la obra y por un monto global, siendo repetimos invariable. A su turno, ese precio debe relacionarse correctamente con los trabajos previstos en el proyecto y en los planos, los cuales también deben ser invariables».

Debe quedar claro que en un contrato de obra a suma alzada solo se considerará modificación de los alcances del contrato a aquellos supuestos que involucren para las partes ejecutar prestaciones distintas a las inicialmente previstas, pues el simple aumento de metrados no configuraría una modificación del alcance de un contrato de obra a suma alzada.

Por el contrario, de presentarse modificaciones a las prestaciones del contratista distintas a aquellos supuestos de aumento de mayores cantidades de metrados, provocando una prestación más costosa, ello escapa al alcance u objeto del contrato de obra a suma alzada y de los riesgos y/o contingencias asumidos por el contratista. En estos casos, debe proceder un adecuado reajuste del contrato.

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

7 JURISTO SÁNCHEZ, Rafael. «El Contrato de Obra Pública» Raíz TG S.L., Madrid, 1997, p. 92

8 BEZZI MÁXIMO, Osvaldo. «El Contrato de Obra Pública» Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982. p.20.

Así, la doctrina distingue entre dos subespecies:

1. Suma alzada absoluta: Ni el proyecto técnico ni el precio pueden ser objeto de variaciones.
2. Suma alzada relativa: Las partes acuerdan que el precio fijado puede ser rectificado ante diferencias en la obra ejecutada y la que se describió en el proyecto.

Así, entre los diversos autores que han escrito al respecto, podemos citar a DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ⁹ quienes nos dicen que:

«En el primero (se refiere a la suma alzada absoluta), las partes convienen en que, ni el proyecto técnico ni el precio puedan ser objeto de variaciones; en el segundo (se refiere a la suma alzada relativa), cuando los contratantes convienen en que el precio fijado pueda ser objeto de rectificación en relación o, adecuadamente, a las diferencias que existan entre la obra ejecutada efectivamente y la que se describió en el proyecto».

En la misma línea de argumentación, Alberto SPOTA¹⁰, refiriéndose a los modelos legislativos que se adoptan sobre el ajuste alzado, ha señalado que el sistema de ejecución de obra por ajuste alzado significa que el precio resulta ser global o precio único. Cuando existe invariabilidad de la obra y del precio, es absoluto. En cambio, si cabe la innovación en el precio, el sistema de ajuste es relativo.

En el Perú, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece un sistema de suma alzada relativa. El artículo 56° del reglamento de la Ley señala, textualmente, lo siguiente:

«En el sistema de suma alzada, el postor formula su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución. Tratándose de obras, el postor formulará dicha propuesta considerando que resulten necesarios para el cumplimiento del objeto de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que deben presentar como parte de la misma, es referencial. Este sistema sólo será aplicable cuando las magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas respectivos; calificación que corresponde rea-

lizar al área usuaria». (El subrayado es nuestro)

Tal y como se desprende del artículo citado, el postor formulará su propuesta considerando los trabajos necesarios según los planos, especificaciones técnicas, etc, con lo cual la propuesta desde su génesis queda indisolublemente unida al expediente técnico, de tal forma que si éste es modificado, el precio del contrato debe modificarse igualmente.

b) A Precios Unitarios:

Para contratar bajo el sistema de «Precios Unitarios», todo comitente elabora previamente un «Presupuesto Base», que consiste básicamente en una relación detallada de las «partidas» o actividades específicas que será necesario realizar para la construcción de la obra; la cantidad o «metrado» estimado que de cada una de estas partidas será necesario ejecutar en la obra; y, como resultado de lo anterior un precio total referencial.

El contrato bajo la modalidad de Precios Unitarios se denomina también contrato por «unidad de medida» y consiste en realizar un cómputo métrico de la obra, estableciéndose un precio unitario por medida y por ítem.

