



## **¡La Opinión sí importa! Los pronunciamientos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en el marco de la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD y una mirada a su jurisprudencia**

### ***The opinion matters! The statements of the State Contracting Supervisory Agency under Directive N.º 005-2020-OSCE/CD and their jurisprudence***

“[E]s importante señalar que la interpretación sobre el sentido y alcance de la normativa en contrataciones con el Estado es de carácter vinculante para los operadores de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y su Reglamento”.

**Frans Pariona Caja\***

219

**Resumen:** En el presente artículo, el autor destaca la importancia de las opiniones del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) para los operadores de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y, a través de algunas de estas, comenta respecto a aspectos importantes del procedimiento de solicitud de ampliación de plazo excepcional, regulada por la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, la cual fue creada con la finalidad de reactivar las obras contratadas bajo el ámbito de la LCE que quedaron paralizadas a consecuencia del Covid-19. Asimismo, explica brevemente las diferencias entre el procedimiento regulado por dicha directiva y el procedimiento regulado en la LCE.

Asimismo, analiza una resolución del Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE) y, considerando disposiciones de la LCE y de la Ley de Arbitraje, determina que la referida Entidad se pronuncia sobre aspectos que son de competencia exclusiva de la jurisdicción arbitral, vulnerando el principio de no interferencia. Asimismo, se

\* Bachiller en Derecho por la Universidad Privada San Juan Bautista. Actualmente, es Consultor Junior en el Instituto Peruano de Contrataciones y Concesiones con el Estado (IPCCE). Es miembro de la Comisión de Arbitraje de la Sociedad Peruana de Derecho y fue coordinador de prensa y eventos del Grupo de Estudio de Arbitraje de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (GEAR-UNMSM).

concluye, a partir de un acuerdo de Sala Plena del TCE, que dicho procedimiento administrativo sancionador debió suspenderse.

**Abstract:** In this article, the author highlights the importance of the views of the State Contracting Supervisory Agency for the operators of the State Contracting Law and, through some of these, comments on important aspects of the procedure for requesting an exceptional term extension, regulated by Directive No. 005-2020-OSCE/CD, which was created with the aim of reactivating the works contracted under the State Contracting Court that were paralysed as a result of Covid-19. It also briefly explains the differences between the procedure regulated by that directive and the procedure regulated by the State Contracting Law.

Likewise, it analyses a resolution of the State Contracting Court and, considering the provisions of the State Contracting Law and the Arbitration Law, it determines that the referred entity pronounces on aspects that are of exclusive competence of the arbitration jurisdiction, violating the principle of non-interference. Likewise, it is concluded, on the basis of an agreement of the Plenary Chamber of the State Contracting Court, that such administrative sanctioning procedure had need to be suspended.

**Palabras claves:** opiniones, ley, directiva, ampliación de plazos, costos, resolución, competencia.

**Keywords:** opinions, law, guidelines, deadline extension, costs, resolution, competition

## 1. Introducción

Sin duda alguna, las opiniones que emite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), a través de su Dirección Técnica Normativa (DTN), así como las resoluciones del Tribunal de Contrataciones con el Estado (TCE) son

de suma importancia. El OSCE es el único encargado para tal función<sup>1</sup>, al cual le consta interpretar el sentido y alcance de la normativa referida a contrataciones con el Estado.

De este modo, se ejerce lo que Morón Urbina<sup>2</sup> ha considerado como Función Administrativa

1 De acuerdo al literal n) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, una de las funciones del OSCE es absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las entidades públicas, así como por el sector privado y la sociedad civil. Las consultas que le efectúen los organismo del Estado son gratuitas. Véase Ley N° 30225, de 10 de julio, que regula la Ley de Contrataciones del Estado (Diario Oficial El Peruano núm. 12916 de 11 de julio de 2014)

2 Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2005), 94.

Consultiva, siendo que, a través de ella, las Entidades “mediante sus órganos competentes y por medio de dictámenes, informes, opiniones y pareceres técnico-jurídicos, asesoran a los órganos que ejercen la Función Administrativa Activa, facilitándoles elementos de juicio para la preparación y formación de la voluntad administrativa”<sup>3</sup>.

Asimismo, es importante señalar que la interpretación sobre el sentido y alcance de la normativa en contrataciones con el Estado es de carácter vinculante para los operadores de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y su Reglamento<sup>4</sup>.

Ahora bien, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador o al resolver un recurso de apelación, el OSCE, a través de las resoluciones del TCE, va creando una línea jurisprudencial en materia de contrataciones del Estado y precedentes de observancia obligatoria<sup>5</sup>, lo que garantiza predictibilidad en los proveedores, postores, y/o contratistas.

En adelante, destacaremos algunas opiniones del OSCE que fueron emitidas en el marco de la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, la cual regula el procedimiento de ampliación de plazo excepcional, reconocimiento de costos y gastos generales y entrega de adelantos. Tal procedimiento es aplicables a los contratos de obra que quedaron paralizados producto de la pandemia del Covid-19 y la declaratoria de Estado de Emergencia.

