

OPINIÓN N° 004-2022/DTN

Solicitante: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provias Nacional.

Asunto. Adelanto directo en el marco de Directiva N° 005-2020-OSCE-CD

Referencia: Formulario S/N de fecha 17.DIC.2021 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el señor Juan Mireles Cancino, formula una consulta referida al otorgamiento de adelantos directos en el marco de la aplicación de la Directiva N°005-2020-OSCE-CD

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus sucesivas modificatorias.
- **“Directiva”** a la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, que establece “Alcances y disposiciones para la reactivación de obras públicas y contratos de supervisión, en el marco de la segunda disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo N° 1486”.

Dirección Técnico Normativa

Opinión

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “Considerando que, se mantiene el estado de emergencia nacional por COVID-19 por tiempo indeterminado, ¿Es factible que el contratista de obra pueda solicitar el Adelanto Directo en el marco del Decreto Legislativo N°1486 y Directiva N°005-2020-OSCE/CD, habiendo transcurrido en exceso el plazo establecido en la referida directiva, y teniendo en cuenta que los contratos de ejecución de obras paralizadas se reiniciaron en agosto 2020? (Sic)

2.1.1. Los adelantos son sumas de dinero que la Entidad puede otorgar al contratista con el fin de que este pueda contar con determinada liquidez que permita la ejecución correcta y oportuna de las prestaciones del contrato.

Si el objeto del contrato consiste en la ejecución de una obra, los adelantos pueden ser directos o para materiales. Según el artículo 180 del Reglamento, siempre que haya estado previsto en los documentos del procedimiento de selección, los adelantos directos y para materiales, en ningún caso pueden exceder el diez por ciento (10%) y veinte por ciento (20%) del monto del contrato original, respectivamente.

Ahora, dado que la presente consulta se encuentra vinculada con el adelanto directo, es preciso detenerse en uno de sus rasgos distintivos; razón por la cual, resulta pertinente mencionar lo establecido en el numeral 176.1 del artículo 176 del Reglamento, el cual regula las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de la obra:

“El inicio del plazo de ejecución de la obra rige desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones: (...) e) Que la Entidad haya otorgado al contratista el adelanto directo, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 181”

Como se puede apreciar, el otorgamiento del adelanto directo se constituye como una condición para el inicio del plazo de ejecución contractual. De esta manera, siempre que se haya cumplido con lo dispuesto en el artículo 181, no será posible iniciar con los trabajos correspondientes a la obra, si el adelanto directo solicitado no ha sido entregado al contratista¹.

En virtud de lo anterior, se puede deducir que **uno de los rasgos típicos del adelanto directo consiste en que se trata de una suma de dinero que la Entidad otorga al contratista con el fin de que este último cuente con la liquidez necesaria para el inicio de la ejecución de la obra**, es decir, para empezar con la ejecución de los trabajos conducentes a realizarla.

¹ A menos que las bases haya previsto que sea obligatoria la constitución de un fideicomiso para la entrega de adelantos. En ese caso, de acuerdo con el numeral 176.3 del Reglamento, no será necesaria la citada condición contemplada en el literal “e” del numeral 176.1 del artículo 176 del Reglamento.

Dirección Técnico Normativa

Opinión

Para finalizar con este apartado es necesario mencionar que, el artículo 181 del Reglamento ha establecido que el adelanto directo se entrega al contratista, siempre que: i) se haya establecido en las bases; ii) el contratista lo haya solicitado dentro de los 8 días siguientes a la suscripción del contrato; iii) se haya adjuntado la garantía correspondiente por un monto idéntico al desembolsado por la Entidad; y iv) se haya adjuntado el comprobante de pago correspondiente.

- 2.1.2. Expuesto lo anterior, corresponde mencionar que, en el contexto de la propagación del COVID-19 en nuestro país, se dictaron normas de carácter excepcional con la finalidad de reactivar los contratos de obra paralizados por efecto de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional. Estas normas excepcionales fueron la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486 y la Directiva N°005-2020-OSCE/CD.

Uno de los elementos centrales de las referidas normas fue la posibilidad de otorgar adelantos excepcionales a los contratistas; ello, bajo el presupuesto de que las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 tuvieron un impacto significativo en sus capacidades económico financieras, situación que ponía en riesgo tanto el oportuno reinicio de las obras paralizadas como la continuación de la ejecución de dichas obras.

Así, respecto de los referidos adelantos excepcionales, el literal e) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486, estableció lo siguiente:

“A solicitud del ejecutor de obra, la Entidad otorga adelantos directos hasta el 15% del monto original, y adelantos para materiales hasta el 25% del contrato original, en los siguientes casos:

- *Contratos donde no se hubiera previsto la entrega de adelantos.*
- *Contratos donde aún no se hubieran entregado los adelantos.*
- *Contratos en donde ya se hubiera otorgado adelantos. En este caso se otorga la diferencia hasta alcanzar los porcentajes indicados precedentemente. En caso el ejecutor de obra solicite adelantos, debe acompañar la garantía por el mismo monto solicitado”*

Dentro del marco legal citado, la Directiva N°005-2020-OSCE/CD regula el procedimiento para la solicitud y entrega de los adelantos. Respecto de los directos (En adelante “adelanto directo excepcional”), establece, en su numeral 8.3.1: “*En el caso del adelanto directo: El Ejecutor de Obra debe presentar su solicitud dentro de los ocho (8) días calendario siguientes de la aprobación de la ampliación excepcional de plazo”*

Como se aprecia, la Directiva establece que la entrega del adelanto directo excepcional se realiza dentro de los 8 días siguientes a la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo; ello, sin perjuicio, del cumplimiento del resto

Dirección Técnico Normativa

Opinión

de condiciones, tales como, la presentación de una garantía por idéntico monto y del comprobante de pago correspondiente.

No obstante, esta Dirección mediante Opinión N°069-2020/DTN concluyó lo siguiente: *“Considerando que las disposiciones previstas en la Directiva se enmarcan en lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N°1486, que regula el otorgamiento del adelanto directo como un mecanismo excepcional que coadyuve a la reactivación de los contratos de ejecución de obra, facilitando al contratista los recursos requeridos para **su reinicio** bajo las medidas sanitarias dispuestas por los sectores competentes, resulta posible que la Entidad pueda hacer entrega de dicho adelanto a solicitud del contratista, aun cuando ésta fuera presentada excediendo el plazo previsto para tal efecto, en atención al objetivo que persigue la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 y a los principios de eficacia y eficiencia, equidad e integridad, establecidos en el artículo 2 de la Ley.”* (El resaltado es agregado)

Como se advierte, en interpretación de la finalidad de la entrega del adelanto directo excepcional en el marco de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L N°1486, esto es, considerando la relevancia de su otorgamiento como instrumento económico financiero para el reiniciar oportunamente aquellas obras paralizadas por situaciones excepcionales e inéditas como fueron el conjunto de medidas destinadas a evitar la propagación del COVID- 19 en nuestro país, esta Dirección concluyó que era posible que la Entidad pueda otorgar dicho adelanto directo excepcional, aun cuando hubiese sido solicitado fuera de los 8 días a los alude la Directiva.

2.1.3. En ese marco, en relación con la materia de la consulta, se debe mencionar que de la referida conclusión no se infiere que el contratista pueda solicitar la entrega del adelanto excepcional en cualquier momento, sino únicamente mientras este pueda cumplir con la finalidad del adelanto directo dentro del marco de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L N°1486.

Ahora, para definir de mejor forma el sentido y finalidad del adelanto directo excepcional es preciso, en un primer momento, considerar la característica típica del adelanto directo como figura jurídica contemplada en la normativa de Contrataciones del Estado. Para tal efecto, es preciso reiterar conforme a lo señalado en el numeral 2.1.1 de la presente opinión, que el sentido del adelanto directo en el Reglamento es dotar de determinada liquidez al contratista, a fin de que este pueda iniciar con los trabajos correspondientes a la ejecución de la obra.

Bajo esta consideración, dada la finalidad de las normas excepcionales para la reactivación de obras públicas, se puede afirmar que el adelanto directo excepcional tiene por finalidad dotar al contratista de determinada liquidez para que este cuente con las capacidades económico financieras que permitan **el reinicio de la obra**, tras la paralización ocasionada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional destinada a evitar la propagación del COVID-19. Siendo así, no podría otorgarse dicho adelanto directo excepcional al contratista, cuando este haya sido solicitado

Dirección Técnico Normativa

Opinión

de manera posterior al reinicio del plazo de ejecución contractual, pues en tal circunstancia, al haberse reiniciado los trabajos de la obra, ya no cumpliría su finalidad.

3. CONCLUSIÓN

Dada la finalidad de las normas excepcionales para la reactivación de obras públicas (Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486 y Directiva N°005- 2020-OSCE-CD), se puede afirmar que el adelanto directo excepcional tiene por finalidad dotar al contratista de determinada liquidez para que este cuente con las capacidades económico financieras que permitan **el reinicio de la obra**, tras la paralización ocasionada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional destinada a evitar la propagación del COVID-19. Siendo así, no podría otorgársele dicho adelanto directo excepcional al contratista, cuando este haya sido solicitado de manera posterior al reinicio del plazo de ejecución contractual, pues en tal circunstancia, al haberse reiniciado los trabajos de la obra, ya no cumpliría su finalidad.

Jesús María, 17 de enero de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/.