

El Postor Razonable en los Contratos de Obra Pública

Renzo Seminario Córdova*

Resumen:

El autor aborda el tema relacionado al «postor razonable» en los procesos de selección de obra pública. Su aproximación al tema parte por analizar aspectos civiles relacionados con la diligencia y el cumplimiento de obligaciones. Asimismo, presenta su posición respecto de si la formulación de consultas es una obligación o un derecho de los postores, y en qué casos se aplicaría. Además, explica porqué es importante determinar la responsabilidad objetiva en la elaboración del expediente técnico, a la hora de determinar el resarcimiento del daño. Al finalizar, presenta algunos criterios que deberían ser tomados en cuenta para analizar cuándo nos encontramos frente a un «postor razonable», y cuándo no. Explica que de encontrarnos frente a un «postor razonable», el contratante deberá asumir la responsabilidad total por los errores; sin embargo, en caso se determine que el «postor no fue razonable» y que eso contribuyó a generar el daño, entonces el juez o árbitro deberán reducir el resarcimiento.

Palabras clave:

Postor razonable – Proceso de selección – Diligencia – Riesgos – Obra pública – Construcción – Razonabilidad – Arbitraje – Expediente técnico

Summary:

The author explains what «diligent bidder» means during bidding processes. First, he starts analyzing some civil law matters as due diligence and compliance with obligations. Then, he states his position about whether the consultation during bidding processes is a right or an obligation for the bidder, and under what conditions it would work. Furthermore, he explains the relevance of identifying strict liability on developing the technical file to set the compensation of damages. Finally, the author offers some cases to determine when contractors are «diligent bidders» and when they are not. He points out that when contractors are «diligent bidders», the owner must take full responsibility; on the other hand, when they are not «diligent bidders» and they partially caused the damage, the judge or the arbitrator should reduce the compensation.

Keywords:

Diligent bidder – Bidding process – Due diligence – Risks – Public Works – Construction – Reasonableness – Arbitration – Technical file

Sumario:

1. Introducción – 2. ¿Cuándo tiene sentido hablar del «postor razonable»? – 3. ¿Qué obligación podría haber sido «incumplida» por el postor (luego contratista)? – 4. ¿Qué sucede cuando la otra parte también tiene una obligación durante el proceso de selección? – 5. Algunos criterios para determinar si estamos frente a un postor razonable – 6. Conclusiones

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado al Estudio Campos / Abogados en Infraestructura. Profesor en pregrado del curso «Aspectos Legales en la Construcción» en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas». Profesor en posgrado del Diplomado en «Gerencia de la Construcción» en la Universidad Autónoma del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

El autor agradece la colaboración de Alvaro Estrada Rosas, estudiante de derecho en la Universidad de Lima, y practicante en el Estudio Campos / Abogados en Infraestructura.

1. Introducción

Un tema que se viene discutiendo mucho en los arbitrajes de obra (y en particular, en los de obra pública) es el referido al denominado «postor razonable». Es decir, aquel postor que revisa los documentos de la licitación y se informa lo suficiente para, en base a dicha evaluación, formular su oferta.

¿Por qué se discute tanto? Porque es muy común que en una obra se presenten errores en el expediente técnico, cuya responsabilidad el contratista trata de asignar a quien lo elaboró (contratante), mientras que el contratante trata de asignarlo más bien a quien no detectó a tiempo dicho error en la etapa de selección (contratista).

Veámoslo con un ejemplo: Imaginemos que una entidad pública convoca a una licitación para la construcción de una gran carretera. Se presentan varios postores, y finalmente se le adjudica la buena pro a uno de ellos. Durante la ejecución de la obra, el contratista se da cuenta que un elemento del expediente técnico tiene un error (por ejemplo, la fórmula de reajuste del precio). El contratista le pide al contratante que corrija ese error, en la medida que le está causando un perjuicio, pues la fórmula de reajuste no reajusta el precio. No obstante, el contratante señala que no puede corregir el error pues el contratista debió darse cuenta y observar ese «error» en la etapa de selección. Como no lo hizo, consintió el expediente técnico tal como estaba y, de alguna forma, ya luego no puede reclamar.

