

OPINIÓN N° 076-2021/DTN

Solicitante: CROVISA S.A.C.

Asunto: Reconocimiento de Mayores Gastos Generales

Referencia: Formulario S/N de fecha 30.JUN.2021 - Consultas de las Entidades Públicas Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante de la empresa CROVISA S.A.C. formula consultas referidas al reconocimiento de gastos generales.

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

1. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Referencias

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225, vigente 09 de enero de 2016.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, vigente 09 de enero de 2016.
- “**Ley vigente**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento vigente**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ***“Respecto de los mayores gastos generales no pagados aun a la fecha, generados por ampliaciones de plazo por atrasos no atribuibles al contratista, en un contrato suscrito estando vigente el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante DS N° 350-2015-EF aun sin modificaciones, consultamos si estos se deben determinar y pagar según lo establecido en el numeral 199.3 del artículo 199° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, el que dice que “Los mayores gastos generales variables se determinen en función al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario, salvo en los casos de las ampliaciones de plazo que se aprueben para la ejecución de prestaciones adicionales de obra y que tiene calculados en su presupuesto sus propios gastos generales”.*”**

Marco constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo

- 2.1.1 Antes de analizar la regulación concerniente al reconocimiento de mayores gastos generales, es importante tener en claro la forma en que se aplica la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo.

En primer lugar, debe mencionarse que la Constitución, en su artículo 103, señala que *“(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley (...)”*.

Además, debe agregarse que el artículo 109 de la Constitución dispone: *“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”*.

A partir de las mencionadas disposiciones se entiende que, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, en nuestro ordenamiento rige la denominada *teoría de los hechos cumplidos*, es decir que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte¹.

Sobre el particular, es importante señalar que el numeral 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional derivada del Expediente N° 0002-2006-PI/TC dice que *“Diez – Picaso, (...) sostiene que en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad (...)”*.

¹ Sobre el particular, puede consultarse: Rubio Correa, Marcial (2015). *El Título Preliminar del Código Civil*. Undécima Edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 45-69.

En ese sentido, como regla general la ley se aplica a los hechos y situaciones que surjan desde que entra en vigencia y también a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes lo que incluye a aquellas, surgidas bajo la legislación anterior y que aun produzcan efectos, **salvo que la misma ley establezca algún tipo de excepción.**

Aplicación de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo

2.1.2 Tal como se indicó en el numeral anterior, la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, **salvo disposición expresa de la misma ley** que posterga su vigencia en todo o en parte.

Al respecto, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley vigente establece que "*Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente Ley se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria.*" (El subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, la Ley vigente establece una disposición transitoria que tiene por objeto que los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria; permitiéndose de este modo la **aplicación ultractiva de la anterior Ley**, siempre que se haya convocado el respectivo procedimiento de selección bajo dicho marco normativo.

En dicho contexto, la referida disposición transitoria establece la aplicación ultractiva de la anterior normativa de contratación pública, lo que configuraría una excepción a la regla de aplicación inmediata de la ley desde su entrada en vigencia.

Por ende, si la convocatoria de un procedimiento de selección se llevó a cabo durante la vigencia de la anterior Ley y del anterior Reglamento, el desarrollo de dicho procedimiento debe realizarse empleando la anterior normativa, con la finalidad de mantener inalterables las condiciones de selección, generando seguridad jurídica, y así promover una mayor participación de proveedores.

Normativa aplicable al perfeccionamiento del contrato

2.1.3 Tal como se indicó precedentemente, a través de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley vigente se establece la aplicación ultractiva de la anterior Ley, al permitirse que los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria.

Ahora bien, para el perfeccionamiento del contrato debe considerarse la normativa prevista en el desarrollo del procedimiento de selección (que conforme se indicó, toma en consideración la norma vigente al momento de la convocatoria), más aún si conforme a lo indicado en el artículo 116 del anterior Reglamento el contrato estaba conformado por: i) el documento que lo contiene; ii) **los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas**; iii) **la oferta ganadora**; así como los, iv) **documentos derivados del procedimiento de selección**

que establecían obligaciones para las partes, siendo estos documentos elaborados en el marco de la normativa vigente al momento de la convocatoria.

En ese sentido, considerando que el contrato era suscrito conforme a los documentos del proceso de selección, así como el mandato contenido en el artículo 62 de la Constitución, los términos contractuales *-en principio-* no pueden ser modificados².

Por tales motivos, un contrato suscrito bajo los alcances de la normativa anterior, se rige por lo previsto en los documentos que lo conforman, los que provienen del procedimiento de selección al que, a su vez, se aplica la normativa vigente al momento de su convocatoria, ello con el fin de mantener la estabilidad de las situaciones y relaciones jurídicas en curso.

Regulación aplicable al reconocimiento de mayores gastos generales

2.1.4 Respecto a la regulación aplicable al reconocimiento de mayores gastos generales en contratos de obra bajo los alcances de anterior normativa de contrataciones del Estado, esto es, la primera versión de la Ley N° 30225 y del Decreto Supremo N° 350-2015-EF (antes de sus modificatorias) se brindarán las siguientes precisiones.