Los «precios unitarios» son los precios que cada postor oferta para cada una de las actividades específicas o partidas que la entidad ha considerado necesarias. En esta modalidad, el precio total se determina en función de lo realmente ejecutado ya que se multiplica el «precio unitario» referencial señalado para determinada partida por el metrado o cantidad establecido para dicha partida. En realidad la finalidad de establecer partidas no es otra que facilitar la medición, valuación y pago de la obra.

Finalmente, se suman los montos de todas las partidas y se obtiene el precio de la obra. El Reglamento de la Ley de Contrataciones señala, textualmente, en su artículo 56°:

«En el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, el postor formula su propuesta ofertando precios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases, y que se valorizan en relación a su ejecución real, así como por un determinado plazo de ejecución; y, en el caso de obras ofertará considerando los precios unitarios de las partidas contenidas en las Bases, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, así como las cantidades referenciales». (El subrayado es nuestro)

9 DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZÁLEZ, «Derecho de la Construcción» Editorial Comares, 6ta edición, Granada, 2003. p. 60.

10 SPOTA, Alberto «Instituciones de Derecho Civil, Contratos» Volumen V, Buenos Aires. pp. 357-361.

Como bien señala PODETTI¹¹ sobre el contrato a precios unitarios:

« (...) en este sistema, las partes establecen una suma alzada o fija por cada unidad de una determinada medida de la obra o de los trabajos que debe ejecutar el constructor. Se trata de un sistema flexible en el precio y en la obra, por cuanto ambos sólo van a quedar definitivamente determinados al momento de la conclusión de las obras, circunstancia en la que recién podrán conocerse con exactitud la cantidad de unidades ejecutadas por el constructor y, del mismo modo, el precio definitivo a ser pagado por el comitente». (El subrayado es nuestro)

De igual modo, DEL ARCO TORRES Y PONS GONZÁLEZ¹² señalan que «en este caso, el precio total se supedita al montante de lo hecho, a razón de un tanto por cada una, señalado de antemano. Es decir, las partes convienen en fijar un precio a cada unidad de obra quedando el precio inalterable, aunque puede variar el número de unidades.»

Del mismo modo, JURISTO SÁNCHEZ¹³ nos habla de que cada precio unitario es en realidad un precio global o alzado con respecto al servicio que contiene. Textualmente, nos dice que:

«En este supuesto, el precio se fija definitivamente para cada unidad de medida de la obra, lo que supone un estudio analítico previo de los componentes de la unidad para llegar a su determinación alzada. Realmente se trata de aplicar el mismo sistema que el precio global alzado, si bien referido a cada unidad o elemento de la obra». (El subrayado es nuestro).

c) Precios por Administración:

En los contratos por administración, el costo de los trabajos es asumido directamente por el propietario. DEL ARCO TORRES Y PONS GONZÁLEZ¹⁴ definen esta modalidad como aquel sistema caracterizado donde el comitente abona el costo real de la mano de obra, de los materiales empleados y demás gastos ocasionados.

El contratista percibe por su actividad un porcentaje sobre el costo efectivo de la obra o una suma fija (forma de retribución), por lo tanto, el costo final de la obra como el valor de la retribución del contratista sólo serán conocidos al finalizar la obra.

5.2. Sobre los componentes del Precio

Por otro lado, para entender con precisión el elemento «precio» del contrato de obra, debe de conocerse cómo es que el mismo es formado. Así, debemos decir que el precio de la obra está conformado por tres elementos, el costo directo, el costo indirecto y la utilidad.

5.2.1. Costo Directo

Como bien se señaló en el numeral anterior, en la etapa de Licitación los diferentes postores utilizan el «Presupuesto Base» brindado por el comitente para presentar sus ofertas, proponiendo sus propios «precios unitarios», que son los precios que cada postor oferta para cada una de las actividades específicas o partidas que el comitente ha considerado necesarias. Así, el monto total parcial por cada «partida» se obtiene multiplicando el «precio unitario» propuesto para dicha partida, por la cantidad o «metro» señalado, referencialmente, por el comitente para dicha partida. Luego, se suman todos los totales parciales por cada «partida» conformante del presupuesto y se obtiene así un monto total que constituye el llamado «**costo directo**» total de la obra.

