

Expediente N° 187967
T.D. 25969060

OPINIÓN N° 006-2024/DTN

Solicitante: Gobierno Regional de Tacna

Asunto: Alcance del término retraso en contrato de obra

Referencia: Formato S/N de fecha 27.DIC.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Ing. Jaime Lizardo Carpio Camacho, Gerente General Regional del Gobierno Regional de Tacna, formula varias consultas relacionadas con el alcance del término retraso en los contratos de ejecución de obra.

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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada 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 sus modificatorias (en adelante, la “Ley”).
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus posteriores modificatorias¹ (en adelante, el “Reglamento”).

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

¹ Realizadas mediante Decreto Supremo N°377-209-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019; Decreto Supremo N°168-2020-EF, vigente desde el 01 de julio de 2020; Decreto Supremo N°250-2020-EF, vigente desde el 05 de setiembre de 2020; Decreto Supremo N°162-2021-EF, vigente a partir del 12 de julio de 2021; Decreto Supremo N°234-2022-EF, vigente desde el 28 de octubre de 2022; y, Decreto Supremo N° 308-2022-EF, vigente desde el 24 de diciembre de 2022.

- 2.1. *“Teniendo en consideración que los artículos 162.5 y 203 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mencionan el término “retraso justificado” y “retraso injustificado” respectivamente. Y debido a que ambos términos, hacen referencia a la justificación o no de un RETRASO.*

Se consulta: En caso la Entidad, en estricta aplicación del artículo 162.5 del RLCE, y en cumplimiento las facultades prerrogativas que la norma le ha otorgado, determine: “UN RETRASO JUSTIFICADO”; ¿Esta decisión, conllevaría también a la determinación automática del “retraso justificado” para el artículo 203 del RLCE?; ¿Y por ende la inaplicación del procedimiento establecido en este último artículo mencionado (Art. 203)? ¿Se vinculan automáticamente ambos artículos ante la determinación del “RETRASO JUSTIFICADO” por parte de la Entidad?” (Sic)

- 2.1.1. En primer término, debe señalarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas en ***términos claros***, que versan de ***manera directa sobre el sentido y alcance de las disposiciones que conforman la normativa de Contrataciones del Estado***. Dicho esto, cabe anotar, que ni la presente consulta ni el documento de la referencia explican con claridad cuál sería el modo en que se encontraría vinculado el retraso al que alude el artículo 203 del Reglamento con aquel que se desprende del artículo 162; por tal razón, en las líneas sucesivas se desarrollará el alcance del término retraso en los contratos de obra ejecutados bajo el ámbito de la normativa de Contrataciones del Estado.

Hecha la aclaración precedente, corresponde anotar que las actividades físicas conducentes a la ejecución de la obra deben ser realizadas dentro del plazo que se hubiese establecido en el contrato. El Reglamento ha contemplado una serie de normas conducentes a cautelar el cumplimiento de este objetivo, y como expresión de ello, atribuye al retraso en el cumplimiento de determinados hitos o momentos del *iter* de la ejecución física de la obra una serie de consecuencias jurídicas que se detallarán en las líneas sucesivas.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Lengua Española el retraso significa *“acción y efecto de retrasar o retrasarse”*. Por su parte, retrasar tiene el sentido de *“hacer que algo llegue o suceda más tarde del tiempo debido o acordado”*.

Trasladando el sentido antes mencionado al ámbito de la ejecución de una obra, se tiene que un retraso significa ejecutar determinadas actividades físicas de la misma con tardanza, teniendo como referencia determinados hitos o momentos previamente establecidos. Ahora, en tanto hechos o circunstancias fácticas, existen ciertos tipos de retraso que tienen relevancia jurídica.

A) Retraso en la ejecución de partidas que conforman la Ruta Crítica

- 2.1.2. Con la finalidad de garantizar que la obra se culmine dentro del plazo contractual, la normativa de Contrataciones del Estado ha dispuesto que toda obra cuente con una Ruta Crítica en el Programa de Ejecución de Obra. Cabe señalar que, de acuerdo con el Anexo N°1 “Definiciones” del Reglamento, la *Ruta Crítica* es definida como *“la secuencia programada de las partidas de una obra cuya variación afecta el plazo total de la ejecución de la obra”*.

Ahora, durante el curso de la ejecución física de la obra, puede ocurrir que se presenten

circunstancias que afecten la Ruta Crítica, es decir, que impliquen que aquellas partidas que la componen se estén ejecutando con tardanza respecto del tiempo previsto en ella. En la medida de que estas circunstancias no resulten imputables al contratista, este retraso en la ejecución de “partidas críticas” se constituye en un hecho que genera al contratista el derecho a solicitar una ampliación de plazo.

En caso la Entidad verificara que la solicitud se ha encauzado conforme a los requisitos y procedimiento establecidos en el Reglamento y, en consecuencia, declare procedente la ampliación de plazo, el retraso se tendrá implícitamente como justificado y el contratista tendrá derecho a que no se le imputen esos días a efectos de una eventual aplicación de la penalidad por mora, y, además, tendrá derecho a que se le reconozcan los mayores gastos generales variables y costos directos vinculados a la ampliación de plazo concedida.

En suma, y de manera concordante con lo establecido en el artículo 162 del Reglamento, una ampliación de plazo concedida tiene como uno de sus efectos calificar de manera implícita como justificado un retraso en la ejecución de las partidas críticas de una obra. Además de -cabe aclararlo- generar la modificación del plazo del contrato y el reconocimiento de los correspondientes mayores gastos generales variables y mayores costos directos.

B) El retraso en la ejecución de los avances previstos en el Calendario de Avance de Obra Valorizado

2.1.3. Otro de los retrasos que tiene relevancia en el campo de la contratación pública es aquel que se produce respecto de la ejecución de los avances de obra previstos en el Calendario de Avance de Obra Valorizado. Así, el numeral 203.1 del artículo 203 del Reglamento indica:

“Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente. En caso de retraso injustificado, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordena al contratista que presente, dentro de los siete (07) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de obra”

Como se advierte, la normativa correlaciona el retraso injustificado consistente en que la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada se encuentre por debajo del 80% del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, con la consecuencia jurídica consistente en exigir la presentación de un calendario de avance de obra acelerado. De acuerdo con el dispositivo citado, es el supervisor o inspector de obra quien debe valorar como injustificado este retraso.

Frente a esta circunstancia, nada obsta que el contratista pueda solicitar oportunamente y de un modo debidamente sustentando -ante el supervisor- que se califique el retraso observado como justificado indicando que este ha sido a consecuencia de una circunstancia que no le resulta imputable.

C) Retraso en la culminación de los trabajos físicos de la obra

- 2.1.4. Adicionalmente, otro retraso que genera consecuencias jurídicas es aquel que se produce cuando no se culmina la ejecución de los trabajos dentro del plazo establecido en el contrato. La configuración de este hecho genera la automática aplicación de la penalidad por mora, a menos que esos días de retraso en la culminación de la ejecución de los trabajos se encuentren justificados por la aprobación de una ampliación de plazo o por la sola calificación del retraso como justificado, de conformidad con lo indicado por el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento.

El referido numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento indica lo siguiente: “El retraso se justifica a través de una solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica la penalidad, cuando el contratista acredite de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo no le resulta imputable. En este último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales y costos directos de ningún tipo”

En este punto resulta pertinente abundar en el elemento común y la diferencia entre las figuras de (i) ampliación de plazo y (ii) la sola calificación del retraso como justificado.

En cuanto al elemento común, debe mencionarse que ambas suponen la existencia de un retraso y están orientadas a justificarlo debido a que este se produjo como consecuencia de un evento no imputable al contratista.

En cuanto a la diferencia, se tiene que la ampliación de plazo es, por virtud del artículo 34 de la Ley, una modificación contractual que afecta al elemento “plazo” que contiene todo contrato de obra. Es decir, implica un incremento en el plazo de la obra respecto del inicialmente previsto, lo que implica, además, el reconocimiento de mayores gastos generales variables y mayores costos directos vinculados con la ampliación concedida.

En cuanto a la sola justificación del retraso, esta no es una modificación contractual, es decir, no se incrementa el plazo del contrato. Se trata de la sola calificación como “justificado” del retraso, por parte de la Entidad, en la culminación de los trabajos, que evita la aplicación de la penalidad por mora. No implica, por tanto, el reconocimiento de mayores gastos generales variables ni de mayores costos directos.

- 2.1.5. Expuestas los distintos tipos de retraso que contempla la normativa de Contrataciones del Estado, en relación con la materia de la consulta, debe indicarse que el numeral 203.1 del artículo 203 del Reglamento, por un lado, y el artículo 162 del mismo dispositivo, por otro, implican dos tipos de retrasos distintos. El primero es un retraso injustificado en la ejecución de los trabajos programados en el Calendario de Avance de Obra Valorizado, el cual genera la carga al contratista de presentar un calendario de avance de obra acelerado, mientras que el segundo supone un retraso injustificado en la culminación de los trabajos de la obra dentro del plazo contractual, el cual genera la aplicación de penalidades.

