

OPINIÓN N° 081-2020/DTN

Solicitante: Arbitralis E.I.R.L.

Asunto: Costos y Gastos Directiva N° 005-2020-OSCE/CD

Referencia: Formulario 002- DTN de fecha 16 de julio de 2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora Fabiola Paulet Monteagudo, formula varias consultas referidas a la ejecución de garantías por adelanto.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS¹

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.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377- 2019-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

¹ Cabe anotar que, de acuerdo con el TUPA del OSCE, las consultas formuladas a la Dirección Técnico Normativa, deben ser claras y directas; así como, deben ser genéricas y versar sobre la interpretación de algún extremo de la normativa de Contrataciones del Estado. En tal sentido, no podrán resolverse las consultas N°2 y N°3 consignadas en el documento de la referencia, puesto que no han sido formuladas de manera clara, ya que no precisa el extremo de la normativa que requiere ser interpretado, además plantea una situación concreta a fin de que el OSCE determine la acciones a realizar.

2.1. “¿Si la Entidad no emite pronunciamiento sobre la solicitud de cuantificación de los costos dentro del plazo señalado en la Directiva (7.4.2.) es posible solicitar el reconocimiento de nuevos costos que afecten la obra?”

2.1.1. El objeto de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 es la reactivación de los contratos de obra vigentes y sus respectivos contratos de supervisión, bajo el ámbito del régimen general de contrataciones del Estado cuya ejecución de la inversión se ha visto paralizada debido al Estado de Emergencia Nacional producida por el COVID-19, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2020, con ese propósito establece un procedimiento excepcional para solicitar una ampliación de plazo.

Por su parte la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD es la que desarrolla el procedimiento para la presentación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo y el reconocimiento de los costos y gastos, es así que en su numeral 7.4.1. establece que después de aprobada la ampliación excepcional de plazo el ejecutor de obra presenta la cuantificación de los costos directos y gastos generales que implique ejecutar la obra bajo el nuevo plazo de ejecución y por la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19, así como los costos que resulten necesarios para garantizar la adecuada custodia y/o mantenimiento de las partidas ejecutadas de la obra, así como de los materiales, insumos, mobiliario, entre otros, que se vayan a utilizar una vez reanudada la obra, tales como seguridad y/o guardiana, alquiler de almacenes, movilidad y/o transporte, según corresponda.

El numeral 7.4.2. señala que la Entidad tiene un plazo máximo de quince (15) días calendario para notificar al contratista su pronunciamiento respecto a lo solicitado, en atención de la consulta debe manifestarse que si la Entidad demorara en pronunciarse no tendría por qué impactar en la cuantificación presentada por el ejecutor de obra porque lo que se cuantifica en este caso es cuánto costará ahora ejecutar la obra con la implementación de las medidas para prevención y control frente a la propagación del COVID-19 en el nuevo plazo de ejecución aprobado, estimaciones de rendimientos con menos obreros en la obra por ejemplo.

En ese sentido, el mayor plazo que la Entidad demore en emitir su pronunciamiento no tiene por qué impactar en la cuantificación presentada por el ejecutor de obra.

2.2. “¿En caso la Entidad apruebe parcialmente la solicitud de cuantificación de costos de reanudación de obra, el contratista tiene la opción de revisar estos costos durante la ejecución de la obra para revertir esa decisión de la Entidad, según 6.4, 7.5.2 y 7.5.3 de la Directiva?; y así evitar una resolución de contrato, ejecución de garantías, arbitrajes y paralización de la obra. ¿En igual medida se puede revertir la decisión de la Entidad sobre la aprobación parcial de los costos y gastos generales de la solicitud de ampliación de plazo excepcional?”

2.2.1. El objeto de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 es la reactivación de los contratos de obra vigentes y sus respectivos contratos de supervisión, bajo el ámbito del régimen general de contrataciones del Estado cuya ejecución de la inversión se ha visto paralizada

debido al Estado de Emergencia Nacional producida por el COVID-19, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2020, con ese propósito establece un procedimiento excepcional para solicitar una ampliación de plazo.

La Directiva N° 005-2020-OSCE/CD es la que desarrolla el procedimiento para la presentación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo y el reconocimiento de los costos y gastos, sobre el particular el numeral 7.3. establece que la Entidad evalúa la documentación presentada por el ejecutor de obra y si acepta la solicitud se tendrá por modificado el contrato sin necesidad de suscribir algún acuerdo adicional o adenda, si discrepara en algún extremo con la propuesta del ejecutor de obra se modificará el contrato en los términos planteados por la Entidad, manteniendo el ejecutor de obra su derecho de someter las discrepancias a los mecanismos de solución de controversias.

De otro lado la mencionada Directiva también ha establecido en el numeral 7.5.2 que la cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique la implementación de las medidas para prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes, propuestos por el Ejecutor de Obra, podrá ser objeto de revisión periódica, a pedido de cualquiera de las partes, al haber sido propuesta y aprobada en base a estimaciones de rendimientos y/o aproximaciones, con la finalidad de verificar su correspondencia con los rendimientos reales del periodo y/o con los precios actuales del mercado, en procura de preservar el equilibrio entre las prestaciones.

El mencionado numeral no tiene como propósito el revertir una decisión, se trata de dar la posibilidad a las partes de revisar periódicamente el comportamiento de la ejecución de la obra bajo la nueva forma de trabajo por la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID 19, y que por acuerdo las partes modifiquen el contrato haciendo los ajustes considerando que tanto los rendimientos de partidas fueron propuestos y aprobados en base a estimaciones y/o aproximaciones.

Finalmente, el numeral 7.5.3. establece que, si hubiese la necesidad de hacer ajustes a tales costos directos y/o gastos generales, las partes podrán pactar su modificación, para cuyo caso será necesario contar con el informe del área usuaria de la Entidad y del Inspector o Supervisor, así como con la correspondiente certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, precisándose que dichos ajustes deberán contar con la aprobación del Titular de la Entidad o del servidor en quien se haya delegado dicha facultad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1.** En el marco de la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, luego de aprobada la ampliación excepcional de plazo, el ejecutor de obra presenta la cuantificación de cuánto costará ejecutar la obra con la implementación de las medidas para prevención y control frente a la propagación del COVID-19 en el nuevo plazo de ejecución aprobado, el mayor plazo que la Entidad demore en emitir su pronunciamiento no tiene por qué impactar en dicha cuantificación.



- 3.2.** El numeral 7.5.2. de la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD tiene como propósito dar la posibilidad a las partes de revisar periódicamente el comportamiento de la ejecución de la obra bajo la nueva forma de trabajo por la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID 19, y que por acuerdo las partes puedan modificar el contrato haciendo los ajustes considerando que tanto los rendimientos de partidas fueron propuestos y aprobados en base a estimaciones y/o aproximaciones.

Jesús María, 7 de septiembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa