

3era Edición

Nuevos retos planteados

José Andrés Lama



Los Retos que nos plantea el D.L. N° 1486 y la Directiva 005-2020/OSCE en Obra Pública

Posibles Inconvenientes y Recomendaciones¹

Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1486 (D.L. 1486), en especial por la segunda disposición complementaria transitoria, se abre una puerta más hacia una nueva visión en la contratación pública, camino que dependerá del Estado que sea recorrido con un norte definido y sin retrocesos.

El decreto en mención muestra un gran avance en la legislación de contratación pública, porque en primer lugar el Estado reconoce el efecto de la pandemia y la necesidad de reestructurar las prestaciones acordadas en los contratos de obra pública a reembolsar. En segundo lugar, disponer que las Entidades se encuentren facultadas para acordar con el ejecutor de obra las modificaciones contractuales que permitan implementar las medidas de control y prevención del virus, según el literal c) de la segunda disposición complementaria transitoria del D.L. 1486. Resaltamos esta nueva visión de dar un paso adelante y comenzar las negociaciones con la premisa de tener que reconocer el mencionado sobrecosto que arrastran los nuevos planes de control y prevención del COVID-19. Ese paso se traduce en un nuevo paradigma o patrón en la contratación pública, ya viene de la mano con la posibilidad de negociar con el contratista. Esto último otorga un criterio de flexibilidad acompañado con nuevos dispositivos legales, pero ¿qué límites tiene?

En el ámbito público, a diferencia del privado, no se pueden celebrar actos o suscribir acuerdos si éstos no se encuentran regulados de modo explícito. Sin embargo, con el mencionado nuevo patrón, existe un cambio en referencia a la negociación del Estado con el contratista en torno a la flexibilidad que las Entidades pueden y deben ahora practicar. Por el virus COVID-19, se tendrán que iniciar renegociaciones de los contratos, a fin de determinar el reconocimiento y/o la asunción de riesgos y costos, tanto en el gasto general como el costo directo, modificando los Precios Unitarios ofertados y contratados.

comunicación y registro de las desviaciones se convierte en una acción vital para fundamentar un reclamo, y quien lo lleve a cabo, sea este el contratista o la contratante, estará en mejor posición de negociar un precio o un plazo.

¹ José Andrés Lama Bustinza. Socio Fundador de Solutio Project. Árbitro y Adjudicador

Con la emisión de la directiva N° 005-2020-OSCE/CD (en adelante la Directiva) y las rectificaciones efectuadas posteriormente por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) mediante la Resolución N° 069-2020-OSCE/PRE se exige que el reconocimiento de gastos generales y/o costos directos relacionados a la Ampliación Excepcional de Plazo (AEP) deban sujetarse a los principios de eficacia y eficiencia, y a los de equidad e integridad.

El principio de eficacia y eficiencia nos señala que primará en las decisiones del Estado los fines y las metas programáticas sobre las formalidades no esenciales, garantizando la oportuna satisfacción de los fines públicos. Se busca, en resumen, el beneficio en las condiciones de vida de las personas, así como el interés público². En definitiva, se busca el bien público por sobre lo formal, debiendo tener un interés más pragmático en la negociación con el Contratista para obtener su objetivo esencial, como es la culminación de la obra en beneficio de cierta población necesitada de ésta.

Por otro lado, el principio de equidad nos señala que las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad. En el caso de integridad, la conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación esta guiada por la honestidad y veracidad³. Teniendo estos principios claros, ¿tenemos el camino despejado para resolver posibles diferencias entre la Entidad y el Contratista frente a la solicitud de cada AEP en relación a cómo calcular los gastos generales y los costos directos? Lamentablemente no. Si bien tenemos principios que regirán los actos que resolverán este nuevo escenario, no se resuelve el procedimiento o protocolo de cómo lo harán. Por ello, creemos que a partir de la aplicación de la Directiva surgen los siguientes inconvenientes detectados y sugerencias:

1. En relación al reconocimiento de los gastos generales y costos directos como consecuencia de la AEP, en referencia al numeral 6.2. y el numeral 7.2.3. de la Directiva ¿Qué criterios guiarán a la Entidad para discriminar los costos directos que aprobará y los que no de acuerdo a los planes que cada Contratista implemente? Los contratistas y sus proveedores (así como su propia cadena de abastecimiento interno) han establecido previamente ciertos precios cerrados y en base a éstos se determinó un precio unitario (PU) estable. Como sabemos, para llegar a dichos PU's el contratista pronosticó previamente el tiempo de ejecución de la obra (elemento en este momento distorsionado), procesos logísticos que la coyuntura obligará a que sean reajustados, y una variedad de criterios financieros y administrativos que a la luz de la actual coyuntura se encuentran desfasados en gran medida. Actualmente las condiciones del mercado han cambiado significativamente en la oferta de varios insumos y materiales (por la escases en algunos casos debido a la pandemia). Esto traerá como consecuencia una alta de demora de acuerdos o que éstos no lleguen en ciertos aspectos en los que el contratista tiene marcada expectativa.
2. Sobre la cuantificación de conceptos que impliquen la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 como

² Literal f) del artículo 2 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado

³ Literal i) y j) del artículo 2 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

lo señala el numeral 7.5.1 ¿podrán las Entidades alcanzar acuerdos contratistas de modo efectivo a partir de un análisis técnico común? Si por ejemplo se tiene una partida de acero en vigas que tiene un rendimiento de 250Kg/día y éste sufre una caída de 25%, es decir 187 Kg/día, por las condiciones de improductividad que le significaría al contratista operar con la aplicación de los lineamientos establecidos para el control y prevención del COVID 19, podríamos tener un incremento en el PU en esta partida de alrededor del 10%, eso sin tener en cuenta el incremento del precio del acero. En dicho ejemplo ¿la Entidad tendría todos los elementos de juicio para aceptar o denegar la nueva cuantificación presentada para aprobación por parte del contratista? Se requiere el análisis de otros componentes más. Los rendimientos y el precio de los componentes de la obra son establecidos por el contratista considerando una serie de elementos, entre ellos sus propias buenas prácticas y el know-how acumulado durante años de experiencia y conocimiento de la industria, lo que se traduce en un determinado procedimiento constructivo de la mano con la tecnología considerada a emplear. Dichos rendimientos se encuentran reflejados en el presupuesto ofertado. Por lo tanto ¿a la Entidad le basta un análisis de rendimientos solo a partir de los planes de prevención y control de COVID-19 para el cálculo y aprobación de los nuevos costos directos? Pensamos que en este caso el análisis de rendimientos por parte de la Entidad debe ser mucho más flexible y abierto a las premisas que proponga el contratista también a partir de los procesos de producción y tecnología planificada.

3. Ante la ausencia de personal clave por la ejecución de los lineamientos de prevención y control que señala la Directiva ¿Qué mecanismos tiene el contratista para mitigar dicho escenario? Se requiere establecer un rango mayor y más flexible de requisitos para la sustitución de dicho personal. Urge que las Entidades suspendan cualquier ejecución de penalidades hasta que esto no sea reestructurado mediante acuerdos y compromisos entre las partes. Así también el OSCE podría elaborar parámetros donde previamente requiera la colaboración de instituciones como (por ejemplo) el Colegio de Ingenieros del Perú, los Colegios de Abogados del país, las Universidades y la Contraloría General de la República (CGR) considerando las capacidades de cada profesional en función de la complejidad de cada proyecto. Otra recomendación sería implementar una modalidad de sustitución temporal dentro de los plazos de la obra, como una medida complementaria.
4. En caso de existir discrepancias en una solicitud de AEP como señala el numeral 7.3.3 de la Directiva, igualmente el contratista está obligado a continuar con la obra sólo bajo los criterios de la Entidad, salvando su derecho a resolverlo en sede arbitral o en JRD (dependiendo del sistema contractualmente establecido de solución de controversias). El mantener a salvo el derecho del contratista no evita que éste se vea financieramente más impactado (ya golpeado previamente por la pandemia) y tenga que financiarla por el empleo de criterios de la Entidad, que como hemos comentado, no se encuentran claros en ningún instrumento técnico al cual los funcionarios y los privados puedan acudir. Ante esto es necesario resaltar lo importante de tener un instrumento que otorgue

predictibilidad en los acuerdos y, por consiguiente, mayor transparencia según un principio más de la contratación del Estado.

5. Asimismo, es indispensable la participación activa y eficiente de las Juntas de Resolución de Controversias en las obras donde éstas ya han sido acordadas, además de incentivar a las Entidades y los contratistas que lo puedan implementar cuando éstas no se han establecido a la firma del contrato, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 243.4° del Reglamento de Contrataciones del Estado. Las opiniones que emita la Junta o las decisiones vinculantes en cada diferencia que tengan las partes en relación al reconocimiento de los nuevos costos y gastos generales serían una salida eficiente y oportuna. Ello agilizaría las obras y así evitaría mayor carga y perjuicio económico al contratista, frente a la posibilidad que sea un tribunal arbitral quien decida las diferencias, por las demoras que esto supondría y los impactos económicos por el tiempo que ello demandaría.
6. Es positivo y transparente no sólo para el contratista, sino también para la ciudadanía, que se exija la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal para implementar los cambios según lo señala el numeral 9.3 de la Directiva, ya que cada Entidad deberá contar con los recursos necesarios de modo anticipado a cada aprobación. Sin embargo, de no tener los fondos suficientes para la culminación, creemos indispensable una re-evaluación de las necesidades de la población en función a la infraestructura comprometida, puesto que con menos recursos se podría reestructurar una escuela, un proyecto vial o un hospital evaluando menores dimensiones. Es mejor alcanzar metas posibles que dejarlas inconclusas. Ello sería una muestra de la aplicación del principio de eficacia y eficiencia como señala la misma Directiva, donde buscar un beneficio público, al menos parcialmente, a favor de la población para satisfacer una determinada necesidad sería lo adecuado.

El principio de eficacia y eficiencia nos señala que primará en las decisiones del Estado los fines y las metas programáticas sobre las formalidades no esenciales, garantizando la oportuna satisfacción de los fines públicos. Se busca, en resumen, el beneficio en las condiciones de vida de las personas, así como el interés público. En definitiva, se busca el bien público por sobre lo formal, debiendo tener un interés más pragmático en la negociación con el Contratista para obtener su objetivo esencial, como es la culminación de la obra en beneficio de cierta población necesitada de ésta.

Por otro lado, hay distintos puntos positivos a resaltar como es la modificación inmediata de los contratos públicos sin necesidad de adenda una vez aprobado la AEP, la apertura de las Entidades para una periódica revisión de los acuerdos tomados y en particular de los componentes económicos para mantener un equilibrio en las prestaciones, entre otros acápites que otorgan una mejora en situaciones como las actuales. Ello marca un nuevo parámetro en la contratación de obra pública. En conclusión, si deseamos cumplir con los principios de equidad e integridad, junto con los de eficacia y eficiencia, no debemos de perder de vista el principio de transparencia (que debe guiar toda contratación del Estado). Es necesario implementar instrumentos

técnicos o protocolos para otorgar justamente esa predictibilidad que benefician a las partes y junto a ello, una participación más activa de las JRD's en las obras públicas (pudiendo formarse juntas de uno sólo adjudicador cuando se desee evitar mayores costos). Finalmente, todo aquello que se sustente en buenas prácticas y flexibilidad en las negociaciones (lo que requerirá siempre de justificación técnica) sumará en la equidad y eficiencia que la industria y en especial la obra pública necesita.