En otras palabras, los «Costos Directos» son todos aquellos costos (de mano de obra, materiales y equipos) que se pueden asignar y relacionar con una actividad específica (por ejemplo, excavación, concreto, encofrado, muro de ladrillo, etc.) y que forman de alguna manera parte de la obra física que se entrega al propietario.

JURISTO SÁNCHEZ señala como ejemplos de costos directos los siguientes¹⁵:

« (...)

- a) la mano de obra, con sus pluses y cargas y seguros sociales, que intervienen directamente en la ejecución de la unidad de obra;
- b) los materiales, a los precios resultantes a pie de obra, que quedan integrados en la unidad de que se trate o que sean necesarios para su ejecución.
- c) los gastos de personal, combustible, energía, etc., que tengan lugar en el accionamiento o funcionamiento de la maquinaria e instalaciones utilizadas en la ejecución de la unidad de obra;

11 PODETTI, Humberto. Op. cit. pp. 254-255

12 DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZALEZ, Manuel. Op. cit. p. 140.

13 JURISTO SANCHEZ, Rafael Op. cit. p 93

14 DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZÁLES, Manuel. Op. cit. pp. 64 y 65.

15 JURISTO SANCHEZ, Rafael. Op. cit. pp. 95-96.

- d) lo gastos de amortización y conservación de la maquinaria e instalaciones anteriormente citadas».

5.2.2. Costo Indirecto

Adicionalmente al «Costo Directo», la oferta debe contener los «Costos Indirectos» o «Gastos Generales» que son todos los demás gastos en que se incurre para ejecutar una obra, pero que no se pueden asignar a una actividad específica por lo que se asigna a la obra en su conjunto (sueldos de los profesionales, viáticos, alimentación, alojamiento, transporte, gastos de oficina, gastos de seguros, gastos de viaje, etc.). En principio, no forman parte de la obra física. Como puede apreciarse, los Gastos Generales forman parte de la prestación efectiva y esfuerzo que debe ser realizado por el contratista de acuerdo al contrato, y su no pago, implica que el propietario de la obra recibe una obra cuyo valor real es mayor al pagado.

Profundizando un poco más sobre los llamados gastos generales, éstos dependen básicamente de dos variables: i) plazo de ejecución, y ii) magnitud de la obra. La magnitud de la obra, determina el tamaño de la organización e infraestructura que se pondrá al servicio de la obra, mientras que el tiempo de la ejecución, por su parte, determinará el período que se debe de cubrir con esa organización e infraestructura.

La relevancia de cada variable depende de cada caso. Cuando se trata de Gastos Generales no relacionados con el tiempo de ejecución, como por ejemplo gastos de licitación y contratación que sólo se incurren por una vez, éstos no se afectan a pesar que se extienda el plazo de ejecución. Por esta razón, a este tipo de Gastos Generales se les llama «Fijos».

Por el contrario, si los Gastos Generales se afectan por la extensión de la variable tiempo, si el plazo de ejecución se extiende, éstos gastos se incrementan aunque la magnitud de la obra sea la misma. Estos son los llamados Gastos Generales Variables.

Debe señalarse que la mayoría de Gastos Generales son variables, por ejemplo:

- a) Gastos de administración de Obra
- * Sueldos, bonificaciones y beneficios sociales del personal técnico y administrativo.
 - * Gastos por traslado del personal.
 - * Seguro de accidentes del personal técnico y administrativo.
 - * Seguro de accidentes individuales.
- b) Gastos de administración en oficina.
- * Sueldos, bonificaciones y beneficios sociales del personal directivo.
 - * Sueldos, bonificaciones y beneficios sociales del personal administrativo.
 - * Alquiler de locales.

- * Comunicaciones.
- * Alumbrado, agua, teléfono y gabelas.

- c) Gastos financieros relativos a la obra.
- * Gastos de emisión y renovación de las diversas garantías requeridas por el contrato.
 - * Intereses.
 - * Gastos en otros compromisos financieros.

El costo de la organización e infraestructura que se pone al servicio de una obra (léase, los gastos generales) se determina al momento de hacer el presupuesto en base al tiempo de ejecución previsto. Por facilidad, se estila pagar los gastos generales como un porcentaje de cada valorización de avance, pero en realidad dicho avance poco o nada suele tener que ver con el monto de gastos indirectos incurridos por el contratista. Por lo tanto, cada vez que se modifica una de las premisas de la ejecución del contrato (típicamente plazo o magnitud de la obra) debe analizarse el impacto del mismo en los costos indirectos para evitar un desequilibrio del contrato.

5.2.3. Utilidad

Adicionalmente a los Costos Directos y a los Gastos Generales, el costo total de la obra contiene la utilidad del contratista. Entonces, el costo de la obra que conforma la contraprestación a la cual el contratista tiene derecho consta de tres elementos: Costo Directo, Costo Indirecto o Gastos Generales y Utilidad.

Cabe señalar que el cobro de la utilidad es un derecho esencial del contratista pues en estricto es la retribución por la empresa realizada y los riesgos asumidos. Por lo tanto, el esfuerzo del contratista por hacer respetar las premisas del contrato que hacen posible su utilidad no puede ser visto como un mero afán de lucro sino, más bien, como el respeto de la retribución pactada en el contrato.

6. LA SEGUNDA PATA DE LA MESA: EL PLAZO

6.1. Aspectos Generales

El tránsito de la obra reflejada en el proyecto a la realmente ejecutada, es decir, el espacio de tiempo entre el término de iniciación y conclusión, es lo que se conoce como plazo. Cabe señalar, que del contrato de obra nace una relación jurídica de tracto sucesivo que se extingue solo con la liquidación o pago del precio convenido. Al respecto, el artículo 204° del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala que «En el caso de ejecución y consultoría de obras el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación».

El plazo de ejecución de la obra debe establecerse de una forma directa y precisa, es decir, debe quedar claro cuál es el término inicial y final de la obra. Un matiz que no debemos olvidar es que el tiempo del

contrato no es equivalente al de su ejecución. Así, si bien el plazo contractual rige hasta la liquidación de las obras, el plazo de ejecución debe ajustarse a lo señalado por el cronograma de avance de obras.

Ya hemos mencionado que la propuesta del contratista ha sido realizada según algunas premisas, por lo mismo, éste tiene derecho a que se mantengan dichas condiciones pues sólo de esta forma el contratista puede lograr la utilidad esperada. En doctrina se habla del derecho del contratista a recibir la utilidad prevista cuando las condiciones de la obra son alteradas sin su responsabilidad.

Una de las premisas que el contratista tiene derecho a mantener es el plazo de ejecución como correlato del derecho de la Entidad de exigirle el cumplimiento del mismo. Lejos de desear mantenerse indefinidamente en el contrato, el contratista desea más bien cumplirlo, liberando sus recursos para poder así emprender el siguiente proyecto.

En este punto es necesario aclarar que si bien se encuentran íntimamente ligados, los conceptos de plazo y secuencia constructiva, a la que haremos referencia posteriormente, son independientes. En tal sentido, por plazo debe entenderse estrictamente al período que tiene el contratista para culminar la obra y no al plan de trabajo u orden de actividades al interior de dicho plazo.

6.2. Sobre las ampliaciones de plazo

Durante la ejecución del contrato, el plazo previsto para la culminación de las obras puede verse alterado por distintos motivos. Así, el plazo contractual puede modificarse o bien, por acuerdo entre las partes o de forma unilateral. Esto último se presenta cuando el retraso es por motivos no imputables al contratista como por ejemplo, los casos de fuerza mayor.

De conformidad con el artículo 258° del Reglamento de la Ley de contrataciones, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra (CAO) vigente:

« (...)

- 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista;
- 2) Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad;
- 3) Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados».

Debemos resaltar que no en todos los casos es procedente la ampliación de plazo, pues, para que proceda es imprescindible que la ruta crítica se vea afectada por la causal que sustenta el reclamo.

Para una mejor comprensión del tema, es necesario saber qué debemos entender por ruta crítica. Así, consiste en un método de planeación, organización, dirección y control de todas las actividades componentes de un proyecto que debe desarrollarse durante un tiempo crítico y a un costo óptimo. Asimismo, sirve también para determinar cuando existe una modificación del CAO, lo cual, tiene relevancia particular debido a que como dijimos, para solicitar ampliación de plazo es necesario además de invocar la causal específica, la alteración del CAO y ello se produce justamente al afectarse la ruta crítica. Ello significa que no será posible cumplir dentro del plazo con las actividades programadas en el CAO pues la causal imposibilitó avanzar con la ejecución de las obras previstas en el cronograma. A modo de ejemplo, para construir una casa, es imprescindible hacer las columnas, para lo cual se necesita emplear fierro, cemento, etc. Si se pacta que el propietario de la obra proveerá materiales y éste, por algún motivo, no entrega a tiempo al contratista los fierros necesarios para las columnas, sencillamente, el Contratista no podrá continuar con la ejecución de la obra, si no alza las columnas resultará imposible terminar de edificar las paredes, techar y realizar las demás actividades. Todo ello, obligaría al Contratista a paralizar las actividades o a disminuir el ritmo de trabajo, con lo cual, el calendario original se vería afectado y por tanto, no podría culminarse la obra dentro de plazo.

Como se comprenderá fácilmente, la denegatoria injustificada de una ampliación de plazos generará la necesidad de acelerar los trabajos para cumplir con el plazo originalmente previsto, lo cual, producirá un injusto desequilibrio en el contrato de obra en perjuicio del contratista.

7. LA TERCERA PATA DE LA MESA: LA SECUENCIA CONSTRUCTIVA

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 la 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 solo 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 palabras del tratadista español Rafael JURISTO SÁNCHEZ:

*«Porque esto es así, es por lo que tanto la Administración como el contratista tiene el recíproco derecho de exigirse que el programa de trabajos se cumpla. Para la Administración, el cumplimiento del programa es garantía de que la obra se ha de ejecutar en unos plazos parciales que garantiza el total del contrato; (...) Pero también el contratista tiene derecho a que se le permita cumplir el programa de trabajos, pues solo así se le garantiza de que los precios señalados para cada una de las unidades de la obra no queden por debajo de los costes que están en función de un concreto planteamiento de la obra ...».*¹⁶

En el derecho anglosajón, esta figura es conocida como «*disruption*» que puede ser definido como el mayor costo o daño producido por la ruptura de la secuencia constructiva regular prevista por el Contratista al realizar su propuesta.

También puede ser definido como «*la pérdida de productividad, la reducción de la producción de los recursos constructivos, siendo estos, principalmente, mano de obra y maquinaria*»,¹⁷ o como «*alteración, obstaculización o interrupción de los métodos constructivos normales del Contratista*».¹⁸

Entonces, la característica fundamental de la *Disruption* es la pérdida de eficiencia en la ejecución de la obra.

Evidentemente, esta situación genera mayores gastos a los previstos. Sin embargo, los gastos ocasionados son diferentes de aquellos derivados del solo hecho de la prolongación del plazo al estar la pérdida de productividad basada únicamente en la eficiencia de la ejecución de los trabajos, pudiendo ser incluso independiente de la prolongación del plazo contractual o ampliación de plazo.

8. LA CUARTA PATA DE LA MESA: EL EXPEDIENTE TÉCNICO

El expediente técnico, entendido como el conjunto de los estudios, especificaciones, planos y demás documentos técnicos que constituyen el proyecto a ejecutarse, no es otra cosa que la determinación de

«El plazo de ejecución de la obra debe establecerse de una forma directa y precisa, es decir, debe quedar claro cuál es el término inicial y final de la obra»

las características y calidades que el propietario de la obra establece como necesidad.

Como ya dijimos, el propietario es quien tiene el deber y derecho de establecer la forma cómo se ejecutará la obra, es decir de qué manera se satisface su necesidad.

El Expediente Técnico puede ser elaborado o bien por la misma Entidad o bien por el Contratista. Nos referimos en este último caso, por ejemplo, al Concurso Oferta, tema que será desarrollado líneas más adelante.

En cualquier caso, es importante destacar que aunque sea elaborado por el contratista, es finalmente el propietario quien debe confirmar que el expediente entregado cumpla con sus necesidades, razón por la cual de todas maneras el expediente técnico debe ser aprobado por el propietario.

Por otro lado, la persona que elabora el expediente técnico es finalmente responsable del mismo y de las variaciones que sean necesarias para adecuarlo a la realidad, solo así será posible determinar las obligaciones y responsabilidades que emanan para las partes. Si el proyecto es entregado por el propietario al ejecutor, es el primero el responsable por las deficiencias del mismo. En el caso opuesto, es el ejecutor el responsable por las variaciones encontradas en la etapa de ejecución.

En la práctica, suele ser precisamente el expediente técnico, antes que el contrato y las bases, lo que más dudas e indefiniciones genera en la ejecución de la obra. Sería muy extenso enumerar uno a uno los problemas que pueden presentarse en la lectura e interpretación del expediente técnico, análisis que escapa al presente trabajo.

16 JURISTO SÁNCHEZ, Rafael. «El Contrato de Obra Pública». Editorial Rafael Jurista Sanchez. Madrid. 1997. p. 244.

17 RAE, Stephen, *Disruption: «Counting The Cost»* pag. 1. En: <http://www.jrk.com.my/articles/Disruption.htm> (traducción libre)

18 BURR, Andrew and Nicholas Lane, «The SCL delay and disruption protocol: hunting snarks» p. 9 in *Construction Law Journal*.

9. MODALIDADES ESPECIALES

9.1 El Concurso Oferta

Una de las modalidades de ejecución contractual que ha cobrado relevancia hoy en día por su utilización en diversos procesos de ejecución de obra, es sin duda el concurso oferta. El artículo 58º del Reglamento de la Ley de Contrataciones indica, al respecto, que:

«En esta modalidad el postor concurre ofertando expediente técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema de suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública». (El subrayado es nuestro)

En el mismo artículo se señala que el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE – emitirá las disposiciones complementarias para los procesos de selección que se convoquen bajo esta modalidad. Sin embargo, a la fecha, CONSUCODE no ha emitido las disposiciones pertinentes, sino, tan solo un proyecto de la Directiva *«Lineamientos para la preparación, evaluación y calificación de ofertas y ejecución de contratos de obra bajo la modalidad de Concurso Oferta»* (en adelante la Directiva)

A diferencia de la demás modalidades de ejecución, en ésta, el postor oferta expediente técnico y ejecución de obra, con lo cual, el contratista se vuelve el único responsable por las deficiencias que se encuentren en el expediente técnico, intentando por tanto trasladarle al contratista el riesgo de los eventuales errores del mismo, como la misma Directiva lo señala, textualmente, en el numeral IV:

«En el contexto actual se advierte que las Entidades públicas vienen utilizando con mayor frecuencia la modalidad del concurso oferta para la ejecución de obras públicas, apelando a beneficios concretos que dicha modalidad acarrea, como la transferencia del riesgo al contratista por los diseños errados o deficiencias del expediente, el ahorro en costos de oportunidad o gastos administrativos, entre otros». (El subrayado es nuestro)

Sin embargo, tanto la Ley como la Directiva fallan en establecer reglas claras respecto a esta figura y mucho menos queda clara la distribución de riesgos entre las partes que haga, mínimamente, previsible la ejecución contractual. No podemos olvidar que al momento de la convocatoria existen únicamente especificaciones mínimas que el contratista tomará como

base para elaborar el expediente técnico definitivo. Estas especificaciones son tan preliminares que puede ocurrir que una vez elaborado el expediente técnico definitivo, el monto ofertado en la licitación para la ejecución de la obra sea muy inferior al necesario para ejecutar todas las prestaciones a cargo del contratista. Finalmente, tales riesgos terminarán siendo cargados a la propuesta económica en la forma de provisiones o contingencias.

En otras palabras, sin parámetros claros y previsibles, la simplista transferencia de riesgos hacia el contratista terminará únicamente desincentivando su participación o encareciendo el contrato.

A lo anterior, debe de agregarse que la Ley y el reglamento no sólo contienen muy pocas normas respecto a este tipo de contratos sino que además la mayoría de las reglas de ejecución contractual allí contenidas son simplemente inaplicables al contrato bajo concurso oferta pues presumen circunstancias que no se presenten en esta modalidad como por ejemplo, la existencia de un expediente técnico a la fecha del contrato.

No es difícil apreciar que cuando se trata de concurso oferta, es incluso más importante tener claro los aspectos conceptuales explicados en el presente artículo, para una correcta interpretación de la Ley y el contrato.

9.2. Contratos Llave en mano (Turnkey)

Otra de las modalidades especiales de ejecución contractual que también está cobrando relevancia hoy en día por su extenso uso en la actividad privada son los denominados contratos llave en mano. Bajo esta modalidad el postor ofrece todos los bienes y/o servicios necesarios para poner en funcionamiento la prestación objeto del contrato.

El artículo 58º del Reglamento de la Ley define la modalidad llave en mano como aquella en la que «el

«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»

19 HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Aurora. «Los Contratos Internacionales de construcción «llave en mano». Editorial Comares, Granada, 1999. p. 111 y ss.

postor oferta en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de determinada obra, pudiendo incluir el estudio definitivo».

Entre los rasgos esenciales que caracterizan a este tipo de contratos están los siguientes¹⁹:

- Fusión de las misiones de concepción y ejecución de la obra en una sola persona
- Obligación global asumida por el contratista de entregar una fábrica completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento

Ello quiere decir, que el contratista se obliga a entregar la obra lista para funcionar, lo que implica la celebración de un único contrato entre el comitente y el contratista, normalmente en una obra de gran complejidad que requiere etapas de puesta a punto y pruebas. Finalmente, a lo que se obliga el contratista no es sólo al resultado concreto y físico, sino también, a que la obra funcione como un conjunto o sistema integral.

Por lo anterior, el comitente cede parte del control sobre el proyecto, existiendo una reducción sustancial en las funciones del ingeniero, ya que el contratista se encarga desde los estudios hasta la puesta en servicio de la obra.

Respecto al precio en los contratos «llave en mano», es característico de este tipo de contrato, que se celebre bajo la modalidad de «suma alzada». HERNÁNDEZ RODRIGUEZ nos indica:

*«Finalmente, la obligación global que se deriva de los contratos «llave en mano» para el contratista influye de manera decisiva en la determinación del precio que no puede ser, como se verá más adelante, más que un precio alzado».*²⁰

Es, precisamente, ésta la razón por la cual se suele confundir ambas figuras. Sin embargo, debe aclararse que la modalidad llave en mano alude no a la forma de pactar el precio, como lo hace el concepto de suma alzada, sino a la extensión del objeto del contrato, el cual necesariamente debe ser el ejecutar la obra hasta la comprobación de su pleno funcionamiento como un conjunto integrado.

Al igual que en el caso del concurso oferta, la mayoría de estipulaciones existente en la Ley y el Reglamento, no contemplan la especial naturaleza de este contrato, razón por la cual se deberá ser extremadamente cuidadoso en la aplicación de estas reglas, especialmente, en lo que se refiere a la distribución de riesgos entre las partes. CA

20 HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Aurora. Op. cit. p. 112.