

OPINIÓN N° 060-2021/DTN

Solicitante: Programa Agua Segura para Lima y Callao

Asunto: Otorgamiento de adelantos como medida excepcional conforme al Decreto Legislativo N° 1486 y la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD

Referencia: Formulario de Solicitud de Consulta de fecha 29.ABR.2021

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora Diana Jáuregui Scarsi, Directora de Administración del Programa Agua Segura para Lima y Callao, formula consultas sobre los adelantos que se otorgan de manera excepcional al amparo de lo dispuesto por el literal e) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 y conforme al procedimiento prevista en 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 en términos genéricos y vinculadas 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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado modificada mediante Decreto Legislativo N° 1341.

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 del OSCE “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que de las cuatro (4) consultas formuladas, la última no cumple con ser una consulta genérica, pues versa sobre un supuesto particular, en el que el contratista habría solicitado el adelanto para materiales “en razón a otorgamientos de prestaciones adicionales de obra que no corresponden a actividades para el reinicio de la ejecución de la obra” y en fechas posteriores a la oportunidad que correspondía según el calendario de avance de obra actualizado y el nuevo calendario de adquisición de materiales y de utilización de equipos; al respecto, se solicita que este despacho determine si corresponde o no al contratista acreditar cómo usará los recursos otorgados en calidad de adelantos para materiales, en relación con el reinicio de la ejecución de obra paralizada; análisis que excede la competencia conferida a este despacho a través del literal n) de artículo 52 de la Ley, pues las Opiniones que emite esta Dirección no pueden referirse a situaciones particulares o casos concretos. Por tanto, dicha consulta no podrá ser atendida en el marco de la presente Opinión.

- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-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, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “Tomando en cuenta lo establecido en el literal e) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486, respecto al otorgamiento de adelantos directos ¿Es procedente, que luego de haber sido otorgado el adelanto directo excepcional sin llegar a cubrir el 25% del monto del contrato original, se puede otorgar nuevamente adelantos fraccionados considerando que estas solicitudes se encuentran fuera del plazo establecido en la Directiva 05-2020-OSCE/DTN?”

2.1.1 De manera previa, 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 y sin hacer alusión a casos concretos o particulares. puesto que excedería las competencias conferidas a esta Dirección Técnico Normativa a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

En consideración el tenor de la presente consulta, a continuación se brindarán alcances generales sobre el mecanismo excepcional, dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 y la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD.

2.1.2 En ese contexto, cabe anotar que en el marco del Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus modificatorias, se produjo la paralización de contrataciones suscritas bajo el ámbito del régimen general de contrataciones del Estado, afectando la ejecución de distintas actividades económicas, así como la ejecución de obras públicas.

Ante lo sucedido, se publicó el Decreto Legislativo N° 1486, “*Decreto Legislativo que establece Disposiciones para mejorar y optimizar la ejecución de las inversiones públicas*”, en cuya Segunda Disposición Complementaria Transitoria se establecen mecanismos excepcionales para la reactivación de obras públicas y sus respectivos contratos de supervisión, dentro de los cuales se contempló el otorgamiento excepcional de **adelantos**.

Ahora bien, en relación con el **otorgamiento excepcional de adelantos directos**, el literal e) de la referida disposición establece que, a solicitud del ejecutor de obra, la Entidad otorga dichos adelantos por un porcentaje máximo equivalente al **15% (quince por ciento)** del monto del contrato original, en los siguientes tres casos:

- i) Tratándose de contratos donde no se hubiera previsto la entrega de adelantos.
- ii) En contratos donde aún no se hubieran entregado los adelantos.
- iii) Tratándose de contratos en donde ya se hubiera otorgado adelantos, **en cuyo caso se otorga la diferencia hasta alcanzar el límite porcentual establecido (esto es, como máximo el quince por ciento del monto del contrato original).**

Al respecto, debe indicarse que según el dispositivo en mención, si el contratista ejecutor de obra solicitaba dicho mecanismo excepcional **debía acompañar su solicitud con la garantía correspondiente** “por el mismo monto solicitado” como adelanto directo.

