

OPINIÓN N° 006-2021/DTN

Entidad: Universidad Nacional de Moquegua

Asunto: Aplicación de Directiva N° 005-2020-OSCE/CD

Referencia: Formulario S/N de fecha 17.NOV.2020 - Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Director General de Administración de la Universidad Nacional de Moquegua formula varias consultas relacionadas con la aplicación de 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 sus modificatorias.

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

2. CONSULTAS¹ 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.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, determinándose que las consultas N° 1 no solicita un análisis interpretativo sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que solicitan que se califique determinados conceptos como costos directos o gastos generales; cuestión que debe ser definida por la Entidad a partir de la evaluación de los elementos que constituyen el caso materia de análisis. Considerando lo señalado, se atenderá sólo las consultas N° 2, 3 y 4.

- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N° 250-2020-EF.
- “**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”.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “La Directiva 05-2020-OSCE, establece que la solicitud de ampliación de plazo excepcional que presentará el Ejecutor de Obra debe cuantificar “(...) los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales variables en que se haya incurrido o que se hayan devengado durante el periodo en que la obra se encontró paralizada debido a la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, y que sean consecuencia de ésta (...)”

Al respecto, cuando la mencionada directiva indica el término “gastos generales variables” ¿Debe entenderse como todos los componentes de los gastos variables o solo aquellos debidamente “justificados” y “acreditados”? ¿Cuál es el alcance teórico y práctico que tiene el término “devengado” indicado en la directiva?”

2.1.1 La Directiva establece –entre otros aspectos- un conjunto de normas que abarcan aquellos conceptos económicos que podrían ser reconocidos en favor del contratista con ocasión de una solicitud excepcional de ampliación de plazo, cursada como consecuencia del impacto de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID-19; ello con el fin de mantener el equilibrio económico financiero y alcanzar la finalidad del contrato.

Es así que, de acuerdo con el numeral 7.2.3 de la Directiva, el contratista al momento de presentar su solicitud excepcional de ampliación de plazo puede cuantificar determinados conceptos económicos. A continuación, se cita el texto del referido dispositivo:

“7.2.3 (...) la solicitud de ampliación de plazo excepcional que presentará el Ejecutor de Obra debe cuantificar:

- a) Los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales variables en que se haya incurrido o que se hayan devengado durante el periodo en que la obra se encontró paralizada debido a la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, y que sean consecuencia de ésta. Estos costos directos y gastos generales se calcularán en base a lo previsto en la oferta por tales conceptos, debiendo adjuntar los documentos que acrediten fehacientemente que se incurrió en éstos.***
- b) Los costos por la elaboración de los documentos exigidos por los sectores competentes para la prevención y control del COVID-19, y por las adecuaciones y adaptaciones de los ambientes de trabajo, en caso sean***

necesarias, debidamente sustentados.

- c) *Los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales en los que se incurrirá por la re-movilización de personal y equipos, debidamente sustentados.*”

7.2.4. Para el pago los costos y gastos generales se sustentan mediante facturas, boletas de pago u otros documentos que permitan acreditar fehacientemente haber incurrido en aquellos” (El resaltado es agregado)

Como se aprecia, la Directiva establece de forma clara que, para el reconocimiento y pago de los costos directos y gastos generales variables efectivamente incurridos durante el periodo de paralización generada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, éstos deben tener como condición estar justificados y acreditados de manera fehaciente.

- 2.1.2 Respecto de la segunda parte de la pregunta, corresponde mencionar que el literal a) del numeral 7.2.3 de la Directiva establece que en la solicitud de ampliación excepcional de plazo no sólo se pueden requerir el reconocimiento de aquellos costos directos y gastos generales incurridos durante la paralización generada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, sino también aquellos que se hubiesen **devengado**². Es decir, el contratista no sólo podrá incluir aquellos costos o gastos generales en los que efectivamente incurrió, sino también sus obligaciones ciertas pendientes de pago³, que se encuentren vinculadas con la paralización de la obra generadas como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional. A modo de ejemplo de gasto devengado, se podría mencionar el costo del servicio de seguridad de la obra, que habiéndose prestado efectivamente durante el periodo de paralización, no pudo ser pagado en dicha oportunidad.

Mencionado lo anterior, es preciso aclarar que, independientemente de lo que hubiese requerido el contratista en la solicitud excepcional de ampliación de plazo (costos incurridos o devengados), de acuerdo con el numeral 7.2.4. de la Directiva, **para el pago** de los conceptos económicos que se exijan en mérito a los literales a), b) y c) del numeral 7.2.3., el contratista –de manera previa- **deberá** acreditar fehacientemente que incurrió efectivamente en aquellos.

- 2.2 “En relación a la consulta anterior, a fin de que el contratista (ejecutor o supervisor) solicite el reconocimiento de gastos efectuados durante el “periodo de paralización” por el estado de emergencia ¿Es necesario (requisito) que los comprobantes de pago con los que solicita el reconocimiento de gastos efectuados hayan sido cancelados o por lo menos “emitidos” durante el periodo de paralización? ¿El contratista puede solicitar el reconocimiento de gastos con**

² “DEVENGAR: Hacer de uno alguna cosa mereciéndola. Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos. Se dice así que se devengan costas, honorarios, sueldos, etc. (...)”. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Undécima edición. Buenos Aires, 1993.

³ Cabe anotar que la obligación se encuentra pendiente de pago, porque ya se ejecutó la prestación en favor del contratista y la obra.

comprobantes de pago girados en fecha posterior al periodo de paralización?”.

- 2.2.1 Sobre el particular, corresponde reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos o casos concretos. Sin perjuicio de ello, a continuación, se desarrollarán alcances generales respecto de la consulta planteada.

Como se mencionó al responder la pregunta anterior, los literales a), b) y c) del numeral 7.2.3 de la Directiva establecen los conceptos económicos, cuyo reconocimiento puede ser solicitado por el contratista en el marco de la solicitud excepcional de ampliación de plazo. Ahora, se advierte que la presente consulta se encuentra referida al reconocimiento de aquellos costos directos y gastos generales incurridos o devengados durante el periodo de paralización, es decir, sobre los conceptos a los que alude el literal a).

Sobre el particular, es preciso reiterar que –en la solicitud excepcional de ampliación de plazo- no sólo se podrán incluir aquellos costos o gastos generales efectivamente incurridos, sino también aquellos **devengados**.

Como se aprecia, la Directiva asume que es posible que el contratista hubiese contraído determinadas obligaciones ciertas vinculadas con la paralización generada por el Estado de Emergencia Nacional, pero que no hubiesen podido ser pagadas en dicho momento. Estos devengados –según la Directiva- pueden ser incluidos en la solicitud excepcional de ampliación de plazo; no obstante, para que la Entidad los asuma, el contratista –de manera posterior a la solicitud de ampliación excepcional, pero de manera previa al pago- deberá acreditar que efectivamente incurrió en el gasto.

De lo expuesto se desprende que no es requisito indispensable que los comprobantes de pago con los que el contratista solicita el reconocimiento de gastos hayan sido cancelados o emitidos durante el periodo de paralización, puesto que es posible que el contratista tuviese determinadas obligaciones ciertas vinculadas con la paralización generada por el Estado de Emergencia Nacional, pero que no hubiesen podido ser pagadas por éste en dicho momento; lo que sí deberá demostrarse –a efectos del pago por parte de la Entidad- es que se incurrió efectivamente en el gasto y que necesariamente éste sea consecuencia del periodo de paralización generado por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional.

- 2.3 *“Teniendo en consideración que la normativa laboral emitida durante el estado de emergencia sanitaria ha establecido que los empleadores estaban en la obligación de continuar con el pago a sus trabajadores en planilla, ¿Es posible reconocer al contratista (ejecutor o supervisor) boletas de pago (remuneraciones) correspondientes a todos los meses de “paralización de obra” por el estado de emergencia, pese a que en realidad estos pagos no han sido realizados en su oportunidad, y solo se pretende regularizar el pago a sus trabajadores aprovechando la emisión de la directiva emitida por el OSCE?”.*

De manera previa, es necesario anotar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas a la interpretación del sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado. En tal medida, no puede emitir opinión respecto del alcance de disposiciones de carácter laboral dictadas por las autoridades competentes; máxime cuando dichas disposiciones podrían alcanzar a las empresas en su calidad de empleadoras y no como contratistas dentro de un contrato suscrito al amparo de la normativa de Contrataciones del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso reiterar que no es requisito indispensable que los comprobantes de pago con los que el contratista solicita el reconocimiento de costos directos o gastos generales hayan sido cancelados o emitidos durante el periodo de paralización, puesto que es posible que el contratista tuviese determinadas obligaciones ciertas vinculadas con la paralización generada por el Estado de Emergencia Nacional, pero que no hubiesen podido ser pagadas por éste en dicho momento; lo que sí deberá demostrarse –a efectos del pago por parte de la Entidad- es que se incurrió efectivamente en el gasto y que necesariamente éste sea consecuencia del periodo de paralización generado por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional.

3. CONCLUSIONES

3.1 La Directiva establece que, para el reconocimiento y pago de los costos directos y gastos generales variables efectivamente incurridos durante el periodo de paralización generada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, éstos deben tener como condición estar justificados y acreditados de manera fehaciente.

3.2. El literal a) del numeral 7.2.3 de la Directiva establece que en la solicitud de ampliación excepcional de plazo no sólo se pueden requerir el reconocimiento de aquellos costos directos y gastos generales incurridos durante la paralización generada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, sino también aquellos que se hubiesen **devengado**⁴. Es decir, no sólo se podrán incluir aquellos costos o gastos generales efectivamente incurridos, sino también aquellas obligaciones ciertas pendientes de pago por parte del contratista, que se encuentren vinculadas con la paralización de la obra generadas como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional. Independientemente de lo que hubiese requerido el contratista en la solicitud excepcional de ampliación de plazo (costos incurridos o devengados), de acuerdo con el numeral 7.2.4. de la Directiva, **para el pago** de los conceptos económicos que se exijan en mérito a los literales a), b) y c) del numeral 7.2.3., el contratista –de manera previa a dicho pago- deberá acreditar fehacientemente que incurrió efectivamente en aquellos.

3.3 No es requisito indispensable que los comprobantes de pago con los que el contratista solicita el reconocimiento de gastos hayan sido cancelados o emitidos

⁴ “DEVENGAR: Hacer de uno alguna cosa mereciéndola. Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos. Se dice así que se devengan costas, honorarios, sueldos, etc. (...)”. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Undécima edición. Buenos Aires, 1993.

durante el periodo de paralización, puesto que es posible que el contratista tuviese determinadas obligaciones ciertas vinculadas con la paralización generada por el Estado de Emergencia Nacional, pero que no hubiesen podido ser pagadas por éste en dicho momento; lo que sí deberá demostrarse –a efectos del pago por parte de la Entidad- es que se incurrió efectivamente en el gasto y que éste se encuentra vinculado con el periodo de paralización generado por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional.

Jesús María, 19 de enero de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/gda.