Durante la ejecución de los contratos celebrados al amparo de la anterior normativa de Contrataciones del Estado podían surgir eventos que ocasionaran atrasos y paralizaciones, ajenos a la voluntad de las partes y debidamente comprobados, que modificaran el plazo contractual. En ese contexto, el numeral 34.5 del artículo 34 de la anterior Ley establecía que el contratista podía solicitar la ampliación del plazo pactado según lo dispuesto en el Reglamento, asimismo, agregaba que de aprobarse la ampliación de plazo deben reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados.

En esa misma línea, el artículo 171 del anterior Reglamento, precisó lo siguiente: *“Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra dan lugar al pago de mayores costos directos y los gastos generales variables, ambos directamente vinculados con dichas ampliaciones, siempre que estén debidamente acreditados y formen parte de aquellos conceptos que integren la estructura de costos directos y gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.”*

Como se puede advertir, en el marco de lo previsto en la anterior normativa de contrataciones del Estado, la Entidad debía reconocer y pagar los mayores gastos generales variables que hubiese incurrido el contratista, siempre que se encontraran **debidamente acreditados** y que formaran parte de la estructura de gastos generales variables de su oferta económica (sistema a precios unitarios) o del valor referencial (sistema a suma alzada), según corresponda.

De esta manera, la anterior normativa de contrataciones del Estado contemplaba el pago de los mayores costos directos y gastos generales variables con el propósito

² Así, por ejemplo, disposiciones que regulan la penalidad por mora o la aprobación de adicionales o ampliaciones del plazo.

de reconocer el incremento en los costos y gastos que debía asumir el contratista como consecuencia del incremento del plazo de ejecución de obra por causas ajenas a su voluntad.

2.2. “Respecto de los mayores costos directos y gastos generales variables derivados de ampliaciones de plazo consultamos si en el caso que se requiera su acreditación ello se puede realizar con copias simples de los documentos originales, documentos electrónicos (facturas electrónicas, boletas de venta electrónicas, estados de cuenta bancarios, etc.) y/u otros documentos cuyo uso está permitido por ley y que se caracterizan por ser emitidos en un formato y forma habitual (como los estados de cuenta bancarios, entre otros).”

2.2.1 En este punto, cabe mencionar 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, razón por la cual no es posible determinar cuál era la documentación específica que el contratista debía presentar a efectos de sustentar su solicitud para el reconocimiento de mayores costos directos y gastos generales variables, originados por una ampliación de plazo, toda vez que ello dependía, finalmente, de las circunstancias particulares del caso.

Sin perjuicio de ello, a continuación, se brindarán alcances generales respecto del tema materia de consulta.

2.2.2 Así, tal como se indicó al absolver la consulta anterior, en el marco de un contrato de obra bajo los alcances de la primera versión de la Ley N° 30225 y del Decreto Supremo N° 350-2015-EF (es decir, antes de sus modificatorias), cuando se aprobaba una ampliación de plazo, la Entidad debía reconocer y pagar los mayores gastos generales variables en que hubiese incurrido el contratista siempre que se encontraran **debidamente acreditados** y que formaran parte de la estructura de gastos generales variables de su oferta económica (sistema a precios unitarios) o del valor referencial (sistema a suma alzada), según corresponda.

Ahora bien, toda vez que la anterior normativa de contrataciones del Estado no había establecido un listado específico de documentos para sustentar el reconocimiento de mayores costos directos y gastos generales variables, el contratista podía utilizar cualquier documento que resultara pertinente, siempre que a través de éste pudiera acreditar fehacientemente ante la Entidad los conceptos económicos en los que hubiese incurrido.

En ese sentido, para sustentar el reconocimiento de mayores costos directos y gastos generales variables, debía existir una relación de causalidad entre el evento generador de la ampliación del plazo y los conceptos económicos (gastos generales y costo directo) cuyo reconocimiento solicitaba el contratista, los cuales debían acreditarse con la presentación de documentos que demostraran fehacientemente que se había incurrido en estos, ya sea con comprobantes de pago, planillas, o cualquier otro documento que resultara pertinente y generara certeza acerca de gasto o costo en que se hubiera incurrido³.

³ En caso la presentación de cierto documento no generara por si sola completa certeza acerca del gasto o costo que buscaba acreditar, el contratista podía acompañarla de documentación adicional que sirviera de

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En el marco de un contrato de obra bajo los alcances de la primera versión de la Ley N° 30225 y del Decreto Supremo N° 350-2015-EF (es decir, antes de sus modificatorias), cuando se aprobaba una ampliación de plazo, la Entidad debía reconocer y pagar los mayores gastos generales variables en que hubiese incurrido el contratista siempre que se encontraran debidamente acreditados y que formaran parte de la estructura de gastos generales variables de su oferta económica o del valor referencial, según corresponda.
- 3.2 Para sustentar el reconocimiento de mayores costos directos y gastos generales variables, debía existir una relación de causalidad entre el evento generador de la ampliación del plazo y los conceptos económicos (gastos generales y costo directo) cuyo reconocimiento solicitaba el contratista, los cuales debían acreditarse con la presentación de documentos que demostraran fehacientemente que se había incurrido en estos, ya sea con comprobantes de pago, planillas, o cualquier otro documento que resultara pertinente y generara certeza acerca de gasto o costo en que se hubiera incurrido.

Jesús María, 26 de julio de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.