- 2.1.3 En relación con lo anterior, se advierte que el otorgamiento de los recursos requeridos por el contratista ejecutor de obra en calidad de “adelanto directo” responde a un contexto excepcional, al amparo de lo establecido en el literal e) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486, con el propósito de proporcionar financiamiento y/o liquidez al contratista **para facilitar el reinicio de la ejecución de la obra paralizada a causa del Estado de Emergencia Nacional producido por la propagación del Covid-19.**

Con ese mismo propósito (otorgar de manera excepcional los recursos requeridos por el contratista para facilitar el reinicio de la ejecución de la obra pública paralizada), la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD², 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” (en adelante, la Directiva), **regula el procedimiento para hacer efectiva la solicitud y entrega de dichos adelantos.**

Así, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8.3.1 de la Directiva, **“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”.** (El énfasis es agregado).

Como se aprecia del citado dispositivo, a fin de obtener los recursos requeridos por el contratista para el reinicio de la ejecución de la obra paralizada, **como una medida excepcional** prevista por el literal e) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486, dicho contratista debía presentar su “solicitud de adelanto directo”, que para tal fin podía alcanzar en total³ un monto máximo de hasta el 15% (quince por ciento) respecto del contrato original, conforme a lo dispuesto en el referido literal; debiendo precisar que en esa misma oportunidad también debía acompañar dicha solicitud con la garantía correspondiente “por el mismo monto solicitado”.

² La cual fue emitida y publicada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) conforme al mandato dispuesto en el último párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486.

³ Al respecto, cabe precisar que el literal e) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del DL 1486 permite otorgar, como medida excepcional, el monto diferencial hasta alcanzar el 15 % que establece la norma, en calidad de adelanto directo; es decir, si conforme al régimen general de Contratación se hubiera otorgado recursos al contratista por un monto equivalente al 10% del contrato original, la diferencia hasta la cual dicho contratista podría solicitar el adelanto directo excepcional sería 5%.

Ahora bien, es importante precisar en cuanto a la oportunidad para hacer efectiva la solicitud y, respectivamente, el otorgamiento de dichos recursos –en calidad de adelanto directo-, que **la Directiva ha previsto una sola ocasión para tales efectos, atendiendo a la excepcionalidad de dicha medida prevista en el literal e) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 y a la finalidad que persigue dicho mecanismo excepcional: facilitar el reinicio de la ejecución de la obra pública paralizada con el otorgamiento de los recursos requeridos por el contratista en calidad de adelanto directo.**

Así, respecto al otorgamiento del referido mecanismo excepcional, el numeral 8.3.3 de la Directiva dispone que la Entidad hace entrega al contratista de los recursos requeridos por éste en calidad de adelanto directo, dentro de los siete (7) días calendario, “(...) *contados a partir del día siguiente de recibida la solicitud*” (el énfasis es agregado), la cual debió ser presentada dentro del plazo previsto en el numeral 8.3.1 de la Directiva.

En ese sentido, se advierte que para alcanzar la finalidad que persigue la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486, excepcionalmente, la Entidad otorga en calidad de adelanto directo los recursos requeridos por el contratista, en una sola oportunidad, conforme a lo establecido en los numerales 8.3.1 y 8.3.3 de la Directiva, con el propósito de facilitar el reinicio de la ejecución de las obras públicas paralizadas.

2.1.4. En ese contexto, y en el marco del procedimiento regulado por la Directiva para la solicitud y entrega de adelantos directos, no se ha previsto la posibilidad de otorgar a favor del contratista dichos recursos en distintas oportunidades o de manera “fraccionada”, en consecuencia, en concordancia con los principios de literalidad y de legalidad, dicho ‘fraccionamiento’ resulta inviable; asimismo, es oportuno precisar que el límite porcentual establecido en el literal e) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 **para el otorgamiento del adelanto directo** es el 15% (quince por ciento) respecto del monto del contrato original y no el 25% (veinticinco por ciento) de éste.

2.2. *“¿Es procedente, que luego de haber sido otorgado el adelanto directo excepcional sin llegar a cubrir el 25% del monto del contrato original, se puede otorgar nuevamente adelantos fraccionados considerando que estas solicitudes se encuentran fuera del plazo establecido en la Directiva 05-2020-OSCE/DTN?”*

2.2.1. Conforme la respuesta a la pregunta anterior, cabe reiterar que en el marco del procedimiento regulado por la Directiva para la solicitud y entrega de adelantos directos, no se ha previsto la posibilidad de otorgar a favor del contratista dichos recursos en distintas oportunidades o de manera “fraccionada”, en consecuencia, en concordancia con los principios de literalidad y de legalidad, dicho ‘fraccionamiento’ resulta inviable; asimismo, es oportuno precisar que el límite porcentual establecido en el literal e) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 para el otorgamiento del adelanto directo es el 15% (quince por ciento) respecto del monto del contrato original y no el 25% (veinticinco por ciento) de éste.