Al final de todo, haremos un breve análisis de una resolución del TCE, que a nuestro criterio, se aparta del Acuerdo de Sala Plena N.º 8/2014 e interfiere en la competencia de la jurisdicción arbitral.

## **2. Opiniones del OSCE en el marco del Decreto Legislativo N° 1486 y la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD**

Uno de los efectos que ha tenido la expansión del Coronavirus, en las contrataciones con el Estado, ha sido la paralización de las obras que se encontraban en ejecución bajo la LCE. Ello precisamente ha generado una serie de debates y diversos eventos con discusiones que giraban en torno a cómo se podía reactivar dichas obras, considerando el contexto de pandemia que atravesamos y su afectación en la ruta crítica de los programas de ejecución de obras y la conservación del equilibrio económico-financiero de los contratos.

Al respecto, el 10 de mayo del 2020, se publicó, en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N.º 1486, cuyo objeto fue “establecer disposiciones para mejorar y optimizar la ejecución de las inversiones públicas”. Ello se dió en el marco de la reactivación económica nacional decretada mediante Decreto Supremo N.º 080-2020-PCM. El mencionado Decreto Legislativo, en su Segunda Disposición Complementaria Transitoria, estableció algunas disposiciones que serían aplicables, de forma excepcional, para la reanudación de los contratos

3 Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, tomo 1 (Lima: Gaceta Jurídica, 2005), 241.

4 Si bien ni en la Ley de Contrataciones, ni en su Reglamento, se encuentra disposición expresa en la que se le otorgue carácter vinculante, mediante la Opinión N° 2011-2017/DTN, de 26 de septiembre del 2017, en la que el OSCE responde a consultas sobre ciertas opiniones emitidas por su parte, el mismo ente ha señalado que “[...] no resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser -su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación”.

5 El numeral 59.3 del artículo 59 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece “Mediante acuerdos adoptados en Sala Plena, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria, el Tribunal de Contrataciones del Estado interpreta de modo expreso y con carácter general las normas establecidas en la presente norma y su reglamento”.

de obra y sus respectivas supervisiones paralizadas producto de la crisis sanitaria y la declaratoria de Estado de Emergencia, decretado mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

Entre algunas de esas disposiciones extraordinarias, se creó un procedimiento excepcional de solicitud de ampliación de plazo. Asimismo, se estableció la posibilidad de que se entreguen adelantos en porcentajes mayores a los previstos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE).

Finalmente, se dispuso que sea el OSCE quien, a través de una directiva, implemente lo establecido en la referida disposición complementaria transitoria.

Es así que, el 19 de mayo del 2020, mediante la Resolución N° 061-2020-OSCE/PR, el mencionado organismo aprobó la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, cuyo objeto precisamente fue regular:

- i. “El alcance y los efectos económicos del procedimiento excepcional de ampliación de plazo, y de la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19, dispuestas por los sectores competentes.
- ii. El procedimiento para la solicitud y entrega de adelantos, y,
- iii. Procedimiento para la implementación de las medidas sectoriales dispuestas con posterioridad a la aprobación de la ampliación excepcional de plazo”.

Sin embargo, la delimitación y configuración de los preceptos excepcionales generó mayores interrogantes en el sector privado (contratistas) y en el sector público. Tales fueron motivos de consultas al OSCE, por lo que hubieron opiniones emitidas por su Dirección Técnica Normativa absolviendo todas las consultas realizadas. En adelante, se comentarán

las respuestas del OSCE, no sin antes esbozar algunas definiciones para comprender mejor algunas figuras técnicas que se mencionan constantemente en la referida directiva y que serán repetidas en las opiniones materia del presente escrito.

## 2.1. Definiciones sobre figuras técnicas

### 2.1.1. Ampliación de plazo

Es pertinente diferenciar dos conceptos clave en el ámbito de la contratación pública: el plazo contractual y el plazo de ejecución contractual. El primero se refiere al plazo transcurrido entre la celebración del contrato y la culminación de este; mientras que el segundo comprende el periodo de tiempo con el que cuenta el Contratista para cumplir con sus obligaciones.

En el caso de las ampliaciones de plazo, estas se refieren directamente al plazo de ejecución contractual. En ese sentido, estas derivan la fecha estipulada en la cual el Contratista podía cumplir con sus obligaciones. Al respecto, el OSCE, mediante la Opinión N° 011-2020/DTN, del 30 de enero del 2020, en el que responde una consulta sobre esta figura jurídica, ha señalado en el punto 2.1.1. que:

“Los contratistas deben ejecutar las prestaciones a su cargo dentro del plazo establecido en el contrato, pues de lo contrario, la Entidad debe aplicar la correspondiente penalidad por mora. No obstante, ello, durante la ejecución contractual, pueden configurarse situaciones ajenas a la voluntad del Contratista, que impidan que éste ejecute las prestaciones dentro del plazo contractual. Ante dicha situación, la normativa de contrataciones del Estado le ha conferido el derecho a solicitar una ampliación de plazo”.

### 2.1.2. Cuaderno de obra

El cuaderno de obra es el instrumento oficial de control de todo el proceso de ejecución de una obra; por tanto, es “un instrumento indispensable para la comunicación entre la Entidad y el Contratista, y para el control de la obra, en tanto tiene por finalidad registrar los hechos relevantes ocurridos durante su ejecución para, entre otros fines, sustentar las solicitudes del Contratista y las decisiones de la Entidad”<sup>6</sup>.

### 2.1.3. Gastos generales

De acuerdo con el Anexo N.º1 del RLCE, los gastos generales “son aquellos costos indirectos que el Contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de obras o de los costos directos del servicio”<sup>7</sup>.

### 2.1.4. Adelantos

En principio, debe saberse que la finalidad de los adelantos es “otorgar financiamiento y/o liquidez al Contratista para facilitar la ejecución de sus prestaciones. De esta manera, se evita que el Contratista deba recurrir a fuentes de financiamiento externas que incrementen el costo de la contratación

y que, como consecuencia, trasladen dicho incremento a la Entidad”<sup>8</sup>.

Ahora bien, la normativa en contrataciones con el Estado ha contemplado dos clases de adelantos: adelanto directo y adelanto para materiales o insumos. El primero de ellos es aquel adelanto que le servirá al Contratista financiar su obra realizando sus primeros gastos, como, por ejemplo, el traslado de sus equipos, el pago de planilla de su personal, etc; mientras que el segundo de ellos es aquel adelanto que le servirá al Contratista financiar la compra oportuna de materiales o insumos para ejecutar la obra, de acuerdo a un calendario de adquisición de materiales.

## **2.2. Opinión N° 054-2020/DTN: “Acreditación de costos directos e intervención del supervisor de obra en la solicitud de ampliación de plazo del ejecutor”<sup>9</sup>**

### 2.2.1. Respuestas del OSCE

Cabe destacar dos de las consultas que el OSCE absuelve:

1. ¿Los recibos por honorarios emitidos por el personal clave, por el periodo comprendido entre el 16.03.20 a la fecha de reinicio efectivo de la Obra, califica para acreditar “debidamente” los costos en los que se incurrió en dicho periodo?

6 Opinión N° 086-2019/DTN, de 21 de junio del 2019, en la cual responde una consulta sobre el cuaderno de obra. Decreto Supremo N° 344-2018-EF, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Diario Oficial El Peruano núm. 14778 de 31 de diciembre del 2018), Anexo 1.

7 Así lo ha entendido el OSCE en su Opinión N° 064-2018/DTN, de 11 de mayo del 2018, en la cual responde una consulta sobre entrega de adelantos para materiales o insumos.

8 Véase Opinión N.º 054-2020/DTN, de 17 de julio de 2020, que trata los alcances sobre la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD.

9 Este principio está contenido en el literal j) del artículo 2 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, que establece que “[l]a conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida [...]”. Ley N° 30225.

2. ¿Existe una obligación contractual para el Supervisor de Obra de revisar esta solicitud considerando que la Directiva no exige la participación del Supervisor ni el Contrato de Supervisión lo prevé y, en consecuencia, no existe obligación legal ni contractual?

El OSCE, como respuesta a la primera consulta, señaló:

“El reconocimiento de gastos generales y/o costos directos relacionados con la ampliación excepcional de plazo que regula la Directiva debe sujetarse a los principios de eficacia y eficiencia, equidad e integridad, tal como se establece en el numeral 6.5 de la Directiva. En ese contexto, para efectos del pago por **dichos conceptos económicos**, éstos deben **encontrarse debidamente acreditados**, sustentándose **mediante facturas, boletas de pago u otros documentos** que permitan acreditar fehacientemente que se ha incurrido en tales conceptos. Al respecto, **corresponde a la Entidad determinar si los recibos por honorarios presentados por el supervisor de obra resultan suficientes para tales efectos**, o si requiere de documentación adicional” (El negrita es nuestro).

De otro lado, con respecto a la segunda consulta, el OSCE la absolvió en los siguientes términos:

“Si bien la Directiva prevé que la evaluación sobre la solicitud de ampliación excepcional de plazo del ejecutor de obra recae sobre las Entidades, en aplicación del mandato contenido en el numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley, y considerando además que **muchas de ellas no cuentan con un área técnica o no se encuentran en la capacidad de pronunciarse sobre dicha**

**solicitud sin la opinión técnica del supervisor de obra**, como sustento; **tales Entidades podrían ordenar que el supervisor efectúe el servicio que dicha evaluación demanda** (emitir opinión técnica sobre la referida solicitud), **en cuyo caso, éste se encontraría obligado a efectuarlo**, y la Entidad a reconocer y pagar el costo correspondiente por dicho servicio, el cual cuantificaría el supervisor en la solicitud que presente conforme al numeral 7.6 de la Directiva” (El negrita es agregado).

### 2.2.2. Comentarios añadidos

Como puede apreciarse, el contenido de esta opinión resulta ser sumamente importante, dado que, en efecto, la Directiva determina una lista “abierta” para que el Contratista, a quien en un determinado caso se le haya otorgado la ampliación de plazo, pueda acreditar los costos en los que haya incurrido en el periodo de paralización de la obra. Asimismo, señala que estos pueden ser acreditados, por boletas, facturas o “por cualquier otro documento”. Sin embargo, se indica, también, que será cada Entidad la responsable de evaluar si esos “otros documentos” (como el recibo por honorarios) resultan ser suficientes para ello.

Al respecto, consideramos que el poder de discreción que se le otorga a la Entidad sobre la evaluación de los documentos para acreditar los costos incurridos puede ser perjudicial en cierta medida, dado que, a criterio suyo, determinado documento “X” no podría resultar suficiente para reconocer tales costos, lo que, finalmente, podría conllevar a que el Contratista quiera resolver la cuestión en un arbitraje. A pesar de ello, el OSCE hace bien en señalar que el reconocimiento de los costos y gastos generales en el marco de la Directiva deben ser reconocidos bajo

los principios de integridad<sup>10</sup>, equidad<sup>11</sup>, eficiencia y eficacia<sup>12</sup>.

Otro dato interesante que se destaca en la referida opinión es lo señalado con respecto a la obligación del supervisor de obra, pues este se encargará de evaluar la solicitud de ampliación de plazo solicitada por el ejecutor, si es que la Entidad así se lo requiere (por no contar con un área técnica que pueda realizar dicha función), quedando obligada a pagarle al mencionado funcionario el costo correspondiente por el servicio prestado.

Ello resulta interesante, puesto que, a diferencia del RLCE<sup>13</sup>, que sí regula expresamente la obligación del supervisor de emitir opinión técnica respecto a la solicitud de ampliación de plazo del ejecutor de obra, la Directiva, en su numeral 7.1.2, traslada esa obligación al área usuaria de la Entidad. Entonces, a través de esta opinión, aparentemente, el OSCE extiende dicha obligación al supervisor en los casos que la Entidad se lo requiera. Además, cabe precisar que, en todo momento debe tenerse en cuenta el

*“El OSCE hace bien en señalar que el reconocimiento de los costos y gastos generales en el marco de la Directiva deben ser reconocidos bajo los principios de integridad, equidad, eficiencia y eficacia”.*

carácter excepcional de lo regulado por la directiva.

### **2.3. Opinión N° 069-2020/DTN: “Entrega de Adelanto Directo aun cuando haya sido solicitado extemporáneamente”<sup>14</sup>**

Una medida que no ha sido ajena a lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N.º 1486 es la posibilidad de se entreguen adelantos directos para materiales incluso en porcentajes mayores a lo regulado por el RLCE<sup>15</sup>. Así,

se esta permitiendo que se den adelantos directos respecto al contrato de hasta el 15% del monto original y, en el caso de adelantos para materiales, de hasta un 25%.

#### 2.2.1. Respuestas del OSCE

Nos centraremos solo en el primer tipo de adelanto,

- 10 Este principio está contenido en el literal i) del artículo 2 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, que establece que “[l]as 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”. Ley N° 30225.
- 11 Este principio está consagrado en el literal f), del artículo 2 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, que establece que “[t]odo 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”. Ley N° 30225.
- 12 El Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, en el numeral 98.2, de su artículo 198, establece “El inspector o supervisor emite un informe que sustenta técnicamente su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la Entidad y al Contratista en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud [...]”.
- 13 Véase Opinión N.º 069-2020/DTN, de 20 de agosto de 2020, que trata los alcances sobre la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD.
- 14 El Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 180, establece como tope máximo para el adelanto directo el 10% del valor total del contrato y, para el caso de adelantos para materiales, el 20%.
- 15 Véase Opinión N.º 081-2020/DTN, de 7 de septiembre de 2020, que responde consultas sobre los costos y gastos determinados en la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD.

ello en virtud a que en la presente opinión, es la siguiente: ¿Es legal que la Entidad entregue el adelanto directo, pese a que el Contratista lo haya solicitado fuera del plazo previsto en la Directiva?

La referida consulta, fue absuelta de la siguiente forma:

“De esta manera, **si bien la Directiva establece un plazo para la presentación de la solicitud del adelanto directo**, ésta **no ha previsto que dicho plazo sea de carácter perentorio o que la sola presentación extemporánea de la referida solicitud ocasione su improcedencia** (como sí lo hace la normativa de contrataciones del Estado), dado que la intención del legislador, en este contexto de Emergencia Sanitaria, es otorgar los adelantos requeridos para que el ejecutor de obra pueda contar con la liquidez necesaria a fin de cumplir con las obligaciones a su cargo y reiniciar la obra, una vez aprobada la ampliación excepcional de plazo” (El negrita es nuestro).

### 2.3.2. Comentarios añadidos

Lo señalado por el OSCE en dicha respuesta resulta muy importante, ya que consideramos que la misma se enmarca en el principio de eficiencia y eficacia. Sobre todo, salvaguarda la finalidad de lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N.º 1486, esto es, la reactivación de las obras públicas que quedaron paralizadas producto de la pandemia del Covid-19, descartando

la posibilidad de que, por incumplimiento de una formalidad no esencial por parte del Contratista, se declare improcedente la solicitud de adelanto directo y, como consecuencia de ello, el Contratista no tenga como financiar los primeros gastos para continuar con la ejecución de la obra. Sin embargo, no olvidemos que la respuesta del OSCE es tan excepcional como lo regulado por la Directiva, pues la regla general contemplada en el numeral 181.1 del artículo 181 del RLCE establece que, si el Contratista no presenta la solicitud de adelanto directo dentro de los 8 días, ya no procederá plazo.

### **2.4. Opinión N° 081-2020/DTN: “Revisión Periódica de los costos directos y gastos generales reconocidos”<sup>16</sup>**

Como bien se ha mencionado anteriormente, la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo excepcional trae consigo el reconocimiento de costos directos y gastos generales variables para lo cual el Contratista, una vez aprobada la solicitud de ampliación de plazo, deberá presentar a la Entidad la cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique ejecutar la obra bajo el nuevo plazo de ejecución, aquellos que impliquen la implementación de las medidas para prevención y control frente a la propagación del COVID-19, aquellos que resulten necesarios para garantizar la adecuada custodia y/o mantenimiento de las partidas ejecutadas de la obra, y, también, aquellos respectos a los materiales, insumos, mobiliarios, entre otros, que se vayan a utilizar una vez reanudada la obra<sup>17</sup>.

16 Conceptos establecidos en el numeral 7.4.1 de la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, de 19 de mayo del 2020, que establece los 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.º 1486.

17 La Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, en el tercer párrafo del numeral 7.4.2 establece que, en caso de que la Entidad discrepe de la cuantificación realizada por el Contratista con respecto a los costos directos y gastos generales, se aplicará provisionalmente los términos planteados por la Entidad, manteniendo el Ejecutor de Obra su derecho de someter las discrepancias a los mecanismos de solución de controversias.

Sin embargo, ¿qué sucede si la Entidad no se encuentra de acuerdo con la cuantificación presentada por el Contratista? La respuesta inmediata a dicha interrogante tal vez sería que “el Contratista puede controvertir dicha decisión sometiéndola a arbitraje o conciliación”, la cual es una respuesta que, sin duda, no está mal. Sin embargo, como podremos ver, los lineamientos que establece la Directiva no fueron elaborados con la finalidad de que, frente a cualquier discrepancia entre la Entidad y el Contratista, la misma tenga que inmediatamente someterse a un arbitraje. Ello sería contraproducente: ese no es el espíritu de la Directiva.

### 2.2.1. Respuestas del OSCE

Así lo ha considerado el OSCE, en la presente opinión, en la cual se le consultó lo siguiente: ¿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?

El OSCE respondió de la siguiente forma:

“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 [...]**”. “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 [...]” (El negrita es agregado).

En efecto, consideramos que lo establecido en el numeral 7.5.2 de la Directiva y la respuesta del OSCE, en el marco de dicho numeral, resalta, una vez más, la flexibilidad de la referida Directiva, puesto que permite que, una vez aprobada, ya sea en su totalidad o de forma parcial<sup>18</sup>, la cuantificación de los costos directos y gastos generales por parte del Contratista, este pueda ser objeto de revisión periódica y no sea definitiva. Además, menciona que la aprobación se realiza en base a estimaciones y/o aproximaciones. A nuestro parecer, todo esto garantiza, en primer lugar, que el contrato mantenga el equilibrio económico-financiero y, en segundo lugar, permite que el Contratista, en caso se le haya reconocido parcialmente dichos costos y gastos generales, pueda solicitar la revisión de estos y puedan hacerse los ajustes que sean necesarios de corresponder, antes de recurrir a los medios de solución de controversias.

### **3. Analizando la Jurisprudencia del OSCE: a propósito de la Resolución N° 1450-2020-TCE-S4**

Luego de analizar algunas opiniones destacadas, emitidas por la DTN-OSCE, en el marco de la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD y que regulan el procedimiento de solicitud de ampliación de plazo excepcional, en el presente acápite, trasladándonos a otro órgano autónomo del mismo OSCE, realizaremos breves consideraciones sobre la Resolución N° 1450-2020-TCE-S4, de fecha 15 de julio del 2020,

18 Actualmente, a fecha de diciembre del 2020, su nombre ha variado y es Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (MIDAGRI).

emitida por la Cuarta Sala del TCE. En el marco de un procedimiento administrativo sancionador, en la cual, la referida Sala sanciona a una empresa por haber ocasionado que, por causa atribuible a ella, la Entidad resuelva el contrato, pese a que la misma Contratista solicitó la suspensión de dicho procedimiento en virtud a que la referida resolución de contrato se encontraba siendo cuestionada en un arbitraje.

### 3.1. El caso objeto de análisis

Se trata de la sanción impuesta a la empresa Ok Computer E.I.R.L (en adelante, la Empresa), especializada en la venta de computadoras, a quien se le había adjudicado una orden de compra cuyo objeto era que proveyera de 5 computadores de imagen – scanner al Servicio Forestal Nacional y de Fauna Silvestre (SERFOR) del Ministerio de Agricultura y Riego (MINAGRI)<sup>19</sup>. Sin embargo, producto de problemas surgidos en la fase de ejecución contractual, la Entidad tuvo que resolver el contrato. Después de ello, solicitó, ante el TCE, la aplicación de una sanción para la Empresa porque las causas por las cuales se aplicó el mencionado remedio contractual, le son atribuibles y porque tal resolución quedó consentida, pues la Contratista no la habría sometido, durante el tiempo delimitado, a debate ante algún mecanismo de solución de controversia.

La Empresa, al ser notificada con el inicio del procedimiento administrativo sancionador, solicitó la suspensión del mismo, dado que la resolución contractual por la cual se le quería sancionar, estaba siendo materia de controversia en un arbitraje. Además, le informó al TCE que ya se había realizado la audiencia de ilustración de hechos, la misma

que había sido postergada por acumulaciones de pretensiones por parte de la Empresa.

### 3.2. Considerandos y decisión del TCE

La Cuarta Sala del TCE, para decidir si sanciona o no a la Contratista, examinó la concurrencia de dos requisitos: (i) que la resolución contractual haya sido efectuada respetando el debido procedimiento contemplado en el RLCE y (ii) que la resolución contractual haya quedado consentida o firme.

Sobre el primer requisito, la referida Sala, señaló que, al haber sido diligenciado por conducto notarial, la resolución contractual había respetado el debido procedimiento establecido. Sobre el segundo requisito, señaló que, si bien la empresa había iniciado un arbitraje contravirtiendo la resolución contractual, esta había sido presentada de forma extemporánea, por lo que el remedio habría quedado consentido y correspondía aplicar la sanción respectiva que implicaba cuatro meses de inhabilitación temporal.

### 3.3. Análisis

Nosotros discrepamos con la decisión del TCE, en tanto consideramos que el criterio de la referida sala es errado, toda vez que interferiría con la competencia exclusiva de los tribunales arbitrales para resolver las controversias que surjan durante la fase de ejecución contractual en el marco de la LCE, como es el caso de las materias vinculadas a la resolución contractual. Asimismo, inaplica el Acuerdo de Sala Plena N° 8/2014 en el que el OSCE estableció criterios de carácter vinculante para la suspensión del procedimiento administrativo sancionador en

<sup>19</sup> Publicado, en el Diario Oficial El Peruano, el 21 de enero del 2015.

algunos supuestos determinantes. Con todo ello dicho, cabe plantearse las interrogantes que a continuación vamos a realizar.

**3.3.1. ¿Debe suspenderse o no un procedimiento administrativo sancionador cuando el resultado de este depende del resultado de otro proceso o procedimiento?**

En primer lugar, resulta importante tener en cuenta que en el presente caso, la infracción por la cual se le sancionó a la empresa se encuentra tipificada en el literal f) del artículo 50 de la LCE: “Ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, incluido Acuerdos Marco, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral”.

Se aprecia que, para que la infracción se concrete y, por lo tanto, sea pasible de sanción, se requiere, previamente, que la resolución contractual efectuada por la Entidad haya quedado consentida o firme, entendiéndose por consentida el hecho de que el Contratista, habiendo tomado conocimiento del remedio, no haya controvertido la misma sometiénola algún mecanismo de resolución de conflictos que prevé la LCE. Por su parte, la expresión “firme en vía conciliatoria o arbitral” refiere a que, si el Contratista habría sometido la resolución contractual a conciliación o arbitraje, la misma haya sido validada mediante un acta o laudo, inimpugnables en nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, en el caso en concreto, se aprecia, en la misma resolución del TCE, que el Contratista solicitó la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, informando a dicho Tribunal que la

resolución contractual efectuada por la Entidad, por la cual se pretendía sancionarla, estaba siendo materia de discusión de un arbitraje. No obstante, el TCE decidió continuar con el procedimiento y sancionó a la empresa, fundamentando dicha decisión en que la empresa habría iniciado el arbitraje fuera del plazo de caducidad que establece la LCE.

Al respecto, consideramos que, la referida sala del TCE, no ha considerado lo dispuesto por el ya mencionado Acuerdo de Sala Plena N° 8/2014<sup>20</sup>, cuya decisión de mayoría acordó:

“No corresponde suspender los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por las infracciones tipificadas en los literales d), e) y j) del numeral 51.1) del artículo 151 del Decreto Legislativo N°1017, aun cuando se haya instalado el Tribunal Arbitral o árbitro único en un proceso arbitral cuya materia controvertida este referida a la nulidad de contrato.

En los casos distintos a los señalados, corresponde a las Salas del Tribunal evaluar cada solicitud de suspensión según sea imprescindible, para la determinación de la responsabilidad administrativa del proveedor, participante, postor, Contratista y/o experto independiente, la definición previa de algunos hechos, situaciones y/o condiciones (requeridas para la configuración del ilícito administrativo) en el proceso arbitral”.

Cabe precisar, en el Decreto Legislativo N.º 1017, Ley del Arbitraje, las infracciones contempladas en los literales d), e) y f) del numeral 51.1 del artículo 51, las cuales son contratar encontrándose impedido para tal acción, registrarse como participante, así como

20 Con el Decreto Legislativo N° 1444, se ha limitado el supuesto de infracción solo a la suscripción de contrato o acuerdo marco sin contar con RNP vigente.

presentar propuesta sin contar con Registro Nacional de Proveedores vigente<sup>21</sup> y presentar documentación falsa o inexacta, actualmente, se encuentran tipificadas también en los literales c), k) i) y j) de la LCE.

De lo anterior, puede afirmarse, sin lugar a dudas, que el supuesto de infracción contenido en el literal f) del artículo 50 de la LCE no se encuentra dentro de los supuestos por los cuales no procedería la suspensión del procedimiento administrativo sancionador cuando este sea solicitado por el Contratista al haber sometido la resolución contractual de la Entidad a un arbitraje en el cual aun no existe pronunciamiento definitivo y, por tanto, dicha resolución aún no es un acto firme.

La razón por la cual debe o tiene que suspenderse un procedimiento administrativo sancionador, en el caso en concreto, se encuentra en que la competencia para decidir si una resolución contractual ha sido efectuada de conformidad a la LCE y el RLCE es exclusiva de los tribunales arbitrales o, en todo caso, de las partes en un acuerdo conciliatorio. En esa línea, consideramos que, en el presente caso, la Cuarta Sala del TCE debió suspender el procedimiento administrativo sancionador, en virtud a que la resolución contractual por la cual se le sancionó no había adquirido firmeza, requisito indispensable para

la configuración de la infracción tipificada en el literal f) del artículo 50 de la LCE.

Ahora bien, con respecto al fundamento de la referida Sala<sup>22</sup>, concerniente al arbitraje iniciado por la empresa, y el sometimiento a controversia de la resolución contractual de la Entidad que fue iniciado fuera del plazo establecido en la LCE, consideramos que el mismo es errado e invade competencias del Tribunal Arbitral constituido para resolver dicha controversia. Sobre lo dicho debemos argumentar que este último puede resolver si, al momento de iniciarse el referido arbitraje, había o no operado la caducidad.

3.3.2. ¿Puede el TCE, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador por la infracción tipificada en literal f) de la LCE, pronunciarse sobre aspectos cuya competencia se le ha reservado exclusivamente a la jurisdicción arbitral?

La respuesta a esta interrogante, definitivamente, es no. En consecuencia, en primer lugar es pertinente tener en cuenta que, por disposición de la LCE, las controversias que surjan durante la fase de ejecución, entre las cuales se encuentra la resolución contractual, deben ser resueltas en arbitraje o conciliación<sup>23</sup>. Por lo tanto, puede afirmarse que la decisión respecto a

21 En el fundamento 19 de la resolución emitida por la referida Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, se señaló: “De otro lado, cabe anotar que el Contratista informó al Tribunal, que inició arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y adjuntó copia de la solicitud de arbitraje, presentada el 16 de mayo de 2019. Sin embargo, conforme se ha señalado, el Contratista tenía como plazo máximo para someter la controversia a arbitraje, hasta el 11 de marzo de 2019, por lo que se advierte que aquel fue iniciado fuera del plazo establecido en la normativa aplicable al caso.

22 El numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley N° 30225, Ley Contrataciones del Estado, establece que “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje ad-hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje”.

23 **“Artículo 40.- Competencia del Tribunal Arbitral.**

El Tribunal Arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales.” Decreto Legislativo N° 1071, de 27 de junio, que norma el arbitraje (Diario Oficial El Peruano núm. 10276 de 28 de junio del 2008).

si una resolución contractual sometida a arbitraje ha sido efectuada o no de conformidad a la normativa de la materia le compete exclusivamente al Tribunal Arbitral que se constituyó para tales efectos, siendo, asimismo, el único competente para decidir sobre cualquier otro aspecto conexas con la controversia sometida a su competencia, ello de conformidad con el artículo 40º de la Ley del Arbitraje<sup>24</sup>.

Esta competencia exclusiva de la jurisdicción arbitral incluso ha sido reconocida a nivel constitucional, en el fundamento 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaído en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, en el cual el referido Tribunal señaló lo siguiente:

“Este Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. **Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros - incluida autoridades administrativas y/o judiciales- destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje**, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes” (El resaltado es nuestro).

Entonces, considerando lo dispuesto por la LCE, el artículo 40º del Decreto Legislativo que norma el arbitraje, y lo señalado por el Tribunal Constitucional, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Es competencia del TCE decidir si el arbitraje fue iniciado o no dentro del plazo previsto? ¿Es competencia del TCE determinar

si la resolución contractual se realizó conforme al procedimiento establecido en el RLCE?.

Hay que señalar que, en primer lugar, todo el plazo para iniciar un arbitraje en contrataciones públicas es de caducidad<sup>26</sup>. La respuesta a la primera subinterrogante se enfoca en determinar quién es el encargado de definir si la solicitud de arbitraje fue presentada dentro o fuera del plazo de caducidad. Se podría afirmar, sin duda alguna, que, lógicamente, lo dictamina el mismo Tribunal Arbitral, ya sea de oficio o a pedido de alguna de las partes interesada que lo haya deducido como excepción. Entonces, cuando, en el presente caso, la referida Sala del TCE fundamenta su decisión considerando que, si bien la empresa había sometido a arbitraje la resolución contractual de la Entidad, este había sido iniciado fuera del plazo para tal efecto, lo que realmente está haciendo es declarar la caducidad de las pretensiones de la empresa referidas en dicha resolución contractual, otorgándole así firmeza a la misma. ¿Ella es correcto? Desde luego que no, dado que es una interferencia clara a la competencia otorgada a los árbitros, pues es este último quien, a raíz de la evaluación de los hechos, así como de los documentos que la Empresa y la Entidad hubiesen presentado, debe evaluar si en el mismo operó o no la caducidad. Podría darse el caso que la empresa haya activado primero la conciliación y, al no haberse arribado a una solución, después haya iniciado el arbitraje. En todo caso, consideramos que la Sala del TCE debió solicitar al Tribunal Arbitral o al Centro de Arbitraje mayor información sobre el arbitraje y, de esa forma, contar con mayores elementos para resolver el procedimiento administrativo sancionador.

Por último, un extremo más de la resolución materia de análisis que nos llamó la atención, y que está vinculada a nuestra segunda subinterrogante,

24 Ello de conformidad con el numeral 45.9 del artículo 45 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

es aquel en el cual la referida Sala del TCE, para determinar la configuración de la infracción contenida en el literal f) del artículo 50 de la LCE, analiza si la resolución contractual efectuada por la Entidad fue realizada conforme al procedimiento establecido en el RLCE. Aparentemente, la Sala se estaría pronunciando sobre otro aspecto que también es de exclusiva competencia del fuero arbitral, ya que estaría analizando la validez de la resolución contractual para la configuración de la infracción. Todo lo anterior, nos lleva a reiterar que el procedimiento administrativo sancionador debió suspenderse, respetando, así, la competencia de los árbitros para conocer las pretensiones que la Empresa pudo plantear respecto de la resolución contractual efectuada.

#### 4. Conclusiones

1. La Directiva N° 005-2020-OSCE/CD fue emitida por disposición del Decreto Legislativo N° 1486 que estableció normativa para mejorar y optimizar la ejecución de las inversiones públicas. En su segunda disposición complementaria transitoria, dictó medidas para reactivar las obras que quedaron paralizadas a raíz de la pandemia por el Covid-19 y su declaratoria de Estado de Emergencia.
2. La Directiva N° 005-2020-OSCE/CD regula el procedimiento de solicitud de ampliación de plazo excepcional, el reconocimiento de costos directo y gastos generales, y la entrega de adelantos directos y adelantos para materiales.
3. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), a través de sus opiniones de carácter vinculante, ha interpretado diversos

extremos de la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, estableciendo que el responsable de revisar la solicitud de ampliación de plazo excepcional del ejecutor de obra es la misma Entidad con la cual se ha negociado. Asimismo, ha determinado que el plazo que tiene el Contratista para la entrega de adelanto directo no es perentorio y, por último, que los costos y gastos generales reconocidos pueden ser objeto de revisión periódica.

4. El Tribunal de Contrataciones del Estado debe suspender un procedimiento administrativo sancionador cuando en la configuración de la infracción por la que se pretende sancionar a una empresa, sea imprescindible la definición previa de algunos hechos, situaciones y/o condiciones (requeridas para la configuración del ilícito administrativo) en el proceso arbitral, conforme al Acuerdo de Sala Plena N.º 8/2014.
5. La competencia exclusiva para decidir si el arbitraje ha sido iniciado o no dentro del plazo de caducidad, así como para decidir sobre la validez de una resolución de contrato, celebrada en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado, es el Tribunal Arbitral o Árbitro único, cuando la misma haya sido sometido a arbitraje.

#### Bibliografía:

Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*, tomo 1. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Gaceta Jurídica, 2005. 