En otras palabras, el argumento del contratante es que el contratista debió ser un «postor razonable» y darse cuenta del error durante el proceso de selección; como no lo fue, entonces no tiene derecho a reclamar su corrección, pues su voluntad se formó con el expediente técnico tal como está.

En este artículo vamos a abordar aquellos temas mínimos y elementales que se deben tener en cuenta cuando nos referimos al «postor razonable». Esto porque en la actualidad existe una tendencia generalizada a usar el argumento del «postor razonable» de manera efectista, para «jalar» el ojo de quien va a resolver la controversia, sin tomar en cuenta algunas ideas elementales. Al finalizar el artículo, vamos a plantear algunos criterios que se deberían tener en cuenta para determinar si un postor fue razonable o no.

2. ¿Cuándo tiene sentido hablar del «postor razonable»?

La discusión respecto del «postor razonable» tiene sentido en el ámbito del cumplimiento de

obligaciones. Es decir, para iniciar la discusión y luego concluir si un postor fue o no razonable tenemos que identificar que exista una obligación en cabeza del postor (luego contratista) que haya sido incumplida.

El fundamento para referirnos a si un postor fue razonable lo encontramos en el artículo 1314° del Código Civil, que señala lo siguiente:

«Artículo 1314.- *Inimputabilidad por diligencia ordinaria*

Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

Como se puede leer, el Código Civil señala que aquel que actúe con la «*diligencia ordinaria requerida*» no es imputable por la inejecución de la «*obligación*». En otras palabras, si el postor fue diligente o razonable, entonces no se le debe imputar responsabilidad por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones.

De hecho, el artículo 1314° del Código Civil se encuentra en el Libro VI, titulado «Las Obligaciones». Pero además, los artículos 1319° y 1320° del Código Civil, relacionados con la diligencia o razonabilidad del postor, también hacen expresa alusión al cumplimiento de obligaciones. Veamos:

«Artículo 1319.- *Culpa inexcusable*
*Incurrir en culpa inexcusable quien por **negligencia grave** no ejecuta la **obligación**.*

Artículo 1320.- *Culpa leve*
*Actúa con culpa leve quien omite **aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.***» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

Tal como se observa, estos dos últimos artículos son fundamentales, porque están directamente referidos a la responsabilidad de aquel que incumpla una «*obligación*» por actuar con «*negligencia grave*»; o por no actuar con la «*diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación*».

Es decir, si analizamos los tres artículos mencionados en su conjunto, veremos que se analiza la «*diligencia ordinaria requerida*», la «*negligencia grave*» o «*la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación*» para evaluar si una persona es imputable por el incumplimiento de su «*obligación*».

Por tanto, para analizar si un postor fue o no «razonable» o «diligente», habrá que analizar previamente si existe una obligación en cabeza del postor (luego contratista). Si no existe obligación por parte del postor, entonces no será en absoluto relevante verificar si ha sido o no razonable.

Finalmente, es importante precisar que no es un error invocar artículos del Código Civil para analizar este tema en particular, pues si revisamos la normativa de contrataciones del Estado, no encontraremos en ella ninguna referencia a factores de atribución de responsabilidad, por lo que es aplicable el artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que establece:

«En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, **son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado.**» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

De hecho, queda claro que las relaciones contractuales con el Estado no se podrían limitar únicamente a lo contenido en su normativa especial, pues resultaría insuficiente y supondría admitir la tesis –incorrecta para nosotros– que el derecho se agota en la ley.

3. ¿Qué obligación podría haber sido «incumplida» por el postor (luego contratista)?

Volvamos al ejemplo que pusimos al inicio del artículo. Cuando un contratista solicita la corrección de un error en los documentos de la licitación, el contratante señala que no corresponde, pues el postor debió ser «razonable» y observar dichos documentos para detectar el error en esa etapa. Como no lo hizo, consintió y no puede reclamar nada.

Es decir, los contratantes (propietarios de la obra) identifican que el contratista tenía una obligación durante el proceso de selección: la de consultar u observar formalmente los documentos de la licitación, entre ellos el expediente técnico. Al haber sido negligente (léase, al no haber sido un «postor razonable») por no haber actuado durante el proceso de selección, entonces no corresponde ningún tipo de reconocimiento.

Aquí es donde es importante hacerse algunas preguntas: ¿«observar» las bases es una obligación o un derecho de los postores? ¿Cuándo un postor observa, o debería observar, las bases dentro de

un proceso de selección? Primero veamos qué dice la norma.

El artículo 54° del Reglamento de la Ley de Contrataciones actual señala que:

«A través de consultas, **los participantes podrán solicitar la aclaración de cualquiera de los extremos de las Bases, o plantear solicitudes respecto a ellas.**» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

El artículo 55° dice lo mismo respecto de las observaciones:

«(...) **los participantes podrán formular observaciones a las Bases, las que deberán versar sobre el incumplimiento de las condiciones (...).**» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

Como se observa, la redacción de la norma es clara: los postores «podrán»; no dice «deberán» o «tendrán que» formular consultas u observaciones. De esa forma, desde un primer acercamiento normativo, pareciera que nos encontramos no ante una obligación, sino más bien frente a un derecho del postor.

En doctrina sobre la materia, también se estima que la formulación de observaciones es antes una facultad, que una obligación. Así por ejemplo, Morón Urbina¹ señala lo siguiente:

«(...) El principio de transparencia en materia de contrataciones estatales hace indispensable derivar **algunas facultades** titularizadas por los ciudadanos frente a los procesos de selección y los contratos ya celebrados, **desdoblados del genérico derecho de acceso a la información de la Administración**, de modo leal, confiable y pleno. Tales son:

(...)
ii. El **derecho del postor a la comprensión de información** que se encuentra accesible (por ejemplo, la claridad y concisión de los términos en que absuelve una consulta o una observación), de modo que la transmisión en términos de lenguaje sea accesible, evitando toda ambigüedad, incorrección o distancia (...).» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

En efecto, para el citado autor se trata de una facultad derivada del derecho de acceso a la información, que permite comprender los documentos que la Administración pone a disposición de los particulares para presentar una oferta en el marco de un proceso de selección.

1 Juan Carlos Morón Urbina, «Los Principios Inspiradores de la Contratación Administrativa y sus Aplicaciones Prácticas», *THEMIS* (2006), No. 52: 200.

En los manuales de contrataciones del Estado también se señala algo parecido. Por ejemplo, en el de Caballero Bustamante² se indica lo siguiente:

*«No siempre las Bases resultan del todo claras, o la aplicación de alguna norma sobre el proceso de selección, por ello, **los postores tienen la posibilidad** de presentar consultas y/u observaciones sobre las bases.»* (El subrayado y resaltado son nuestros.)

Nosotros compartimos la posición de la norma y de la doctrina, en donde se señala que observar las bases es una facultad, y no así una obligación. ¿Por qué? Porque, en efecto, consideramos que se trata de un derecho derivado del acceso a la información, derecho que tiene la particularidad que se activa cuando el postor se da cuenta que existe algo que podría estar mal.

En ese sentido, somos de la posición que un postor consultará u observará cuando considere, luego de la evaluación que realice de la información que el licitante (luego contratante) pone a disposición para estos efectos, que existe algo que no está lo suficientemente claro.

Como ya se podrá advertir, si bien observar las bases es un derecho y no una obligación, lo cierto es que informarse adecuadamente sí constituye un deber del postor que en buena cuenta condiciona su derecho a consultar u observar.

En otras palabras, si para que el postor formule consultas u observaciones debe previamente leer los documentos e informarse adecuadamente con la finalidad de ver si existe algún error o contradicción, entonces sí tiene una obligación: no la de observar propiamente, sino más bien la de informarse razonablemente.

Como señalaremos más adelante, esta obligación sin duda tiene que analizarse de acuerdo al caso concreto y a partir de ciertas pautas que presentaremos luego.

4. ¿Qué sucede cuando la otra parte también tiene una obligación durante el proceso de selección?

Ya hemos indicado que el postor tiene la obligación de informarse razonablemente durante el proceso de selección. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la principal información que analiza y revisa es aquella que ha preparado y elaborado la otra parte, es decir, el licitante (luego contratante). En otras palabras, en un proceso de selección los

postores revisan el expediente técnico que ha elaborado la entidad contratante. En ese sentido, si bien el postor tiene la obligación de informarse, también es cierto que el postor se informa respecto de información que ha preparado la otra parte.

¿Qué sucede entonces cuando aquella información preparada por el licitante es incorrecta, tiene errores o es contradictoria consigo misma? ¿Eso constituye incumplimiento por parte de la entidad contratante? ¿O acaso el proceso de selección es un mecanismo para trasladar al contratista todos los riesgos por la elaboración del expediente técnico?

En primer lugar, debemos señalar que no cabe duda que las entidades contratantes son responsables por la correcta elaboración del expediente técnico. Es decir, es obligación del contratante hacer un expediente técnico idóneo y ajustado a la realidad.

En doctrina se señala que el contratante tiene la obligación de hacer bien el expediente técnico por una razón sencilla: es el contratante de una obra quien está en posición de saber qué quiere y cómo lo quiere (al menos en el caso de contratación de obra clásica). Por eso es que incluso se llega a señalar que esta obligación es personalísima y le corresponde única y exclusivamente a los propietarios de la obra.

Sobre este tema, Juristo Sánchez³ señala lo siguiente:

*«(...) en el sentido que **es exclusivo de la Administración, sin que pueda ser cumplido por ninguna persona, ni tampoco por el mismo contratista, aunque de ello dependa el normal cumplimiento del contrato. El contratista, por ejemplo, no tiene ni el derecho ni el deber de sustituir a la Administración en sus obligaciones relativas de obra, etc.** Todas esas obligaciones que incumben a la Administración únicamente, de tal modo que si la colaboración no se presta o se presta tardíamente, contrato puede venir a una situación de imposibilidad de incumplimiento o de un cumplimiento más oneroso para el contratista.»* (El subrayado y resaltado son nuestros.)

Esta posición es acogida en nuestra normativa de contrataciones. En diversos artículos de nuestra actual norma se establece la responsabilidad de la entidad contratante por aprobar las bases del proceso de selección, que incluyen el expediente técnico.

2 Manual de Contrataciones. ¿Cómo realizar una contratación eficiente con el Estado?, *Gestión Pública y Desarrollo*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima (Año 2011): 87.

3 Rafael Juristo Sánchez, «El contrato de obra pública», Madrid (1997): 283.

Por ejemplo, los artículos 12° y 13° de la Ley de Contrataciones vigente señalan lo siguiente:

Artículo 12°: «Es requisito para convocar a proceso de selección, bajo sanción de nulidad, que el mismo esté incluido en el Plan Anual de Contrataciones y cuente con el Expediente de Contratación debidamente aprobado conforme a lo que disponga el Reglamento, el mismo que incluirá la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento, así como las Bases debidamente aprobadas, salvo las excepciones establecidas en el Reglamento.» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

Artículo 13°: «(...) En el caso de obras, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento. La Entidad cautelará su adecuada formulación con el fin de asegurar la calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras.» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

De esa forma, queda claro que en nuestra legislación, para convocar a un proceso de selección, el expediente técnico debe encontrarse debidamente aprobado, y se agrega además que el contratante deberá cautelar su adecuada formulación.

Por tanto, cuando la norma señala que el expediente técnico debe estar debidamente aprobado, esto significa que previamente ha debido existir un análisis y evaluación por parte de la entidad para «aprobar» dicho expediente técnico. Por eso es que la norma termina señalando que el contratante «cautelará su adecuada formulación», pues fue el quien lo elaboró, analizó, evaluó y finalmente aprobó.

Entonces, desde nuestro punto de vista, la norma es clara al asignar al contratante la responsabilidad y obligación por la adecuada elaboración del Expediente Técnico.