2.3. “Tomando en cuenta lo establecido en el 8.3.2 de la Directiva No 005-2020-OSCE/CD, respecto al otorgamiento de adelantos de materiales ¿la entidad puede otorgar adelantos de materiales, en los casos en que las solicitudes correspondientes sean realizadas con posterioridad a las fechas señaladas en el nuevo calendario de adquisición de materiales e insumos vigentes y aprobado por la entidad?”

2.3.1. Sobre el particular, es importante precisar que el otorgamiento de adelanto para materiales e insumos, que regula la Directiva en mención para los fines previstos en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486, tiene por objeto proporcionar, en un mayor porcentaje al previsto en el Reglamento, los recursos requeridos por el contratista ejecutor de obra para que éste pueda abastecerse oportunamente de los elementos necesarios y así ejecutar las actividades a su cargo, conforme a la programación establecida en los calendarios de avance de obra actualizado y de adquisición de materiales y de utilización de equipos, respectivamente.

En ese sentido, respecto a la oportunidad para solicitar los recursos requeridos en calidad de adelanto para materiales e insumos, como uno de los mecanismos excepcionales cuyo procedimiento regula la referida Directiva, ésta establece lo siguiente:

“En el caso del adelanto para la adquisición de materiales e insumos: El Ejecutor de Obra debe presentar su solicitud en la oportunidad que corresponda con el calendario de avance de obra actualizado, y el nuevo calendario de adquisición de materiales y de utilización de equipos”. (El énfasis es agregado)⁴.

Como se advierte del citado dispositivo, la solicitud del adelanto para la adquisición de materiales e insumos debe ser efectuada por el contratista ejecutor de obra oportunamente, en relación con el programa previsto en el calendario de avance de obra actualizado y el calendario de adquisición de materiales y de utilización de equipos; debiendo precisarse que, aun cuando en dichos calendarios no se prevea una fecha específica para efectuar dicha solicitud, no resultaría razonable que ésta fuera presentada en una oportunidad posterior a aquella en la cual se debía contar con los materiales, equipos o insumos requeridos para la ejecución de actividades de obra programadas, pues tal situación supondría la configuración de un retraso en dicha ejecución, que no se condice con la finalidad que persigue el mecanismo excepcional consistente en otorgar “oportunamente” el adelanto para materiales e insumos.

2.3.2. Por las consideraciones expuestas, atendiendo a la finalidad que persigue el mecanismo excepcional consistente en otorgar, “oportunamente” y en un mayor porcentaje al previsto en el Reglamento, el adelanto para materiales e insumos - cuyo procedimiento regula la Directiva conforme a lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486-, para que la Entidad le otorgue dicho adelanto corresponde que el contratista ejecutor de obra cumpla con presentar la solicitud respectiva en la oportunidad que corresponda según los calendarios actualizados de avance de ejecución de obra y de adquisición

⁴ De acuerdo a lo establecido en el numeral 8.3.2 de la Directiva.

de materiales y de utilización de equipos, sin exceder la programación en que debía disponer de dichos recursos para la oportuna ejecución de obra a su cargo.

3. CONCLUSIONES

- 3.1** En el marco del procedimiento regulado por la Directiva para la solicitud y entrega de adelantos directos, no se ha previsto la posibilidad de otorgar a favor del contratista dichos recursos en distintas oportunidades o de manera “fraccionada”, en consecuencia, en concordancia con los principios de literalidad y de legalidad, dicho ‘fraccionamiento’ resulta inviable; asimismo, es oportuno precisar que el límite porcentual establecido en el literal e) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 para el otorgamiento del adelanto directo es el 15% (quince por ciento) respecto del monto del contrato original y no el 25% (veinticinco por ciento) de éste.
- 3.2.** Atendiendo a la finalidad que persigue el mecanismo excepcional consistente en otorgar, “oportunamente” y en un mayor porcentaje al previsto en el Reglamento, el adelanto para materiales e insumos -cuyo procedimiento regula la Directiva conforme a lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486-, para que la Entidad le otorgue dicho adelanto corresponde que el contratista ejecutor de obra cumpla con presentar la solicitud respectiva en la oportunidad que corresponda según los calendarios actualizados de avance de ejecución de obra y de adquisición de materiales y de utilización de equipos, sin exceder la programación en que debía disponer de dichos recursos para la oportuna ejecución de obra a su cargo.

Jesús María, 02 de junio de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA.