

OPINIÓN N° 024-2022/DTN

Solicitante: IDP Ingeniería y arquitectura Iberia S.L. – Sucursal del Perú

Asunto: Alcance del numeral 158.5 del artículo 158 del Reglamento

Referencia: Formulario S/N de fecha 11.MAR.2022 – Consulta del Sector Privado sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante legal de IDP Ingeniería y arquitectura Iberia S.L. – Sucursal del Perú, el señor Miguel Anguita Giménez, formula consulta relacionada con el alcance del numeral 158.5 del artículo 158 del Reglamento.

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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

- 2.1. “(...) ¿CUÁL ES LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 158, NUMERAL 158.5 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES RESPECTO A LA ACREDITACIÓN DE LOS MAYORES GASTOS POR AMPLIACIÓN DE PLAZO EN LOS CONTRATOS DE CONSULTORÍA DE OBRA? ¿ES IMPERATIVO QUE SE ACREDITE EL GASTO GENERAL Y UTILIDAD CUANDO LA NORMATIVA SOLO PRESCRIBE ESTO PARA EL COSTO DIRECTO? ¿SE PUEDE EXIGIR ACREDITACIONES ADICIONALES A**

LAS IMPUESTAS POR LEY?” (Sic)

- 2.1.1. En principio, debe indicarse que durante la ejecución de los contratos celebrados al amparo de la normativa de Contrataciones del Estado¹ pueden surgir eventos que ocasionan atrasos y paralizaciones, ajenos a la voluntad de las partes y debidamente comprobados, que modifican el plazo contractual. En ese contexto, el numeral 34.9 del artículo 34² de la Ley establece que el contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado según lo dispuesto en el Reglamento.

Al respecto, tratándose de las contrataciones de bienes y **servicios**, el artículo 158 del Reglamento establece que la ampliación de plazo contractual procede cuando: (i) se aprueba la ejecución de una prestación adicional, siempre y cuando ésta afecte el plazo; y, (ii) por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.

En ese sentido, la ampliación del plazo de ejecución contractual es un supuesto de modificación contractual que implica la variación del plazo de ejecución contractual, es decir, la Entidad le otorga al contratista un mayor plazo —al originalmente pactado en el contrato— para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por causas no imputables a éste (relacionadas con los supuestos mencionados en el párrafo anterior).

- 2.1.2. Realizadas las precisiones anteriores, y en atención al tenor de la consulta formulada, cabe señalar que el numeral 158.5 del artículo 158 del Reglamento establece lo siguiente:

“Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios en general y consultoría en general dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, se paga al contratista el gasto general y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.” (El énfasis es agregado)

Como se aprecia, el citado artículo dispone que la ampliación de plazo contractual genera el reconocimiento y pago de ciertos conceptos económicos, tales como los gastos generales, costo directo y la utilidad; estos tres, específicamente, tratándose de contratos de consultoría de obra.

Al respecto, cabe anotar que el Anexo de Definiciones del Reglamento, define a los gastos generales como ***“Aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio”***. (El énfasis es agregado).

En relación con lo anterior, debe precisarse que dichos gastos generales se clasifican

¹ Dicha normativa se encuentra compuesta por la Ley, su Reglamento y las normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

² ***“El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifique el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento”***.

de la siguiente manera: a) gastos generales fijos, que son aquellos que **no** se encuentran relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista; y, b) gastos generales variables, los cuales están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.

De esta manera, se advierte que los gastos generales—fijos o variables—que establece la normativa de Contrataciones del Estado **son costos indirectos** en los que el contratista incurre al ejecutar determinada prestación, lo cual implica que deben ser considerados en la oferta que cada postor formula al participar en un procedimiento de selección para contratar con el Estado, dado que pueden tener incidencia en el costo total de la prestación a contratar.

Por su parte, en cuanto a los conceptos de costo directo y utilidad³, respectivamente, si bien la normativa de contrataciones no establece su definición, se colige que el primero comprende aquellos conceptos directamente relacionados con la ejecución de la prestación a cargo del contratista, como por ejemplo serían los equipos, materiales, mano de obra, entre otros según corresponda al objeto del contrato; por su parte, la utilidad, constituye la ganancia que supone la ejecución de dicha contratación y que el contratista tiene la expectativa de percibir como resultado económico⁴.

Ahora bien, en relación con los mencionados conceptos económicos (gastos generales, costo directo y utilidad) que derivan de la aprobación de una ampliación de plazo en el marco de un contrato de consultoría de obras, corresponde determinar si todos ellos deben –o no– ser acreditados por el contratista como condición para su respectivo reconocimiento y pago a cargo de la Entidad; para ello, resulta indispensable interpretar el sentido de lo dispuesto en el numeral 158.5 del artículo 158 del Reglamento.

Al respecto, cabe anotar que el “método literal” es el primero a considerar necesariamente en el proceso interpretativo, toda vez que decodifica el contenido normativo que quiso comunicar el legislador que dictó la norma; no obstante, dicho método suele actuar (implícitamente o explícitamente) ligado a otro método **para tener el verdadero sentido de la interpretación**; en tal sentido, **el método literal, por sí mismo, puede resultar insuficiente**⁵.

Así, de la sola lectura del numeral 158.5 del artículo 158 del Reglamento no es posible dilucidar qué conceptos económicos debe acreditar el contratista consultor de obra, para su reconocimiento y pago, pues si bien la primera parte de dicho dispositivo establece que para tales efectos los gastos generales deben estar debidamente

³ La Real Academia Española define a la utilidad como el “*Provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo.*”

Fuente: <https://dle.rae.es/utilidad>

⁴ En concordancia con lo señalado en diferentes opiniones, tales como la N° 141-2017/DTN, 165-2019/DTN y 014-2014/DTN, entre otras.

⁵ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho Fondo Editorial PUCP, décimo décima edición, 2009; página 239.

acreditados, la segunda parte que precisa el tratamiento específico para el caso de consultoría de obras dispone que el costo directo debe estar debidamente acreditado, pero no se refiere –nuevamente- a la necesidad de acreditar los gastos generales, y tampoco establece que la utilidad del contratista deba acreditarse.

Ante tal disyuntiva, resulta pertinente recurrir al método interpretativo de la “Ratio Legis”, que se basa en la razón de ser de la norma jurídica; dicho método, consecuentemente, otorga significado a partir de la precisión de la razón de ser de la norma que es materia de análisis⁶.

En esa medida, de lo dispuesto en el numeral 158.5 del Reglamento puede desprenderse que los gastos generales y el costo directo, derivados de una ampliación de plazo en contratos de consultoría de obra, son conceptos económicos en los que el contratista deberá incurrir necesariamente para ejecutar la prestación respectiva y que están vinculados directamente con dicha ampliación de plazo; razón por la cual, se advierte que el sentido de la norma en mención es que, para su reconocimiento y pago respectivo, ambos conceptos deban encontrarse debidamente acreditados (criterio que, además, coincide con el sentido histórico de la norma, pues en anteriores reglamentos, como el del Decreto Legislativo N° 1017, también se establecía que los gastos generales derivados de ampliaciones de plazo, para su pago, debían estar debidamente acreditados)⁷

En relación con lo anterior, debe considerarse que dicho criterio resulta coherente con los principios⁸ que rigen todo proceso de contratación estatal, especialmente con el principio de equidad⁹, en virtud del cual, las prestaciones y derechos de las partes deben guardar **una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad**, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general; en ese sentido, resulta coherente que el costo directo y los gastos generales que implican ejecutar las prestaciones en una consultoría de obra, derivados de una ampliación de plazo, deban ser acreditados por el contratista, para su reconocimiento y pago, respectivamente.

Asimismo, debe indicarse que, a diferencia del tratamiento que corresponde por la naturaleza de los conceptos de costo directo y gastos generales, conforme a lo antes

⁶ Ídem.

⁷ Conforme a lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 175 del anterior Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (actualmente derogado).

⁸ El artículo 2 de la Ley dispone que las contrataciones públicas se desarrollan con fundamento en los principios de: “(...) **f) Eficacia y Eficiencia.** *El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, **garantizando la efectiva y oportuna satisfacción** de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como **del interés público**, bajo condiciones de calidad y con el **mejor uso de los recursos públicos.** //j) *La conducta de los participantes en cualquier etapa del proceso de contratación **está guiada por la honestidad y veracidad**, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna. (...)*” (El énfasis es agregado)*

⁹ Contemplado en el literal i) del artículo 2 de la Ley.

mencionado, se advierte que el numeral 158.5 del artículo 158 del Reglamento no exige la acreditación de la utilidad, como condición para su reconocimiento y pago, lo cual resulta acorde con la naturaleza de éste último concepto económico, pues su incidencia no podría verificarse fehacientemente sino sólo después de haber percibido el resultado o ganancia que espera obtener el contratista consultor de obra.

- 2.1.3. Por lo expuesto, se advierte que conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, la aprobación de una ampliación de plazo en contratos de consultoría de obra genera el reconocimiento y pago de gastos generales, costo directo y la utilidad, respectivamente; para tales efectos, se colige que los gastos generales y el costo directo deben encontrarse debidamente acreditados, a diferencia de la utilidad, pues para éste último concepto económico el numeral 158.5 del artículo 158 no exige dicha acreditación.
- 2.1.4. Finalmente, cabe agregar que en virtud del principio de equidad -según el cual las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad- la acreditación de los conceptos económicos antes mencionados resulta acorde con el espíritu de la norma, por lo que exigir dicha acreditación no supondría una trasgresión a la normativa de contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIÓN

Conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, la aprobación de una ampliación de plazo en contratos de consultoría de obras genera el reconocimiento y pago de gastos generales, costo directo y la utilidad, respectivamente; para tales efectos, se colige que los gastos generales y el costo directo deben encontrarse debidamente acreditados, a diferencia de la utilidad, pues para éste último concepto económico el numeral 158.5 del artículo 158 no exige dicha acreditación.

Jesús María, 5 de abril de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/gms