

OPINIÓN N° 112-2020/DTN

Solicitante: Municipalidad Provincial Sánchez Carrión
Asunto: Aplicación de Directiva N° 005- 2020- OSCE/CD
Referencia: Formulario DTN de fecha 09.OCT.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, la señora Carmen Mercedes López González, Gerente de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial Sánchez Carrión formula varias consultas referidas a la aplicación de 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 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 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° 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.
- **“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”.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Puede suscribir una solicitud de ampliación excepcional de plazo de un consorcio una persona distinta al representante común? De ser afirmativa la respuesta ¿La presentación de una solicitud de ampliación excepcional de plazo, suscrita por una persona distinta al representante común de un consorcio, se debe considerar incompleta, no presentada o debe tener alguna calificación?”

2.1.1. De manera previa, es preciso mencionar que la normativa de Contrataciones del Estado admite la participación en consorcio¹ de los proveedores del Estado en los procesos de contratación.

Ahora, para que la promesa o contrato de consorcio tengan validez a efectos del proceso de contratación, deben contar obligatoriamente con un contenido mínimo detallado en el acápite 1 del numeral 7.4.2 de la Directiva N°005-2019-OSCE/CD, “Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado”. Así, de la lectura conjunta del referido acápite con el numeral 7.7 de la mencionada Directiva, se puede concluir que **toda promesa o contrato de consorcio debe contener obligatoriamente:**

*“La designación del representante común del común del consorcio. **Dicho representante tiene facultades para actuar en nombre y representación del consorcio**, en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato, con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de su calidad de postor y de contratista hasta la conformidad o liquidación del contrato, según corresponda (...).” (El resaltado es agregado)*

Como se advierte, es **indispensable** que los miembros del consorcio hubiesen designado en la promesa o en el contrato de consorcio, según corresponda, a aquella persona que actuará como representante en los actos del procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato. La falta de determinación del representante común del consorcio determina la invalidez de la promesa o contrato de consorcio a efectos del proceso de contratación.

2.1.2. En plena concordancia con lo anterior, el numeral 140.1 del artículo 140 del Reglamento, respecto de la designación del representante común del consorcio y sobre los actos realizados -en el marco de la ejecución del contrato- por persona distinta de dicho representante, establece lo siguiente:

“El contrato de consorcio se formaliza mediante documento privado con firma legalizadas de cada uno de los integrantes ante Notario, designándose en dicho

¹ Anexo N°1, DEFINICIONES, del Reglamento: “*Consorcio. El contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado.*”

*documento al representante común. **No tienen eficacia legal frente a la Entidad contratante los actos realizados por personas distintas al representante común.***
(El resaltado es agregado)

Como se puede advertir, el dispositivo citado reafirma la necesidad de que en el contrato de consorcio se designe al representante común. Asimismo, es categórico al establecer que aquellos actos realizados por persona distinta al representante común son ineficaces; es decir, **no tienen la capacidad de producir efectos jurídicos**. Ello resulta razonable, pues **no** puede tener eficacia ni valor jurídico un acto realizado por una persona que no tiene la facultad o poder jurídico para ello.

- 2.1.3. En otro orden de ideas corresponde anotar que mediante D.S. N°044-2020-PCM, se declaró el Estado de Emergencia Nacional, con el fin de evitar la propagación del COVID-19 en nuestro país. Este acontecimiento determinó la paralización de los contratos de ejecución y supervisión de obra y, para enfrentar tal circunstancia, se aprobaron la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486 y 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.

Al respecto, el numeral 7.1.1 de la Directiva dispone que el ejecutor de obra debe presentar los documentos indicados en el literal a) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486, **dentro de los quince (15) días calendario** de ocurridos los siguientes eventos: i) culminación de la inmovilización social dispuesta en el marco del Estado de Emergencia; y/o ii) la notificación al contratista de la autorización de reanudación de actividades en la obra, por la autoridad competente, según el procedimiento y requisitos dispuestos en las normas sectoriales. **Presentados estos documentos dentro del plazo señalado, la Entidad dispondrá de quince (15) días calendario para emitir su pronunciamiento.**

Ahora, de acuerdo con el numeral 7.1.3 de la Directiva, en el supuesto en que la solicitud de ampliación excepcional de plazo **se hubiese presentado sin contar con alguno de los documentos exigidos por el literal a) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486**, dicha solicitud deberá ser observada por la Entidad, debiendo otorgar al Ejecutor de Obra el plazo de dos (2) días calendario para la subsanación correspondiente.

- 2.1.4. Dado lo anterior, se aprecia que la Directiva circunscribe la posibilidad de subsanación para aquellos casos en los que la solicitud excepcional de ampliación de plazo no cuente con alguno de los documentos señalados en el literal a) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486. No obstante, la consulta formulada no plantea dicha situación, sino que versa sobre la valoración jurídica que debe dársele a una solicitud de ampliación excepcional de plazo que **no** ha sido suscrita por el representante común designado en el contrato de consorcio, sino por una persona distinta; es decir, la presente consulta hace referencia a un acto que tiene

Dirección Técnico Normativa
Opinión

un defecto “de origen”, pues ha sido realizado por una persona que **no** tiene la facultad o poder jurídico para ello.

Bajo esta consideración, se debe reiterar que el numeral 140.1 del artículo 140 del Reglamento, establece, de forma expresa, que los actos realizados por persona distinta al representante común carecen de eficacia legal. Siendo así, en relación con la consulta formulada, se puede afirmar que la solicitud de ampliación excepcional de plazo que no ha sido suscrita por el representante común consorcio sino por una persona distinta, será ineficaz, es decir, no tendrá la capacidad de producir efectos jurídicos.

La Entidad, al valorar la solicitud de ampliación excepcional de ampliación de plazo como ineficaz, deberá considerar que ésta no fue presentada, correspondiendo que comunique dicha calificación al contratista.

2.2. “¿El tiempo que se demora el contratista en presentar la solicitud de ampliación excepcional de plazo solo debe ser considerada para la aplicación de penalidades, o puede ser considerada dentro de la ampliación excepcional de plazo que aprueba la Entidad? Además, ¿El cálculo de las penalidades se debe aplicar conforme al artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado? Finalmente, ¿La penalidad se aplica considerando solo el plazo en el que estuvo suspendido el computo del plazo con que cuenta la Entidad para pronunciarse sobre la solicitud de ampliación excepcional de plazo, o también el plazo otorgado para la subsanación?”

Sobre el particular, corresponde anotar que el numeral 7.1.2 de la Directiva² dispone lo siguiente: “*La presentación extemporánea o incompleta de la solicitud de ampliación excepcional de plazo no es causal de improcedencia; sin embargo, el mayor tiempo injustificado será imputable al Ejecutor de Obra a efectos de la aplicación de penalidades por mora, la misma que se aplicará al vencimiento del nuevo plazo contractual*”.

Como se advierte, la Directiva ha establecido que la presentación extemporánea de la solicitud excepcional de ampliación de plazo no será causal de improcedencia; no obstante, también señala, de manera explícita, que el mayor tiempo injustificado será imputable al Ejecutor de Obra a efectos de aplicarle una sanción económica (penalidad por mora) al vencimiento del plazo contractual.

En consecuencia, en relación con la consulta formulada, cuando el ejecutor de obra hubiese presentado una solicitud excepcional de ampliación de plazo de manera posterior al plazo máximo de 15 días al que alude el numeral 7.1.1. de la Directiva, **por mandato normativo explícito**, corresponderá que se le aplique –al vencimiento del contrato- la penalidad por mora por cada día de retraso en dicha presentación. Cabe precisar que para el cálculo de dicha penalidad deberá emplearse obligatoriamente la fórmula contemplada en el artículo 162 del Reglamento.

² Modificada mediante Resolución N°102-2020-OSCE/PRE.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1.** El numeral 140.1 del artículo 140 del Reglamento, establece, de forma expresa, que los actos realizados por persona distinta al representante común carecen de eficacia legal. Bajo esta consideración, en relación con la consulta formulada, se puede afirmar que la solicitud de ampliación excepcional de plazo que no ha sido suscrita por el representante común consorcio sino por una persona distinta, será ineficaz, es decir, no tendrá la capacidad de producir efectos jurídicos. La Entidad, al valorar la solicitud de ampliación excepcional de ampliación de plazo como ineficaz, deberá considerar que ésta no fue presentada, correspondiendo que comunique dicha calificación al contratista.
- 3.2.** Cuando el ejecutor de obra hubiese presentado una solicitud excepcional de ampliación de plazo de manera posterior al plazo máximo de 15 días al que alude el numeral 7.1.1. de la Directiva, por mandato normativo explícito, corresponderá que se le aplique –al vencimiento del contrato- la penalidad por mora por cada día de retraso en dicha presentación. Cabe precisar que para el cálculo de dicha penalidad deberá emplearse obligatoriamente la fórmula contemplada en el artículo 162 del Reglamento.

Jesús María, 12 de noviembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.