

OPINIÓN N° 093-2022/DTN

Solicitante: Gerencia Sub Regional de Alto Amazonas

Asunto: Plazo para la cuantificación de costos en el marco del Decreto Legislativo N° 1486.

Referencia: a) Formulario S/N de fecha 04.OCT.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.
b) Oficio N° 552-2022-GRL-GSRAA/18

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el señor Daniel Abrahan Arriola Apuela, Gerente de la Gerencia Sub Regional de Alto Amazonas del Gobierno Regional de Loreto, formula consultas relacionadas a la cuantificación de los costos generales en el marco del Decreto Legislativo N° 1486 y su Directiva.

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, Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1444; así como por el acápite 9 del Anexo N° 2 del Reglamento, aprobado por 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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la consulta planteada, para su absolución se entenderá por:

- “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 y sus modificatorias¹, sin considerar aquellas implementadas mediante D.S. N°234- 2022-EF.

¹ La última modificación al Decreto Supremo N° 344-2018-EF que se considera a efectos del presente análisis es aquella realizada mediante el Decreto Supremo N° 162-2021-EF, publicado el 26 de junio de 2021.

- “**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”.

2.1. “¿La definición de plazo máximo de treinta (30) días calendario, es de carácter perentorio?”

- 2.1.1. 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 tal situación, se publicó, por un lado, 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 y, por el otro, la Directiva N°005-2020-OSCE/CD; instrumentos normativos que –estando dentro del marco del Régimen General de Contratación Pública- establecen las reglas que deben observarse para la solicitud, evaluación y aprobación de una ampliación excepcional de plazo y para la reactivación del contrato

- 2.1.2. Dicho esto, en tenor a la consulta, es preciso indicar que, de acuerdo con la Directiva, una vez aprobada la ampliación excepcional de plazo, el contratista ejecutor de obra debía cuantificar los conceptos económicos que demandaría la ejecución de la obra bajo el nuevo plazo contractual y por la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 dictadas por los sectores competentes.

Sobre el particular, cabe anotar que la aprobación de esta cuantificación era un mecanismo jurídico previsto en normas excepcionales de reactivación mediante el cual se buscaba garantizar la continuación de la ejecución de la obra hasta su culminación, respetando el equilibrio económico financiero del contrato y el principio de equidad, pues partía de la premisa de que la continuación de la ejecución de una obra bajo (i) un nuevo plazo derivado de la variación de rendimientos y (ii) por la implementación de las medidas COVID, implicaría una variación en el costo de la misma en comparación con aquel previsto por las partes antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional.

- 2.1.3. Ahora, el numeral 7.4 de la Directiva establecía la oportunidad y procedimiento que debía observarse para el reconocimiento de los costos derivados de la continuación de la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas COVID-19. Así, el numeral 7.4.1 señalaba lo siguiente:

“En el plazo máximo de treinta (30) días calendario de aprobada la solicitud de ampliación de plazo excepcional, el Ejecutor de Obra presenta:// (i) La cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique ejecutar la obra bajo el nuevo plazo de ejecución y por la implementación de las medidas

para prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes.”

Por su parte, el numeral 7.4.2 de la Directiva disponía que *“La Entidad deberá notificar al contratista su pronunciamiento sobre la cuantificación en un plazo máximo de quince (15) días calendario de haber sido presentada por el Ejecutor de Obra”*

Como se puede apreciar, la Directiva estableció, de forma explícita, que **una vez aprobada la solicitud excepcional de ampliación de plazo**, el contratista tendría el plazo **máximo de 30 días siguientes para cuantificar el costo total** que demandaría la ejecución de la obra desde la reanudación de los trabajos (tras la paralización generada por efecto del D.S. N°044-2020-PCM) hasta su culminación, considerando la implementación de las medidas de observancia obligatoria destinadas a evitar la propagación del COVID-19. Asimismo, disponía que la Entidad debía pronunciarse al respecto, dentro del plazo de quince (15) días calendario.

Mencionado lo anterior, en relación con la consulta formulada corresponde mencionar que, de acuerdo con el texto de la Directiva, el plazo de 30 días para la presentación de la cuantificación a la que alude el numeral 7.4.1 de la Directiva es “máximo”, esto es, se trata del límite de tiempo dentro del cual el ejecutor de obra puede presentarla. Por tanto, transcurrido el plazo referido, vence la oportunidad del contratista de formular dicha cuantificación de costos dentro del marco del procedimiento contemplado en el numeral 7.4. de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD.

2.2. “¿Si un contratista presenta la cuantificación de estos costos fuera de este plazo máximo, deviene en su denegación y/o no reconocimiento?”

2.2.1. Precisado lo anterior corresponde señalar que la cuantificación a la que hace referencia el numeral 7.4.1 de la Directiva no tenía, necesariamente, un carácter definitivo. Por el contrario, ***los conceptos económicos allí contemplados se encontraban sujetos a revisión*** pudiendo reconocerse, incluso, costos no contemplados en la cuantificación inicial². Así, el numeral 7.5.2 de la Directiva establecía:

Directiva, Numeral 7.5.2: “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 Ejecuto 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 énfasis es agregado)

² A mayor abundamiento se puede revisar la Opinión 097-2021/DTN.

Sobre el particular es preciso anotar que el *sentido* de esta disposición no es otro que garantizar la vigencia del principio de equidad³ en un contexto de afectación de la ejecución de las obras públicas como consecuencia de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19. De esta manera, lo dispuesto en el numeral 7.5.2 no es sino un *modo* de hacer efectivo lo dispuesto en el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486, según el cual *“las entidades se encuentran facultadas para acordar con el ejecutor de obra (...) las modificaciones contractuales que permitan implementar medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes y otras que resulten necesarias para la reactivación de la obra, **debiendo reconocer el costo que ella demande**”*

Se tiene entonces que, de conformidad con las normas excepcionales de reactivación: i) los costos que implique la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas destinadas a la propagación del COVID-19 debían ser reconocidos por la Entidad; y ii) que la cuantificación económica a la que alude el numeral 7.4.1 de la Directiva *no necesariamente era definitiva, sino que se encontraba sujeta a revisión de las partes, pues el sentido de las figuras jurídicas de reactivación referidas en la presente opinión era garantizar la vigencia del principio de equidad aplicable a toda contratación pública.*

- 2.2.2.** Bajo las premisas precedentes, conforme al supuesto planteado en la consulta, corresponde analizar cuáles serían las consecuencias de una cuantificación de costos presentada fuera del plazo de 30 días.

Sobre el particular, ya se ha indicado que no resultaría aplicable el procedimiento establecido en el numeral 7.4 de la Directiva, pues esta ha previsto el plazo máximo de 30 días para presentar la referida cuantificación.

Ahora, esta circunstancia no implicaba que no debiera reconocerse el costo que hubiese demandado la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas destinadas a evitar la implementación del COVID-19, pues, de una interpretación sistemática de las normas excepcionales de reactivación se podía advertir que estas tenían la finalidad de reanudar y continuar con los trabajos de la obra hasta su culminación *respetando el equilibrio económico financiero del contrato*, en concordancia con los principios de eficacia y eficiencia⁴, así como, el de equidad.

- 2.2.3.** En tal sentido, del mismo modo que, al amparo de lo establecido en el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486 y el numeral 7.5.2 de la Directiva, la partes podían revisar la cuantificación contemplada en el numeral 7.4.1, era posible que, a iniciativa de cualquiera de estas, se hubiese acordado el reconocimiento de los costos directos y gastos generales (no la utilidad)

³ Principio de Equidad. 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.

⁴ Por el Principio de 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.”*

que hubiese demandado la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19; ello, aun cuando el contratista no hubiese presentado su cuantificación en el momento en que señalaba el procedimiento del numeral 7.4 de la Directiva. Cabe precisar que, en caso se hubiese tratado de conceptos económicos en los que el contratista ya hubiese incurrido, para su reconocimiento, estos debían encontrarse debidamente acreditados.

Para viabilizar lo indicado en el párrafo anterior, siguiendo lo dispuesto por el numeral 7.5.3 de la Directiva, debía contarse con el informe del área usuaria de la entidad y del inspector o supervisor de obra, así como, con la correspondiente certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según corresponda. Este reconocimiento debía también contar con la aprobación del Titular de la Entidad o del servidor en quien se hubiese delegado la facultad de acordar y aprobar las revisiones periódicas a las que hace referencia el numeral 7.5.2.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. De acuerdo con la Directiva, el plazo de 30 días para la presentación de la cuantificación a la que alude el numeral 7.4.1 de la Directiva es “máximo”, esto es, se trata del límite de tiempo dentro del cual el ejecutor de obra puede presentarla. Por tanto, transcurrido el plazo referido, vence la oportunidad del contratista de formular dicha cuantificación de costos dentro del marco del procedimiento contemplado en el numeral 7.4. de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD.
- 3.2. Del mismo modo que, al amparo de lo establecido en el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486 y el numeral 7.5.2 de la Directiva, la partes podían revisar la cuantificación contemplada en el numeral 7.4.1, era posible que, a iniciativa de cualquiera de estas, se hubiese acordado el reconocimiento de los costos directos y gastos generales (no la utilidad) que hubiese demandado la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19; ello, aun cuando el contratista no hubiese presentado su cuantificación en el momento en que señalaba el procedimiento del numeral 7.4 de la Directiva. Cabe precisar que, en caso se hubiese tratado de conceptos económicos en los que el contratista ya hubiese incurrido, para su reconocimiento, estos debían encontrarse debidamente acreditados.

Jesús María, 4 de noviembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.

