


RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 65 -2021-EMMSA-GG

Santa Anita, 25 de marzo de 2021

VISTOS:




El Informe N° 0086-2021-EMMSA-SGIM, (23FEB2021) y el Informe N° 140-2021-EMMSA-SGIM (23MAR2021) de la Subgerencia de Infraestructura y Mantenimiento; Memorando N° 054-2021-GPDI-EMMSA (25FEB2021) de la Gerencia de Proyectos Desarrollo e Infraestructura; el Informe N° 134-SGLO-GAF-EMMSA-2021 (04MAR2021) y Informe N° 185-SGLO-GAF-EMMSA-2021 (25MAR2021) de la Subgerencia de Logística; el Memorando N° 068-GAF-EMMSA-2021 (04MAR2021) y el Memorando N° 104-GAF-EMMSA-2021 (25MAR2021) de la Gerencia de Administración y Finanzas; y, el Informe Legal N° 051-GAJ-EMMSA-2021 (12MAR2021) y el Informe Legal N° 057-GAJ-EMMSA 2021 (25MARZO2021) de la Gerencia de Asesoría Jurídica;




CONSIDERANDO:


Que, la Empresa Municipal de Mercados S.A. (en adelante, EMMSA), es una empresa municipal de derecho privado, formada bajo la modalidad de sociedad anónima, cuyas acciones y patrimonio son de propiedad de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Asimismo, goza de autonomía económica y administrativa, rigiéndose por su Estatuto Social, las disposiciones de carácter presupuestal emitida por la Dirección General de Presupuesto Público y en forma supletoria por la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades;



Que, EMMSA convocó al Proceso de Licitación Pública N° 002-2019-EMMSA-1, para la ejecución de la obra denominada: Construcción del Pabellón B3 - Pavimentación en el Gran Mercado Mayorista de Lima (GMML), adjudicando la buena pro al Consorcio Lima En virtud a ello, se suscribe el Contrato N° 004-GAL-EMMSA-2020, por el monto de S/ 11'401,571.60 (Once Millones Cuatrocientos Un Mil Quinientos Setenta y Uno con 60/100 Soles), incluido todos los impuestos de ley, por un plazo de ciento cincuenta (150) días calendarios;



Que, asimismo, EMMSA convocó al Proceso de Concurso Público N° 01-2020-EMMSA-1, para la contratación del servicio de consultoría de obra denominada: Supervisión de la Obra de Construcción del Pabellón B3 - Pavimentación en el Gran Mercado Mayorista de Lima (GMML), adjudicando la buena pro a la empresa SIGRAL S.A.. En virtud a ello, se suscribe el Contrato N° 007-GAL-EMMSA-2020, por el monto de S/ 542,831.85 (Quinientos Cuarenta y Dos Mil Ochocientos Treinta y Uno con 85/100 Soles), incluido todos los impuestos de ley, por un plazo de ciento ochenta (180) días calendarios;



Que, mediante Adenda N° 02, de fecha 21 de diciembre de 2020, se modifica la Cláusula Quinta del Contrato N° 004-GAL-EMMSA-2020, ampliando por treinta (30) días calendarios el plazo de ejecución de la prestación;

Que, agrega la mencionada Subgerencia, que en virtud a la Opinión N° 154-2019-DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa del Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), *la entidad puede autorizar que el adicional de supervisión sea ejecutado antes de su aprobación formal, en cuyo caso esta última debe ser llevada a cabo antes de realizar el pago correspondiente, por lo que deberá tramitarse la resolución respectiva.*

Que, si bien es cierto la Subgerencia de Infraestructura y Mantenimiento, amparándose en una opinión del OSCE, señala que el adicional de supervisión de obra puede ser ejecutado antes de su aprobación formal, no es menos cierto que, dicha opinión (154-2019/DTN), en su párrafo pertinente no ha sido transcrita en su totalidad, siendo el texto en su integridad el siguiente:

"No obstante, en el caso que el cumplimiento de la exigencia de aprobar la prestación adicional de supervisión de forma previa a su ejecución comprometa el control permanente de los trabajos propios de la obra, la Entidad de manera excepcional -en una decisión de gestión debidamente sustentada y de su exclusiva responsabilidad- puede autorizar que el adicional de supervisión sea ejecutado antes de su aprobación formal, en cuyo caso esta última debe ser llevada a cabo antes de realizar el pago correspondiente". (El énfasis es nuestro).

Que, en tal sentido, se advierte claramente que el OSCE contempla una situación de carácter excepcional; es por ello, que dicha opinión señala expresamente que deben concurrir de manera copulativa los siguientes requisitos: i) Que sea excepcional; ii) Que se encuentre debidamente sustentada, y, iii) Que es de entera responsabilidad de la entidad;

Que, así las cosas, se advierte que no se configuran estos requisitos en la medida que no ha ocurrido ninguna excepcionalidad y, menos aún, está debidamente sustentada las razones, circunstancias o hechos que impidieron a los funcionarios pertinentes que la prestación adicional de supervisión de obra no haya podido ser aprobada por el Titular de la Entidad oportunamente, es decir, de manera antelada y previa a su ejecución, como exige la normativa de contrataciones del estado; sino que, por el contrario, se venía ejecutando un adicional y ampliación de plazo del contrato de obra, por la ejecución de la instalación de acometida exterior que alimenta de energía eléctrica la obra de Construcción de Pabellón B3 – Pavimentación en el GMML;

Que, en ese sentido, al Subgerencia de Infraestructura y Mantenimiento tenía pleno conocimiento de un adicional y ampliación de plazo del contrato de obra lo cual implica la ampliación también del contrato de supervisión de obra y, como tal, se hacía patente y evidente la necesidad de un adicional de supervisión de obra (como que en efecto sucedió), el cual pudo tramitarse y aprobarse oportunamente, es decir, de manera previa a su ejecución y no injustificadamente esperar hasta el 4 de febrero de 2021, fecha en la cual a través del Memorando N° 037-2021-GPDI-EMMSA, el área usuaria recién requirió la aprobación del citado adicional;

Que, mediante el Informe N° 057-GAJ-EMMSA-2021, la Gerencia de Asesoría Jurídica concluye que no se encuentra arreglado a derecho que EMMSA subsuma su conducta al



Que, en atención a ello, mediante Memorando N° 037-2021-GPDI, de fecha 4 de febrero de 2021, la Gerencia de Proyectos de Desarrollo e Infraestructura solicita la ampliación del plazo del Contrato N° 007-GAL-EMMSA-2020 por un periodo de 20 días, acotando que la contraprestación por el servicio de supervisión correspondiente a este adicional se pagará de acuerdo a la tarifa contractual ofertada que es de S/. 60,314.65;

Que, el plazo de ejecución del Contrato N° 007-GAL-EMMSA-2020 es de 180 días (supervisión de la obra: 150 días calendario y para la liquidación de la obra: 30 días calendario), el mismo que rige desde el 25 de agosto de 2020; en tal sentido, el plazo para supervisar la obra está contemplado hasta el 21 de enero de 2021 y para efectuar la liquidación hasta el 21 de febrero de 2021;



Que, a través del Memorando N° 054-2021-GPDI-EMMSA, la Gerencia de Proyectos de Desarrollo e Infraestructura, remite a la Gerencia de Administración y Finanzas la valorización de la supervisión N° 6 de la obra Construcción del Pabellón B3 – Pavimentación en el GMLL;



Que, respecto a dicha valorización, mediante la Subgerencia de Logística en su Informe N° 134-SGLO-GAF-EMMSA-2021 ha indicado que la empresa SIGRAL S.A., encargada de la supervisión de la obra, ha presentado dos (2) facturas y expedientes de pago conforme al siguiente detalle:



a. Respecto al primer expediente, el contratista facturó S/. 73,233.84 (Setenta y Tres Mil Doscientos Treinta y Tres con 84/100 Soles), que corresponde a la valorización N° 6 de la supervisión de obra por el periodo comprendido desde 1 hasta el 21 de enero de 2021;

b. Respecto al segundo expediente, el contratista facturó S/. 34,873.31 (Treinta y Cuatro Mil Ochocientos Setenta y Tres con 31/100 Soles), que corresponde a la valorización N° 6 de la supervisión de obra por el periodo comprendido desde el 22 al 31 de enero de 2021, lo que correspondería parte del pago del adicional de la supervisión;



Que, la Subgerencia de Logística añade que para SIGRAL S.A., el plazo de supervisión de la obra venció el 21 de enero de 2021, razón por la cual remitió el segundo expediente de la valorización N° 06, que corresponde a parte del adicional del contrato, el cual no cuenta con la garantía (carta fianza) ni con la aprobación mediante resolución del Titular de la Entidad, requisitos contemplados en el numeral 160.2 del artículo 160° del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, (en adelante, el Reglamento de la Ley);



Que, en adición a ello, mediante el Informe N° 185-SGLO-GAF-EMMSA-2021, la Subgerencia de Logística indica que a través de la Carta N° JC-21-058-22716, el contratista remite la valorización N° 7 por concepto de Supervisión de Obra Construcción del Pabellón B3 - Pavimentación en el GMLL., conforme al siguiente detalle:

a. Por el periodo comprendido entre el 1 y 9 de febrero de 2021, el monto de S/ 31,346.65 (Treinta y Un Mil Trescientos Cuarenta y Seis con 65/100 Soles); y,

- b. Por el periodo comprendido entre el 10 y 28 de febrero de 2021, el monto de S/ 66,176.28 (Sesenta y Seis Mil Ciento Setenta y Seis con 28/100 Soles);

Que, la mencionada unidad orgánica advierte que dicha valorización adolece de las mismas deficiencias identificadas en la valorización N° 6 – las cuales fueron detalladas en el Informe N° 134-SGLO-GAF-EMMSA-2021, de fecha 4 de marzo de 2021 –; es decir, no cuenta con garantía ni con aprobación por resolución del Titular de la Entidad, conforme a lo establecido en el numeral 160.2 del artículo 160 del Reglamento de la Ley;



Que, en tal sentido, estamos frente a la ejecución de una prestación adicional al Contrato N° 007-GAL-EMMSA-2020, motivado por la suscripción de la Adenda N° 02 al Contrato N° 004-GAL-EMMSA-2020, en la que se acordó ampliar el plazo de ejecución de la obra Construcción del Pabellón B3 – Pavimentación en el GMML, hasta el 9 de febrero de 2021;



Que, es claro que la incertidumbre radica en la viabilidad o no de efectuar el pago de las valorizaciones N°s 6 y 7, referidas al adicional de la supervisión de obra por el periodo comprendido desde el 22 al 31 de enero de 2021 y el 1 al 28 de febrero de 2021, respectivamente, las cuales no cuentan con la Resolución del Titular de la Entidad que las apruebe, tampoco con la garantía que las afiance ni con las adendas correspondientes;

Que, sobre el particular, los numerales 157.1 y 157.3 del artículo 157° del Reglamento de la Ley, establecen lo siguiente:



"Artículo 157°. Adicionales y Reducciones

157.1 Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales (...)
(...)

157.3 En caso de adicionales corresponde que el contratista aumente de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado, debiendo entregar la actualización del valor de la garantía correspondiente en el plazo máximo de ocho (8) días hábiles de ordenada la prestación adicional (...)". (El énfasis es nuestro).



Que, para la ejecución de una prestación adicional es necesario que previamente se haya emitido el acto administrativo que lo apruebe (Resolución del Titular de la Entidad), para luego de ello – en el plazo de ocho (8) días hábiles – el contratista (SIGRAL S.A.) aumente en forma proporcional la garantía que hubiere otorgado, formalizándose dicha situación con la suscripción de la correspondiente adenda;



