

OPINIÓN N° 133-2020/DTN

Entidad: Programa Agua Segura para Lima Callao

Asunto: Pago de los honorarios y gastos de la Junta de Resolución de Disputas.

Referencia: Formulario S/N de fecha 19.NOV.2020 - Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Directora de la Unidad de Administración del Programa Agua Segura para Lima Callao formula varias consultas relacionadas con el pago de los honorarios y gastos de la Junta de Resolución de Disputa en el marco de los contratos de ejecución de obra celebrados al amparo de 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 numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

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

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA “*Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado*”, determinándose que la consulta N° 3 no solicita un análisis interpretativo sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que solicita que el OSCE determine el “componentes de Gestión” en el cual la Entidad debe incluir determinados costos; aspecto técnico que debe ser definido por cada Entidad, en coordinación con su asesoría interna. Considerando lo señalado, se atenderá sólo la primera y segunda consulta.

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 250-2020-EF, vigente a partir del 05 de setiembre de 2020.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿Si las partes asumen en partes iguales todos los honorarios y gastos de los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, el monto que corresponde al Contratista, debe ser parte del presupuesto de obra, o no debe incluirse en el costo de presupuesto de obra?”

2.1.1 De manera previa, es necesario señalar que el área usuaria es la dependencia de la Entidad responsable de formular el expediente técnico que integra el requerimiento de las contrataciones de ejecución de obras, el cual debe contener la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación y las condiciones en las que ésta debe ejecutarse².

Es necesario precisar que el “Expediente técnico de obra”, de conformidad con la definición contenida en el Anexo N° 01 del Reglamento “Definiciones”, es el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, **presupuesto de obra**, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.

El mismo Anexo define el “presupuesto de obra” como el valor económico de la obra que comprende las partidas, sus metrados, el análisis de precios unitarios, los gastos generales, la utilidad y los impuestos. Como puede apreciarse, el concepto principal es el “valor económico de la obra”, compuesto de los conceptos necesariamente vinculados a la obra.

2.1.2. Por otra parte, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley, para el caso de contrataciones de ejecución de obra, a fin de establecer la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado y el tipo de procedimiento de selección, así como gestionar la asignación de recursos presupuestales necesarios para realizar la contratación, es necesario determinar el **valor referencial** de la contratación.

Al respecto, es importante precisar que el artículo 34 del Reglamento establece que, en el caso de obras, el valor referencial de la contratación corresponde al monto

² Conforme con lo establecido en el artículo 16 de la Ley, con el que es concordante el artículo 29 del Reglamento.

del presupuesto de obra³ establecido en el expediente técnico de obra aprobado por la Entidad, precisando que para obtener dicho monto, la dependencia de la Entidad o el consultor de obra que tiene a su cargo la elaboración del expediente técnico realiza las indagaciones de mercado necesarias que le permitan contar con el análisis de precios unitarios actualizado para cada particular y subpartida, teniendo en cuenta los insumos requeridos, las cantidades, precios o tarifas; además de los gastos generales variables y fijos, así como la utilidad, en concordancia con la definición que se citó en el numeral 2.1.1 de esta Opinión.

Como puede advertirse, el valor referencial de la contratación de ejecución de obra (esto es, el presupuesto de obra establecido en el expediente técnico de obra), debe establecerse incluyendo todos aquellos aspectos y condiciones que son necesarios para la ejecución de la obra, que constituyen su “valor económico” y que serán asumidos por la Entidad.

2.1.3. Por otra parte, debe indicarse que el artículo 45 de la Ley establece los medios de solución de controversias que pueden emplearse en el marco de la ejecución de los contratos celebrados al amparo de lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado.

Al respecto, el numeral 45.3 del artículo 45 de la Ley, en concordancia con lo previsto en el artículo 223 del Reglamento⁴, establece que uno de los medios de solución de controversias que pueden emplearse durante la ejecución contractual es la Junta de Resolución de Disputas (en adelante, “JRD”), a la cual las partes pueden recurrir en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el Reglamento, siendo sus decisiones vinculantes.

Sobre la JRD, es pertinente indicar que el numeral 243.1 del artículo 243 del Reglamento señala que este medio de solución de controversias promueve que las partes logren **prevenir y/o resolver** eficientemente las controversias que surjan **desde el inicio del plazo de ejecución de la obra hasta su recepción total**. Al respecto, el numeral 243.4 establece que *“De no haber sido pactado en el contrato original, las partes pueden acordar incorporar a la cláusula de solución de controversias del contrato que las soluciones de éstas estén a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en aquellos contratos de obra cuyos montos sean inferiores o iguales a veinte millones con 00/100 Soles (S/ 20 000 000,00), siendo esta incorporación obligatoria para contratos cuyos montos sean superiores. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas son vinculantes para las partes”*.

³ De acuerdo al numeral 34.4 del artículo 34 del Reglamento, señala que, el presupuesto de obra incluye todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas, seguridad en el trabajo y los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el presupuesto.

⁴ El numeral 223.1 del artículo 223 del Reglamento establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, Junta de Resolución de Disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes.

Asimismo, es pertinente indicar que la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD, que establece las normas complementarias que deben seguirse para la constitución, administración y desarrollo de las Juntas de Resolución de Disputas, dispone en su numeral VI que las partes “(...) pueden pactar en el contrato de obra o bien acordar incorporar a un contrato ya suscrito que la solución de controversias esté a cargo de una JRD (...). Las partes están obligadas a incluir la solución de sus controversias a la JRD al momento de la suscripción de contratos (...)”. (El subrayado y resaltado son agregados).

Como puede advertirse, la JRD es un medio de solución de controversias que, de manera similar a la conciliación y el arbitraje, la normativa de contrataciones del Estado pone a disposición de las partes para que resuelvan sus diferencias durante la ejecución contractual; asimismo, cabe precisar que los honorarios y gastos de los miembros de la JRD se determinarán al momento de la suscripción del contrato o de forma posterior, que es el momento que la mencionada normativa ha establecido para su acuerdo o incorporación, lo que confirma de manera indubitable que dichos montos no integran el valor económico de la obra.

De esta forma, es posible advertir que los medios de solución de controversias, aunque impliquen desembolsos para las partes, no pueden formar parte del presupuesto de obra porque —de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado— no integran el valor económico de ésta. En efecto, los montos que se desembolsan por cualquier medio de solución de controversias no son trabajos (partidas con sus metrados y sus precios unitarios), ni gastos generales (pues no se derivan de la actividad empresarial del contratista), ni utilidad, ni impuestos.

2.1.4. Realizadas las precisiones anteriores, es importante indicar que el artículo 247 del Reglamento establece que “Las partes asumen en partes iguales todos los honorarios y gastos de los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, conforme a lo establecido en las respectivas Tablas de los Centros de Administración de Junta de Resolución de Disputas”. (El resaltado es agregado).

Según se advierte, la regla para el pago de los honorarios y gastos de los miembros de la JRD es que éstos no son, por definición legal, parte del presupuesto de obra y son asumidos de manera equitativa por las partes; por tanto, el monto que le corresponde asumir al contratista como concepto del pago de los honorarios y gastos de los miembros de la JRD, no podría ser incluido en el presupuesto de obra (valor referencial de la contratación), tanto porque no corresponde al valor económico de ésta como porque en el presupuesto de ésta únicamente se consignan los montos que asumirá la Entidad.

Por otra parte, es importante enfatizar que, en el marco de toda contratación de ejecución de obra celebrada al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, la Entidad debe asumir únicamente, en todos los casos, sólo el 50% de los honorarios y gastos de los miembros de la JRD.

2.2 “¿En caso de incluirse en el Presupuesto de Obra, en que componente debe incluirse?”.

De conformidad con lo señalado al absolver la consulta anterior los medios de solución de controversias, aunque impliquen desembolsos para las partes, no pueden formar parte del presupuesto de obra porque —de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado— no integran el valor económico de ésta. En efecto, los montos que se desembolsan por cualquier medio de solución de controversias no son trabajos (partidas con sus metrados y sus precios unitarios), ni gastos generales (pues no se derivan de la actividad empresarial del contratista), ni utilidad, ni impuestos.

CONCLUSIONES

- 3.1. Los medios de solución de controversias, aunque impliquen desembolsos para las partes, no pueden formar parte del presupuesto de obra porque —de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado— no integran el valor económico de ésta.
- 3.2 En el marco de toda contratación de ejecución de obra celebrada al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, la Entidad debe asumir únicamente, en todos los casos, sólo el 50% de los honorarios y gastos de los miembros de la JRD.

Jesús María, 28 de diciembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS/GDA.