Dicho esto, ¿qué pasa entonces cuando durante la ejecución de una obra se verifican errores o contradicciones en el expediente técnico que no fueron detectados en su momento por el postor durante el proceso de selección? ¿El postor, luego contratista, debe asumir la responsabilidad por los mismos?

Somos de la opinión que si la norma ha asignado la responsabilidad al contratante por el expediente técnico, no se puede pretender trasladar dicha responsabilidad al contratista, pues eso atentaría con lo que dice la propia norma, e incluso iría

en contra del principio de legalidad que debe ser observado por todas las entidades de la administración pública.

Se trata de una responsabilidad objetiva, cuyo incumplimiento se verifica si se prueba que ha existido algún error en el expediente técnico.

En ese sentido, para nosotros el proceso de selección no es un mecanismo para trasladar el riesgo por la elaboración del expediente técnico al contratista. Es, por el contrario, un mecanismo en favor de los postores que sólo se activa si es que aquellos tienen dudas sobre algún punto específico de las bases.

Podrían los postores no consultar u observar nada en un proceso de selección, y eso no eximiría al contratante de la responsabilidad objetiva que le ha sido asignada por la norma por la correcta elaboración del expediente técnico.

Es más, si se pensara equivocadamente que el proceso de selección traslada todos los riesgos a los postores, ¿qué sentido tendrían aquellas disposiciones de la norma en las que se señala que procede aprobación de adicionales por errores en el expediente técnico?

Por ejemplo, el artículo 41.2° de la Ley de Contrataciones señala:

«En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato (...).» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

La misma disposición se repite en la Directiva N° 002-2010-CG/OEA que regula la tramitación de los presupuestos adicionales, al señalar lo siguiente en el numeral 5:

«Causales de procedencia de prestaciones adicionales de obra.- Las prestaciones adicionales de obra se originan sólo en los casos derivados de: a) Situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato. b) Deficiencias en el expediente técnico de la obra.» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

Por tanto, si quisiéramos concluir que el proceso de selección sirve para trasladar todos los riesgos derivados del expediente técnico al contratista, eso supondría que estaríamos derogando implícitamente la norma, y que sólo procederían prestaciones adicionales por situaciones imprevisibles posteriores a la firma del contrato, y ya no por deficiencias en el expediente técnico de la obra.

Finalmente, ¿cómo quedaría la responsabilidad del postor por no informarse y leer adecuadamente las bases del proceso de selección que incluyen el expediente técnico? Sin perjuicio que es el contratante el responsable por el expediente técnico, si concluimos que el postor «no fue razonable» y no revisó correctamente las bases del proceso de selección, lo que se podría determinar es una reducción de la compensación a favor del contratista.

El artículo 1326° del Código Civil señala lo siguiente:

«Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

Como se aprecia, si por alguna razón el postor contribuyó a que se generara el daño, por ejemplo, no revisando bajo estándares de razonabilidad la información puesta a su disposición, el juez o árbitro podrán determinar la reducción del resarcimiento.

En otras palabras, si se determina que el postor no fue «razonable» y que eso contribuyó en alguna medida a que fuera recién en ejecución del contrato que se detectara el error en el expediente técnico, entonces se podrá reducir el resarcimiento que le corresponde. Lógicamente, esto aplica si se determina que no fue razonable, y si eso tiene alguna vinculación con el mayor costo que se hubiera generado.

En cualquier caso, la responsabilidad del contratante por la correcta elaboración del expediente técnico se mantiene inalterable.

5. Algunos criterios para determinar si estamos frente a un postor razonable

Quizás los contratos de construcción sean de las relaciones jurídicas en las que más conflicto existe, no sólo por las complicaciones técnicas que usualmente se presentan durante el desarrollo de la obra, sino además porque hay temas legales que pueden resultar muy complicados de resolver.

Si a esa realidad le sumamos el hecho que en los contratos de obra pública el plazo de ejecución suele ser mayor y que intervienen entidades ajenas a la relación contractual (como la Contraloría General de la República), vamos a tener una bomba de tiempo que sólo se podrá desactivar si entendemos que la buena fe y la razonabilidad son conceptos transversales que deben ser observadas no sólo por los privados, sino también por las entidades del Estado.

