

COVID 19: ESTADO DE EMERGENCIA, AMPLIACIÓN DE PLAZO Y GASTOS GENERALES EN LOS CONTRATOS DE OBRA ESTATALES

Al inicio de una relación contractual sin duda El contrato es ley entre las partes, *pacta sun servandae*; estas lo suscriben bajo la premisa de que todo se ejecutará conforme los términos acordados: el contratante tiene cuasi certeza del monto de la contraprestación que deberá otorgar al contratista por los trabajos encargados, de igual forma este último inicia la ejecución contractual con una estimación del beneficio económico que obtendrá producto de ello, dicha situación económica ideal, no le es ajena al derecho de los contratos.

En el caso de la contratación pública peruana, regulada por la ley N°30225, ley de contratación con el estado, rige un importante *principio de equilibrio económico financiero*, en virtud del cual las partes no pueden afectar su perspectiva financiera inicial, por lo que ante cualquier evento que afecte su legítimo interés económico, se debe resarcir dicha desventaja. En esa línea de ideas, sí es posible modificar las condiciones del contrato inicialmente pactado.

En el caso de los contratos de obra suscritos en el marco de la Ley N°30225 y su reglamento contenido en el D.S N°344-2018-EF, el contratista puede solicitar la modificación del contrato de obra cuando: sea necesario realizar prestaciones adicionales sin las cuales no se pueda cumplir el objeto de la contratación, en caso existan prestaciones que deban ser reducidas, cuando se requiera una ampliación del plazo pactado para concluir con su ejecución y otros casos regulados por la ley.

Para comprender un poco más el caso especial de modificación del contrato por ampliación del plazo pactado, es necesario recordar que un contrato es un acto jurídico que genera derechos y obligaciones entre las partes en virtud del compromiso voluntario de estas, es decir, el contrato no es el soporte físico sobre el cual se redacta el acuerdo y las partes imprimen su rúbrica, sino todo

el acuerdo que se desprende de ese y otros documentos generados por ambas partes antes de su suscripción.

Respecto de los documentos que generan las partes que suscriben un contrato de construcción en el marco de la Ley N°30225, debemos tener en cuenta que la entidad, para contratar la ejecución de una obra, debe elaborar un documento de ingeniería denominado expediente técnico, en el cual se precisa el diseño constructivo deseado mediante imágenes, denominado planos; luego de ello encontramos la lista de actividades concretas y las cantidades que de ello debe ejecutar el contratista, a lo cual denominamos partidas y metrados. En siguiente orden, también se establece el tipo de productos y calidades que se utilizarán, es decir las especificaciones técnicas de los insumos utilizados, y finalmente, la parte más importante, el presupuesto, estimación económica sustentada en un previo estudio de mercado, mediante el cual prevé el monto de la inversión que deberá cancelar.

La parte más feliz, sin duda, para todo contratista, es el presupuesto que sustenta en términos monetarios el valor económico de todas las actividades que ejecutará para cumplir con el expediente técnico, lo cual se denomina *costo directo*, término contable utilizado para referirse a todas aquellas inversiones que quedarán en poder de la entidad contratante, verbi gracia, cemento, fierro, pinturas o equipamientos. Otro aspecto del presupuesto, es también **el valor monetario reconocido por aquellos gastos en que incurrirá el contratista para poder realizar sus tareas, especialmente el referido al pago de la mano de obra y los alquileres de maquinaria, denominados contablemente costos indirectos y con el término *gastos generales*** según la norma de contratación pública peruana. Finalmente, este presupuesto también incluye la retribución económica por el despliegue empresarial, nos referimos a la utilidad esperada por la empresa, y el pago del impuesto correspondiente.

El lector se preguntará qué relación tiene el estado de emergencia decretado por el gobierno peruano mediante el DECRETO SUPREMO N°044-2020 que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, pues dicha norma tiene como objetivo principal ordenar el aislamiento social obligatorio, es decir, ordenar a la población permanecer en sus domicilios con el fin de prevenir la transmisión del virus COVID19, y salvo casos muy excepcionales solamente podría laborar el personal administrativo de forma remota vía internet o en forma presencial quienes laboran en la actividad farmacéutica, médica, las telecomunicaciones, la seguridad interna o la recolección de residuos sólidos.

Es decir, por mandato legal las personas naturales no deben salir de sus domicilios para realizar actividades laborales y empresariales no autorizadas expresamente en la norma, ese es el caso del sector de la construcción.

En el caso de los contratos de construcción, siguiendo la explicación detallada líneas arriba, aun cuando el contratista tenga en stock los materiales comprendidos en los costos directos, **no le sería posible realizar su ejecución por falta de mano de obra, al encontrarse ésta última impedida de salir a laborar en virtud del mandato de aislamiento obligatorio decretado por el gobierno.** Por tanto, se produciría una inmediata paralización de las actividades constructivas programadas diariamente por falta de mano de obra; paralización física que a todas luces no sería atribuible a la voluntad del contratista y por tanto no imputable a éste su consecuencia inmediata: el transcurso de los días calendarios pactados contractualmente y que por ende no se concluya la obra en la fecha programada.

Como lo dijimos al inicio, sí es posible modificar el contrato estatal cuando para dicho fin se requiera una ampliación del plazo sustentada específicamente en el literal a) del Art. 197 del D.S. N°344-2018-EF: “Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista”.

Conforme prescribe la norma, somos enfáticos en sostener que la ampliación de plazo contractual por causa de paralización de obra es un derecho de todos los contratistas, toda vez que la causa de la paralización no le es atribuible, sino que responde a un mandato normativo, que aun basado en un caso fortuito por cuestión sanitaria de orden mundial, no le es atribuible al contratista y tampoco se puede importar ninguna fórmula legal ajena a las normas de contratación pública, bajo el principio *lex specialis derogat generali*.

Resuelta la primera interrogante respecto del derecho del contratista a la ampliación de plazo, corresponde analizar también la incidencia que tiene dicha ampliación de plazo respecto un elemento fundamental del contrato de obra: el presupuesto pactado, específicamente en lo referido a la variación de los gastos generales pactados.

Como se indicó líneas arriba, todo contrato de obra considera el pago de un monto económico por concepto de gastos generales para que el contratista pueda asumir el gasto de mano de obra, alquileres, cartas fianzas, etc. Dichos gastos implican que el contratista deba realizar diversas adendas con sus trabajadores y proveedores en general, cuando los contratos con dichos proveedores tengan como un factor determinante de su monto económico el *tiempo* de la prestación y su necesaria utilización durante la paralización.

Esta situación de desequilibrio financiero no es ajena al derecho de la contratación estatal, por el contrario el numeral 199.1 del el Art. 199 del D.S. N°344-2018-EF establece que “las ampliaciones de plazo en los contratos de obra dan lugar al pago de mayores costos directos y mayores gastos generales variables, ambos directamente vinculados con dichas ampliaciones”.

Siguiendo el mismo *iter argumentativo* expuesto para sustentar el derecho a una ampliación de plazo y bajo el principio *lex specialis derogat generali*, no existe excepción para reconocer el pago de mayores gastos generales a favor del

contratista siempre que esta cumpla con la *debida diligencia* para acreditar el incremento de los gastos generales en que *incurra durante el mismo tiempo que dure el aislamiento social obligatorio decretado por el gobierno y todas las prórrogas que el gobierno considere por cuestiones sanitarias.*