

OPINIÓN N° 077-2019/DTN

Entidad: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Asunto: Retraso injustificado en la ejecución de la obra
Referencia: Oficio N° 402-2019-JUS/OGAJ

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos formula consultas relacionadas con el tratamiento ante retraso injustificado en la ejecución de la obra, de acuerdo a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

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 acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTAS 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° 1341, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Cuándo se configura el retraso injustificado establecido en el artículo 173 del Reglamento de la Ley de Contrataciones?”

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato de obra, el contratista se obliga a ejecutar la obra de conformidad con las especificaciones

técnicas, planos y demás disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

De esta manera, se aprecia que el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución contractual, pues alguna de las partes puede incumplir -parcial o totalmente- sus prestaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto distintas figuras jurídicas en virtud de las cuales las Entidades pueden cautelar el cabal cumplimiento de las prestaciones contractuales, así como el interés público que subyace a la contratación de una obra; entre ellas, la “intervención económica de la obra” o la “resolución del contrato”¹, a las que hace referencia el artículo 173 del Reglamento.

- 2.1.2. Ahora bien, es importante precisar que el artículo 173 del Reglamento regula el tratamiento ante “***Demoras injustificadas en la ejecución de la Obra***”, señalando que el contratista está obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente².

En ese contexto, dicho dispositivo establece lo siguiente: “*En caso de retraso injustificado, [esto es] cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordena al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de obra*”. (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, el citado artículo establece que durante la ejecución de una obra el contratista se encuentra obligado a cumplir los avances parciales conforme al calendario de avance de obra vigente (que contempla la programación actualizada de los periodos de ejecución de la obra, en armonía con las ampliaciones de plazo que se hubieran aprobado); por tal razón, independientemente de cuál fuera el hecho generador del retraso injustificado, este último se configura conforme a la norma previamente citada.

En consecuencia, se advierte que en el marco de lo dispuesto en el artículo 173 del Reglamento, el retraso injustificado del contratista se configura cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada es menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a

¹ A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución “(...) *es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte*”. En *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

² El cual comprende la programación actualizada de la ejecución de la obra en los casos en que se hubiera aprobado solicitudes de ampliaciones de plazo.

dicha fecha.

2.2. “¿Quién declara o establece que existe un retraso injustificado en el marco del artículo 173 del Reglamento – la Entidad al denegar la ampliación de plazo o el Tribunal Arbitral al emitir el Laudo?”

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, **en el marco de lo dispuesto en el artículo 173 del Reglamento**, el retraso injustificado del contratista se configura cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada es menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha.

En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado precisa cómo se configura el retraso injustificado conforme a lo establecido en el artículo 173 del Reglamento; esto es, al verificarse que el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a tal fecha. Dicho lo cual, corresponde anotar que el referido supuesto le permite al inspector o supervisor – según corresponda- ordenar al contratista a que presente un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos de la obra, a fin de garantizar el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto; lo que representa un tratamiento distinto a la figura de ampliación de plazo, cuyas causales, procedimientos y efectos se encuentran regulados en otros artículos del Reglamento, tales como el 169, 170 y 171, respectivamente.

2.3. “¿La existencia de un arbitraje en el que se discute las controversias relacionadas a la ampliación de plazo, suspende la posibilidad de requerir un calendario acelerado al contratista?”

2.3.1. Sobre el particular, resulta oportuno indicar que el artículo 34 de la Ley contempla los supuestos en los que el contrato puede ser modificado; entre ellos, el regulado en el numeral 34.5 de dicho artículo, en virtud del cual “El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento”. (El subrayado es agregado).

Al respecto, el artículo 169 del Reglamento señala que el contratista puede solicitar la ampliación de plazo por circunstancias ajenas a su voluntad, siempre que –tales circunstancias- modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud. Así, las causales de ampliación de plazo que prevé dicho dispositivo son las siguientes: (i) atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; (ii) cuando sea necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra; y, (iii) cuando sea necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados que no provengan de variaciones del expediente técnico de obra, en contratos a precios unitarios.

De esta manera, se advierte que la ampliación de plazo de ejecución de una obra constituye una modificación al contrato, la cual puede solicitarse en atención a alguna de las causales establecidas en el artículo 169 del Reglamento.

2.3.2. Precisado lo anterior, es pertinente anotar que el procedimiento de ampliación de plazo –tratándose de contratos de obra- se encuentra regulado en el artículo 170 del Reglamento, el cual dispone en su numeral 170.7 que “Cualquier controversia relacionada con las solicitudes de ampliación de plazo puede ser sometida al respectivo medio de solución de controversias dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha en que la Entidad debió notificar su decisión o de la notificación de la denegatoria, total o parcial, de la solicitud formulada”. (El subrayado es agregado).

En ese sentido, conforme a lo previsto en el artículo 45 de la Ley, las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes; siendo que para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a *“ampliación de plazo contractual”*, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias (por ejemplo, el arbitraje) dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento³.

Ahora bien, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, debe indicarse que, si como resultado de la decisión de la Entidad sobre la solicitud de ampliación de plazo se generan discrepancias y estas son sometidas por las partes a arbitraje, “El inicio del respectivo medio de solución de controversias no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes” (el énfasis es agregado); tal como se establece en el último párrafo del artículo 168 del Reglamento.

En ese orden de ideas, se advierte que el hecho de que alguna de las partes decida someter a arbitraje controversias relacionadas con la ampliación del plazo contractual de una obra, no implica la suspensión del contrato ni que las partes puedan incumplir con las obligaciones a su cargo; lo que supone –como regla general- que el contrato debe continuar ejecutándose pese a haberse iniciado el referido mecanismo de solución de controversias⁴.

2.3.3. Por tanto, el sometimiento de controversias relacionadas con ampliación de plazo, a un procedimiento arbitral, no exime a las partes de sus obligaciones contractuales; por tal razón, el contratista seguirá obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente, siendo posible exigirle la presentación de un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos en caso de incumplimiento injustificado, conforme a lo dispuesto en el artículo 173 del Reglamento.

2.4. *“¿La existencia de un arbitraje en el que se discute las controversias relacionadas a la ampliación de plazo, suspende o impide que la Entidad proceda con la intervención económica de la obra u opte por la resolución del contrato?”*

³ De acuerdo a lo señalado en el primer párrafo del numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley.

⁴ Salvo que -como única excepción-, por una decisión del órgano a cargo de la controversia (el árbitro único o el tribunal arbitral), se suspenda la ejecución del contrato hasta que se resuelva sobre la controversia sometida a su jurisdicción.

2.4.1. Conforme a lo señalado al absolver la consulta anterior, debe reiterarse que el hecho de que alguna de las partes decida someter a arbitraje controversias relacionadas con la ampliación del plazo contractual de una obra, no implica la suspensión del contrato **ni que las partes puedan incumplir con las obligaciones a su cargo**; lo que supone –como regla general- que el contrato debe continuar ejecutándose pese a iniciarse el referido mecanismo de solución de controversias⁵.

Consecuentemente, en el contexto antes expuesto, el contratista seguirá obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente, **siendo posible exigirle la presentación de un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos en caso de incumplimiento injustificado**, conforme a lo dispuesto en el artículo 173 del Reglamento.

2.4.2. En relación con lo anterior, es oportuno señalar que el segundo párrafo del artículo 173 del Reglamento dispone que **“La falta de presentación de este calendario dentro del plazo señalado en el párrafo precedente puede ser causal para que opere la intervención económica de la obra o la resolución del contrato. (...)”**. (El resaltado es agregado).

Asimismo, el artículo 174 del Reglamento establece que **“La Entidad puede, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos.”** (El énfasis es agregado).

De los dispositivos citados, se aprecia que **la intervención económica de la obra** es una medida que puede ser adoptada por la Entidad sobre la base de aspectos técnicos y económicos, **cuyo fin consiste en culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar a resolver el contrato; debiendo precisarse que si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato de obra se resuelve por incumplimiento**⁶.

Al respecto, debe indicarse que -a diferencia de la intervención económica de la obra, que no deja al contratista al margen de su participación contractual ni lo exime del cumplimiento de sus obligaciones-, la resolución del contrato de obra representa la última medida que la Entidad puede adoptar ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista, originando así la culminación del vínculo contractual entre las partes, y con ello, **la inmediata paralización de la obra** (conforme a lo establecido en el artículo 177 del Reglamento); **situación que obstaculiza la atención oportuna de la necesidad pública que subyace a dicha contratación**.

⁵ Salvo que -como única excepción-, por una decisión del órgano a cargo de resolver la controversia (el árbitro único o el tribunal arbitral), se suspenda la ejecución del contrato hasta que se resuelva sobre la controversia sometida a su jurisdicción, conforme a lo establecido en el numeral 153.3 del artículo 153 del Reglamento.

⁶ Conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 174 del Reglamento.

2.4.3. Por lo expuesto, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado faculta a la Entidad a adoptar las medidas pertinentes ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista, tales como la “*intervención económica de la obra*” (conforme a los artículos 173 y 174 del Reglamento y a la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE) o la “*resolución del contrato de obras*” (conforme a los artículos 36 de la Ley, y 136 y 177 del Reglamento), según corresponda; para lo cual, deben observarse los dispositivos que regulan el empleo de dichas figuras, respectivamente; debiendo precisarse que dicho contexto normativo (en concordancia con el último párrafo del artículo 168 del Reglamento) no contempla ninguna disposición que impida a la Entidad emplear las figuras antes descritas ante la existencia de un arbitraje al que se hubieran sometido controversias relacionadas con la ampliación del plazo contractual⁷.

2.5. “*¿Cómo debe interpretarse el artículo 170 en concordancia con el artículo 173 del Reglamento; esto es, el derecho que tiene el contratista de cuestionar vía conciliación o arbitraje la decisión de la Entidad de denegar la ampliación de plazo y la facultad que tiene la Entidad de decidir por la intervención económica de la obra o la resolución del contrato?*” (Sic).

De conformidad con lo señalado al absolver la consulta anterior, cabe anotar que la normativa de contrataciones del Estado faculta a la Entidad a adoptar las medidas pertinentes ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista, tales como la “*intervención económica de la obra*” (conforme a los artículos 173 y 174 del Reglamento y a la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE) o la “*resolución del contrato de obras*” (conforme a los artículos 36 de la Ley, y 136 y 177 del Reglamento), según corresponda; para lo cual, deben observarse los dispositivos que regulan el empleo de dichas figuras, respectivamente; debiendo precisarse que dicho contexto normativo (en concordancia con el último párrafo del artículo 168 del Reglamento) no contempla ninguna disposición que impida a la Entidad emplear las figuras antes descritas ante la existencia de un arbitraje al que se hubieran sometido controversias relacionadas con la ampliación del plazo contractual, salvo que -como única excepción-, por una decisión del órgano a cargo de resolver la controversia (el árbitro único o el tribunal arbitral), se suspenda la ejecución del contrato hasta que se resuelva sobre la controversia sometida a su jurisdicción, conforme a lo establecido en el numeral 153.3 del artículo 153 del Reglamento.

2.6. “*El presupuesto establecido en el numeral 3.3 de la Opinión N° 047-2019/DTN respecto a que “La intervención económica tiene como presupuesto el retraso injustificado del contratista, si existieran controversias pendientes de resolver, no podría decidirse una intervención económica si no se ha declarado el retraso injustificado del contratista”, ¿es también presupuesto para decidir la resolución del contrato?*” (Sic).

2.6.1. De manera previa, es preciso señalar que la Opinión N° 047-2019/DTN (en adelante, la “Opinión”) desarrolla algunos alcances generales sobre las figuras de

⁷ Salvo que -como única excepción-, por una decisión del órgano a cargo de la controversia (el árbitro único o el tribunal arbitral), se suspenda la ejecución del contrato hasta que se resuelva sobre la controversia sometida a su jurisdicción.

la “*declaratoria de nulidad del contrato*” y la “*intervención económica de la obra*”. Al respecto, del análisis desarrollado en la Opinión, se advierte que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, no existe un “orden de prioridad” para que las Entidades decidan optar entre la “*declaratoria de nulidad de oficio del contrato*” o la “*intervención económica de la obra*”, toda vez que dichas figuras constituyen medidas distintas entre sí, que las Entidades pueden adoptar, o no, bajo una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad.

En ese contexto, el numeral 3.3 de la Opinión señala lo siguiente: “*La intervención económica tiene como presupuesto el retraso injustificado del contratista, por tanto, si existieran controversias pendientes de resolver, no podría decidirse una intervención económica si no se ha declarado el retraso injustificado del contratista*”.

En efecto, como se ha señalado al absolver las consultas previas, el artículo 173 del Reglamento establece que **en caso que el contratista incurra en retraso injustificado** -esto es, al verificarse que el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a tal fecha-, el inspector o supervisor le ordenará la presentación de un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos para garantizar que la obra sea culminada oportunamente; siendo que la falta de presentación de dicho calendario dentro del plazo previsto en el referido artículo, puede ser causal para que opere “la intervención económica de la obra” o “la resolución del contrato”.

2.6.2. Sin perjuicio de lo expuesto, es importante anotar que en el marco de lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado, las controversias que surjan sobre la ejecución del contrato pueden ser sometidas a arbitraje; situación que -como se ha señalado anteriormente- no implica ‘per se’ la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes, tal como lo dispone el artículo 168 del Reglamento⁸.

De esta manera, el hecho de que alguna de las partes decida someter a arbitraje controversias relacionadas con la ampliación del plazo contractual de una obra, no implica la suspensión del contrato **ni que las partes puedan incumplir con las obligaciones a su cargo**; lo que supone –como regla general- que el contrato debe continuar ejecutándose pese a iniciarse el referido mecanismo de solución de controversias.

En esa medida, independientemente de existir controversias pendientes de resolver en arbitraje, y considerando que el contrato de obra sigue en ejecución, la Entidad puede adoptar los mecanismos que establece la normativa de contrataciones del Estado para gestionar la terminación de los trabajos ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista, tales como la “*intervención económica de la obra*” o la “*resolución del contrato*”; excepto que por una decisión del órgano a cargo de resolver la controversia (el árbitro único o el

⁸ De conformidad con lo dispuesto en el último párrafo de dicho artículo, “*El inicio del respectivo medio de solución de controversias no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes*”. (El subrayado es agregado).

tribunal arbitral) se suspenda la ejecución del contrato hasta que se resuelva sobre las controversias sometidas a su jurisdicción. El presente criterio precisa lo señalado en el numeral 3.3 de la Opinión N° 047-2019/DTN.

- 2.7. *“El presupuesto establecido en el numeral 3.3 de la Opinión N° 047-2019/DTN, ¿también debe cumplirse para que el inspector o supervisor ordene al contratista la presentación de un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos?”* (Sic).

En concordancia con lo indicado al absolver la consulta precedente, cabe precisar que, independientemente de existir controversias pendientes de resolver en arbitraje, y considerando que el contrato de obra sigue en ejecución, la Entidad puede adoptar los mecanismos que establece la normativa de contrataciones del Estado para gestionar la terminación de la obra ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista -tales como exigirle la presentación de un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, conforme a lo establecido en el artículo 173 del Reglamento, e incluso, intervenir económicamente la obra, entre otras medidas, como la resolución del contrato-; salvo que por una decisión del órgano a cargo de resolver la controversia (el árbitro único o el tribunal arbitral) se suspenda la ejecución del contrato hasta que se resuelva sobre las controversias sometidas a su jurisdicción. El presente criterio precisa lo señalado en el numeral 3.3 de la Opinión N° 047-2019/DTN.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de lo dispuesto en el artículo 173 del Reglamento, el retraso injustificado del contratista se configura cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada es menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha.
- 3.2. La normativa de contrataciones del Estado precisa cómo se configura el retraso injustificado conforme a lo establecido en el artículo 173 del Reglamento; esto es, al verificarse que el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a tal fecha. Dicho lo cual, corresponde anotar que el referido supuesto le permite al inspector o supervisor –según corresponda- ordenar al contratista a que presente un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos de la obra, a fin de garantizar el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto; lo que representa un tratamiento distinto a la figura de ampliación de plazo, cuyas causales, procedimientos y efectos se encuentran regulados en otros artículos del Reglamento, tales como el 169, 170 y 171, respectivamente.
- 3.3. El sometimiento de controversias relacionadas con la ampliación de plazo a un procedimiento arbitral, no exime a las partes de sus obligaciones contractuales; por tal razón, el contratista seguirá obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente, siendo posible exigirle la presentación de un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos en caso de incumplimiento injustificado, conforme a lo dispuesto en el artículo 173 del Reglamento.

- 3.4. La normativa de contrataciones del Estado faculta a la Entidad a adoptar las medidas pertinentes ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista, tales como la “*intervención económica de la obra*” (conforme a los artículos 173 y 174 del Reglamento y a la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE) o la “*resolución del contrato de obras*” (conforme a los artículos 36 de la Ley, y 136 y 177 del Reglamento), según corresponda; para lo cual, deben observarse los dispositivos que regulan el empleo de dichas figuras, respectivamente; debiendo precisarse que dicho contexto normativo (en concordancia con el último párrafo del artículo 168 del Reglamento) no contempla ninguna disposición que impida a la Entidad emplear las figuras antes descritas ante la existencia de un arbitraje al que se hubieran sometido controversias relacionadas con la ampliación del plazo contractual.
- 3.5. Independientemente de existir controversias pendientes de resolver en arbitraje, y considerando que el contrato de obra sigue en ejecución, la Entidad puede adoptar los mecanismos que establece la normativa de contrataciones del Estado para gestionar la terminación de la obra ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista -tales como exigirle la presentación de un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, conforme a lo establecido en el artículo 173 del Reglamento, e incluso, intervenir económicamente la obra, entre otras medidas, como la resolución del contrato-; salvo que por una decisión del órgano a cargo de la controversia (el árbitro único o el tribunal arbitral) se suspenda la ejecución del contrato hasta que se resuelva sobre las controversias sometidas a su jurisdicción.

Jesús María, 13 de mayo de 2019

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

LAA/JDS