Evidentemente, para que la buena fe y razonabilidad tenga sentido –y no se quede en una definición abstracta que suena bonito pero que nadie entiende– tenemos que darle contenido en cada caso concreto. No será lo mismo el estándar de buena fe y razonabilidad exigible a un arrendador en un contrato de arrendamiento, que el estándar exigible al propietario de una obra en un contrato de construcción. De la misma forma, a un arrendatario se le exigirá un estándar distinto al de un contratista en un contrato de obra.

¿Por qué sucede esto? Por la sencilla razón de que las obligaciones derivadas de un contrato de arrendamiento son distintas a las de un contrato de construcción. En un contrato de arrendamiento, las principales obligaciones del arrendador son entregar el bien en buen estado y hacer las reparaciones que fueran necesarias.

En cambio, en un contrato de construcción, las obligaciones derivadas del propietario no se limitan a elaborar el expediente técnico correctamente, sino que además debe entregar el terreno en la fecha establecida, dirigir la obra, supervisarla, pagar mensualmente el monto acordado, colaborar para que el contratista pueda ejecutar la obra adecuadamente, entre otros.

Por tanto, al existir obligaciones distintas, distinto también será el estándar que se le exigirá a cada uno de ellos.

En ese sentido, algunos de los criterios que se deben tener en cuenta para medir el estándar de lo que comúnmente se denomina «postor razonable» son los que detallaremos a continuación.

5.1 Tiempo para revisar los documentos de la licitación

Este es un tema clave para determinar qué tan razonable fue el postor es el tiempo que tuvo para hacer la revisión correspondiente.

De acuerdo al artículo 14° de la Ley de Contrataciones:

*«El contenido de la convocatoria de los procesos de selección se fijará en el Reglamento, **debiendo existir un plazo razonable entre la convocatoria y la presentación de propuestas atendiendo a las características propias de cada proceso.**»* (El subrayado y resaltado son nuestros.)

Como se puede leer, entre la convocatoria y la presentación de ofertas debe existir un plazo «razonable» atendiendo a las características propias de cada proceso. Esto significa que el tiempo que debe tener el postor para revisar, y

eventualmente consultar u observar las bases, debe ser razonable.

Por su parte, el artículo 57° del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece lo siguiente:

«En Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, las observaciones a las Bases serán presentadas dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haber finalizado el término para la absolución de las consultas. El Comité Especial notificará la absolución a través del SEACE y a los correos electrónicos de los participantes, de ser el caso, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles desde el vencimiento del plazo para recibir las observaciones.»
(El subrayado y resaltado son nuestros.)

Por su lado, el artículo 55° de la misma norma indica que el periodo mínimo de consultas es de cinco (5) días. De esa forma, si contamos los plazos mínimos para presentar consultas y observaciones, los postores tendrán aproximadamente diez (10) días para revisión del expediente técnico.

No parece ser tan «razonable» ese plazo como lo exige la Ley de Contrataciones. No obstante ello, debemos señalar que la entidad podría ampliar ese plazo, considerando las características propias del proceso; por ejemplo, podría ampliarlo si se trata de la contratación de una obra técnicamente muy compleja.

En cualquier caso, un criterio que se debe tomar en cuenta es el plazo que tuvieron los postores para formular consultas y observaciones a las bases del proceso de selección, que incluyen el expediente técnico.

Es decir, mientras menos tiempo tuvieron los postores para revisar las bases del proceso de selección, menos exigente tendrá que ser el estándar para determinar si el postor fue razonable.

5.2 Complejidad de la contratación y del error

Otro tema que se debe revisar para ver si nos encontramos frente a un postor razonable es la complejidad de la contratación y del tema que podría generar el mayor costo.

En efecto, no será lo mismo la construcción de una pista en un distrito cualquiera, que la construcción de una central hidroeléctrica en zona inhóspita de la sierra, en donde predominan zona agrestes y condiciones climáticas muy adversas.

Asimismo, no será lo mismo un error en el valor referencial, que un error en el estudio de mecánica

de suelos, o en la composición de la fórmula polinómica.

Cuando nos encontramos frente a obras o errores en el expediente técnico más complejos, eso significa que es menos probable que un postor detecte los mismos durante el proceso de selección. Usualmente, en obras más grandes y complejas, la información que se produce también es mayor, y por tanto la posibilidad de detectarlos durante la licitación es menor.

En obras grandes, los postores suelen clasificar la información por relevancia, y evidentemente destinan mayores recursos a revisar aquella información más importante que a aquella que no lo es.

Por tanto, si estamos frente a una obra muy simple que técnicamente no es compleja, el estándar para determinar si el postor fue razonable deberá ser mayor. Por el contrario, en obras técnicamente muy complejas donde existen muchas variables técnicas, el estándar no podrá ser tan exigente como en aquellas obras que no lo son.

Muchas veces la complejidad se determina en un arbitraje, en donde es necesario hacer pericias muy sofisticadas para entender el problema y determinar la naturaleza del error. Por tanto, mientras más tiempo tome la etapa pericial en un arbitraje, más indicios tendremos que nos encontramos frente a un problema más complejo. Y si es más complejo, menos exigente tendrá que ser también el estándar para determinar si el postor fue razonable durante el proceso de selección.

5.3 La calidad y experiencia del postor

Otro tema que se debe tener en cuenta para determinar si el postor fue razonable es la experiencia efectiva del postor en obras similares. Y no nos referimos a la oración casi cliché que siempre se incluye en las bases de los procesos de selección que dice «*el postor declara ser una empresa experimentada en obras similares a la que es objeto de contratación*». Nos referimos a la experiencia efectiva en obras similares, más allá de esas declaraciones típicas de las bases.

En este punto consideramos importante mencionar lo que señala Luis Díez-Picazo⁴:

*«(...) Por lo demás, es también admitido que el modelo debe basarse en la diligencia media de manera que **no sea exigible una diligencia extraordinaria, que pueda referirse a***

4 Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid, España: Civitas Ediciones, 1999), 360 y 361.

personas con extraordinarias capacidades o dotes o que pueda suponer extraordinarios niveles de esfuerzo o sacrificio (...) La diligencia que debe ser tenida en cuenta es, por consiguiente, la ordinaria de un hombre medio o de una persona razonable, de acuerdo con un tipo medio.» (El subrayado y resaltado son nuestros.)

De esa manera, mientras más experimentado sea el postor, más exigente tendrá que ser el estándar de razonabilidad que se le ha de exigir. Por el contrario, si se trata de un contratista más novato, el estándar para determinar si nos encontramos frente a un postor razonable tendrá que ser menor.

5.4 Momento de detección del error

Otro aspecto que puede resultar relevante es la oportunidad en la que el contratista se dio cuenta, durante la ejecución del contrato, del error en los documentos de la licitación.

En ese sentido, no será lo mismo que un postor se haya dado cuenta del error en la fase inicial de la ejecución del contrato, que si se dio cuenta recién en la etapa de la liquidación de la obra.

Si el contratista detectó el error al comienzo de la obra, podremos señalar que nos encontramos frente a un contratista más diligente, y por tanto, más razonable. Por el contrario, si recién se detectó al final de la obra, podremos señalar que no fue tan razonable como se esperaba.

¿Por qué resulta importante la oportunidad de detección del error en el expediente técnico? Porque si se le avisa al contratante al comienzo de la obra sobre el error, aquél podrá tomar medidas para mitigar el impacto del daño que se podría generar en el futuro. En cambio, si se detecta recién en la liquidación del contrato, poco podrá hacer el contratante para mitigar el error, pues en esa fecha ya el contratista habrá incurrido en el mayor costo, y el contratante no tendrá otra opción más que asumirlo.

Lógicamente, esto también depende de las posibilidades reales que tuvo el contratista, durante la ejecución del contrato, de detectar el error. Si la información que le sirvió al contratista para detectar el error recién la conoció al final de la obra, entonces es razonable que recién en esa etapa le comunique al contratante sobre el error, pues es ahí cuando conoció del mismo.

5.5 Mejor posición de detectar el error a un costo más bajo

Otro tema importante para determinar si el postor fue razonable es cuál de las dos partes estuvo en

mejor posición para detectar el error a un costo más bajo.

Ya hemos señalado que durante la etapa del proceso de selección, los postores tienen aproximadamente diez (10) días para formular consultas y observaciones a las bases, que incluye el expediente técnico. Es decir, en ese plazo reducido el postor debe invertir recursos, que sin duda luego serán trasladados al precio de su oferta, para detectar eventuales errores en los documentos de la licitación.

Pero, si hacemos una comparación con el contratante, ¿quién de ellos dos estuvo en mejor posición de detectar el error? Para la elaboración del expediente técnico de una obra, el contratante lo que hace usualmente es encargar su elaboración a un consultor de obra.

A este consultor, el contratante le paga para hacer un expediente técnico correcto, y luego que lo ha efectuado, el contratante lo revisa, lo aprueba y finalmente lo lanza a licitación.

Este proceso de elaboración del expediente técnico suele tomar aproximadamente 6 meses. Es decir, medio año en el que el contratante tuvo la posibilidad de revisar su adecuación, y también lógicamente de detectar algún error, si lo hubiere. En un esquema como el explicado, es claro que el contratante se encuentra en mejor posición de detectar el error en el expediente técnico a un menor costo, pues con esa finalidad contrata a un consultor experimentado para que haga ese trabajo. Luego de realizada su labor, el contratante analiza, revisa y finalmente aprueba dicho expediente técnico, teniendo aproximadamente medio año para detectar errores; frente a los diez (10) días que tiene el postor en un proceso de selección.

En ese sentido, si el contratante, estando en mejor posición para detectar el error, no lo hizo, ¿por qué sí se le debería exigir al contratista que lo detecte en un menor plazo y asignarle a él la responsabilidad por el mismo?

Por tanto, si el contratante estuvo en mejor posición para detectar el error, entonces el estándar para determinar si la otra parte fue razonable deberá ser menos exigente. Por el contrario, si fue el postor quien estuvo en mejor posición de detectarlo, entonces el estándar que se le deberá exigir será mayor, atendiendo a las circunstancias de cada caso específico.

6. Conclusiones

En los últimos años, las entidades contratantes tratan de eximirse de responsabilidad por la correcta elaboración de los expedientes técnicos

de las obras que licitan bajo el argumento de que el contratista no detectó los errores en la etapa de selección.

Sin embargo, no se tiene en cuenta que el proceso de selección no es un mecanismo para trasladar el riesgo del expediente técnico a los postores; sino que por el contrario se trata de un mecanismo en favor de los postores que se activa cuando ellos tienen dudas sobre el contenido de los documentos de la licitación.

Los postores tienen la obligación de informarse adecuadamente durante el proceso de selección; pero también las entidades contratantes tienen la responsabilidad objetiva de formular expedientes técnicos correctos y ajustados a la realidad.

El hecho que el postor no haya observado las bases no exime al contratante de su responsabilidad por el expediente técnico. Sin embargo, si el postor no fue «razonable» y no evaluó correctamente la información y eso contribuyó a generar el daño, entonces el juez o árbitro podrían reducir el

monto del resarcimiento que le corresponde al contratista.

Para determinar si estamos frente a un postor razonable, se debe tener en cuenta por lo menos los siguientes aspectos:

- Tiempo para revisar los documentos de la licitación.
- Complejidad de la contratación y del error.
- La calidad y experiencia del postor.
- Momento de detección del error.
- Mejor posición de detectar el error a un costo más bajo.

En ese sentido, si determinamos que estamos frente a un postor razonable, será el contratante quien deberá asumir la responsabilidad integral por el error en el expediente técnico. Sin embargo, si se determina que el postor no fue razonable y que eso contribuyó a generar el daño, el árbitro o juez podrá determinar una reducción del resarcimiento, atendiendo a las circunstancias del caso específico. ☒