Que, por su parte, la Subgerencia de Infraestructura y Mantenimiento, a través del Informe N° 140-2021-EMMSA-SGIM, indica que *el contrato de supervisión de obra es un contrato vinculado al contrato de obra y que según el TULO de la Ley es posible su extensión, siendo que en razón a ello, debió emitirse la correspondiente resolución para que de acuerdo a los artículos 186° y 187° del Reglamento de la Ley, se pueda contar con un supervisor que de manera permanente controle los trabajos efectuados por el contratista;*

supuesto contemplado en la Opinión N° 154-2019/DTN, que ha sido a su vez recogida en el Informe Técnico N° 003-2021-SGEP-JMPR, en la medida que no se cumplen con los requisitos que prescribe dicha opinión; por el contrario, el hacerlo implicaría soterrar la evidente negligencia por parte de los funcionarios responsables de tramitar oportunamente la aprobación del adicional de supervisión de obra;

Que, asimismo, la Gerencia de Asesoría Jurídica a través de los Informes N°s 051 y 057-GAJ-EMMSA-2021, indica que solo es viable reconocerle a SIGRAL S.A. una indemnización, en la medida que EMMSA se ha beneficiado de las prestaciones ejecutadas por aquel, siempre y cuando concurren los elementos para la configuración del enriquecimiento sin causa contemplado en el artículo 1954 del Código Civil, el cual señala lo siguiente: *“aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”*.



Que al respecto, el OSCE, a través de su Dirección Técnica Normativa ha emitido la Opinión N° 199-2018/DTN en la que textualmente indica lo siguiente:



*“(...) esta Dirección Técnico Especializada mediante diversas opiniones ha desarrollado los elementos que deben concurrir para que se configure un enriquecimiento sin causa, los que a saber son: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial (como puede ser la **ausencia de contrato**); y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor.*



*Así, de acuerdo a lo establecido artículo 1954 del Código Civil, la Entidad– en una decisión de su exclusiva responsabilidad– podría reconocerle al proveedor una suma determinada **a modo de indemnización** por haberse beneficiado de las prestaciones ejecutadas por este, en ausencia de un contrato válido para la normativa de Contrataciones del Estado; siempre - claro está - que hayan concurrido los elementos necesarios para la configuración del **enriquecimiento sin causa**. (...)(El énfasis es nuestro).*



Que, de la información vertida en los actuados, se observa la concurrencia de los siguientes elementos:



- a. **El enriquecimiento de la entidad y el empobrecimiento del proveedor:** Esto quiere decir, que EMMSA ha obtenido algún beneficio, en este caso la ejecución de la prestación por parte del proveedor, lo cual constituye una ventaja (cuantificable económicamente) frente al impago por dicha actividad, que trae como consecuencia un detrimento para SIGRAL S.A., quien se ve afectado ante la falta de retribución. Así, se desprende del Informe N° 0086-2021-EMMSA-SGIM de la Subgerencia de Infraestructura y Mantenimiento e Informe N° 134-SGLO-GAF-EMMSA-2021, en

atención a la Carta N° JC-21-039-22716, de fecha 5 de febrero de 2021 de SIGRAL. De igual manera, se evidencia de la Carta N° JC-21-058-22716, de fecha 3 de marzo de 2021 y del Informe N° 185-SGLO-GAF-EMMSA-2021;

b. **La existencia de conexión entre el enriquecimiento de la entidad y el empobrecimiento del proveedor:** Este elemento se encuentra directamente vinculado con el anterior, dada la existencia de un desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a EMMSA, la cual está materializada en la ejecución de la prestación por parte de SIGRAL S.A.;



c. **La falta de una causa jurídica para la transferencia patrimonial:** Al respecto, se evidencia la falta de un instrumento contractual, tal como corresponde, una adenda que contenga los alcances, derechos, obligaciones, plazo y retribución de las actividades relacionadas con la ejecución de la supervisión de la obra denominada Construcción del Pabellón B3 – Pavimentación en el GMML. Esto, como consecuencia de la falta de autorizaciones conforme a la normatividad vigente; es decir, la inexistencia de una resolución emitida por el Titular de la Entidad que autorice la ampliación de plazo del Contrato N° 007-GAL-EMMSA-2020, y con ello, se suscriba de la mencionada adenda, previa presentación de la garantía correspondiente;



d. **Las prestación ha sido ejecutada de buena fe por el proveedor:** De acuerdo con el artículo 1362 del Código Civil, *los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*, lo cual constituye un principio que presume el correcto actuar del proveedor en la ejecución de su prestación. Ahora, de lo informado por la Subgerencia de Logística, se aprecia que SIGRAL S.A. ha venido desarrollando sus actividades de forma regular;



Que, en atención a los fundamentos glosados y a lo establecido por el OSCE, se aprecia claramente la concurrencia de elementos que constituyen un enriquecimiento indebido por parte de EMMSA, lo cual trae como consecuencia la obligación de indemnizar a la parte afectada (SIGRAL S.A.) por dicha circunstancia, en mérito a lo establecido en el artículo 1954 del Código Civil;



Que, por consiguiente, el pago de las valorizaciones N°s 6 y 7, correspondientes al periodo comprendido desde el 22 al 31 de enero de 2021 así como del 1 al 28 de febrero de 2021, respectivamente; ambas referidas al adicional de la supervisión de obra, solo es viable su reconocimiento a SIGRAL S.A., en calidad de indemnización, en la medida que EMMSA se ha beneficiado de las prestaciones ejecutadas por aquel, y ante la existencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa;

Que, respecto al quantum indemnizatorio por el mérito de los informes precitados y teniéndose en consideración que el planteamiento de la incertidumbre jurídica, radica en la viabilidad o no de efectuar el pago de las valorizaciones N°s 6 y 7, se estima que es de S/ 132,396.24 (Ciento Treinta y Dos Mil Trescientos Noventa y Seis con 24/100 Soles), conforme al siguiente detalle:



VALORIZACIÓN	PERIODO	MONTO (SOLES)
6	22 al 31 de enero de 2021	S/34,873.31
7	1 al 9 de febrero de 2021	S/ 31,346.65
	10 al 28 de febrero de 2021	S/ 66,176.28
TOTAL		S/ 132,396.24

Que, dicho monto deberá ser corroborado por el área usuaria, dado que dicha unidad orgánica es la que tiene pleno conocimiento respecto a la contraprestación por el servicio de Supervisión correspondiente al mencionado adicional;

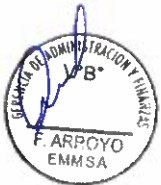
Que, de acuerdo a lo expuesto, resulta pertinente emitir el acto administrativo que corresponde;

Contando con las visaciones de la Subgerencia de Infraestructura y Mantenimiento; la Gerencia de Proyectos de Desarrollo e Infraestructura; la Subgerencia de Logística; la Gerencia de Administración y Finanzas; y, la Gerencia de Asesoría Jurídica, en el marco de sus respectiva competencias funcionales; y estando a las facultades conferidas a la Gerencia General;



SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- APROBAR el pago de **S/ 132,396.24 (Ciento Treinta y Dos Mil Trescientos Noventa y Seis con 24/100 Soles)**, a favor de la empresa SIGRAL S.A., en calidad de indemnización por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, por la prestación adicional al servicio de Supervisión de la Obra de Construcción del Pabellón B3 – Pavimentación en el Gran Mercado Mayorista de Lima.



ARTÍCULO SEGUNDO.- ENCARGAR a la Gerencia de Administración y Finanzas el cumplimiento de la presente resolución, en el ámbito de sus competencias.

ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFICAR la presente resolución a la empresa SIGRAL S.A. y poner en su conocimiento que debe remitir la Carta Fianza respectiva, en el marco de lo establecido en el numeral 157.3 del artículo 157 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF.



ARTÍCULO CUARTO.- DISPONER que la Subgerencia de Recursos Humanos inicie las acciones conducentes para el deslinde de responsabilidades por la prestación del servicio de Supervisión de la Obra de Construcción del Pabellón B3 - Pavimentación en el Gran Mercado Mayorista de Lima, sin contar con la aprobación correspondiente.



ARTÍCULO QUINTO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el portal de transparencia de EMMSA.

Regístrese, comuníquese y cúmplase

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.


JAIME ADHEMIR GALLEGOS RONDÓN
GERENTE GENERAL