- 2.2. “Pedimos se aclare la figura del retraso justificado; ¿Es una figura que solo afecta a la aplicación de penalidades o también afecta de manera virtual al plazo de la ejecución de la prestación”**

Como se anotó, en cuanto a la sola justificación del retraso contemplada en el numeral

162.5 del artículo 162 del Reglamento, esta no es una modificación contractual, es decir, no se incrementa el plazo del contrato. Se trata de la sola calificación como “justificado” del retraso, por parte de la Entidad, en la culminación de los trabajos, que evita la aplicación de la penalidad por mora. No implica, por tanto, el reconocimiento de mayores gastos generales variables ni de mayores costos directos.

2.3. “¿La determinación por parte de la Entidad de retraso justificado se realiza con anterioridad al periodo en el que el contratista hubiera estado bajo penalidad? O ¿La determinación de retraso justificado por parte de la Entidad debe realizarse con posterioridad al periodo en el que el contratista hubiera estado bajo penalidad?”

La figura de la sola justificación del retraso contemplada en el numeral 162.5 del artículo 162, supone un contrato que no ha culminado dentro del plazo previsto y al que, por tanto, de manera automática, se le tendría que aplicar la penalidad por mora. Es precisamente con el fin de evitar la aplicación de la penalidad, que el contratista puede solicitar a la Entidad que califique como justificado el retraso incurrido en la culminación de los trabajos, siempre que considere que dicho retraso no le resulta imputable. Caber reiterar que dicha calificación no implica ni la modificación del plazo del contrato ni el reconocimiento de mayores gastos generales.

2.4. “Pedimos se realice un deslinde de similitudes entre las figuras de “retraso justificado” y “ampliación de plazo”, ya que la primera figura pareciera ser una ampliación de plazo virtual sin el reconocimiento de mayores gastos generales”

Como se anotó al absolver la primera consulta, en el contexto de la culminación de los trabajos de la obra, tanto la ampliación de plazo, como la sola calificación como justificado del retraso, suponen la existencia de un retraso y están orientadas a justificarlo debido a que este se produjo como consecuencia de un evento no imputable al contratista.

En cuanto a la diferencia, se tiene que la ampliación de plazo es, por virtud del artículo 34 de la Ley, una modificación contractual que afecta el elemento “plazo” que contiene todo contrato de obra. Es decir, implica un incremento en el plazo de la obra respecto del inicialmente previsto, lo que implica, además, el reconocimiento de mayores gastos generales y mayores costos directos vinculados con la ampliación concedida.

En cuanto a la sola justificación del retraso contemplada en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, esta no es una modificación contractual, es decir, no se incrementa el plazo del contrato. Se trata de la sola calificación como “justificado” del retraso, por parte de la Entidad, en la culminación de los trabajos, que evita la aplicación de la penalidad por mora. No implica, por tanto, el reconocimiento de mayores gastos generales ni de mayores costos directos.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. El numeral 203.1 del artículo 203 del Reglamento, por un lado, y el artículo 162 del mismo dispositivo, por otro, implican dos tipos de retrasos distintos. El primero es un retraso injustificado en la ejecución de los trabajos programados en el Calendario de Avance de Obra Valorizado, el cual genera la carga al contratista de presentar un calendario de avance de obra acelerado, mientras que el segundo supone un retraso injustificado en la culminación de los trabajos de la obra dentro del plazo contractual,

el cual genera la aplicación de penalidades.

- 3.2. La ampliación de plazo es, por virtud del artículo 34 de la Ley, una modificación contractual que afecta el elemento “plazo” que contiene todo contrato de obra. Es decir, implica un incremento en el plazo de la obra respecto del inicialmente previsto, lo que implica, además, el reconocimiento de mayores gastos generales y mayores costos directos vinculados con la ampliación concedida.
- 3.3. En cuanto a la sola justificación del retraso contemplada en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, esta no es una modificación contractual, es decir, no se incrementa el plazo del contrato. Se trata de la sola calificación como “justificado” del retraso, por parte de la Entidad, en la culminación de los trabajos, que evita la aplicación de la penalidad por mora. No implica, por tanto, el reconocimiento de mayores gastos generales variables ni de mayores costos directos.
- 3.4. La figura de la sola justificación del retraso contemplada en el numeral 162.5 del artículo 162, supone un contrato que no ha culminado dentro del plazo previsto y al que, por tanto, de manera automática, se le tendría que aplicar la penalidad por mora. Es precisamente con el fin de evitar la aplicación de la penalidad, que el contratista puede solicitar a la Entidad que califique como justificado el retraso incurrido en la culminación de los trabajos, siempre que considere que dicho retraso no le resulta imputable. Caber reiterar que dicha calificación no implica ni la modificación del plazo del contrato ni el reconocimiento de mayores gastos generales.

Jesús María, 26 de enero de 2024

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC