

OPINIÓN N° 014-2020/DTN

Entidad: Programa Nacional de Saneamiento Urbano

Asunto: Incorporación de la cláusula sobre Junta de Resolución de Disputas al contrato de ejecución de obra.

Referencia: Oficio N° 027-2020/VIVIENDA/VMCS/PNSU/1.0

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo del Programa Nacional de Saneamiento, formuló dos consultas relacionadas a la incorporación de la cláusula sobre Junta de Resolución de Disputas al contrato de ejecución de obra en fecha posterior al inicio de su ejecución.

Antes de iniciar el 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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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:

- “**anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente

desde el 30 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿En el marco de un contrato de obra mayor a S/ 5 000 000,00 (cinco millones y 00/100 Soles) que se encuentra en ejecución, ¿es posible incorporar a la cláusula de solución de controversias del contrato que las soluciones de estas, estén a cargo de una Junta de Resolución de Disputas, teniendo en consideración que en la Opinión N° 206-2019/DTN se indicó que no era imposible en el marco del Reglamento anterior (aprobado por Decreto Supremo 350-2015-EF)?” (sic)

2.1.1. En primer lugar, se debe tener en cuenta que el numeral 45.3 del artículo 45 de la Ley establece que uno de los medios de solución de controversias 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 obra de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el Reglamento, siendo sus decisiones vinculantes.

Por su parte, 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.

En esa línea, el numeral 243.1 del artículo 243 del Reglamento señala que la JRD 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.

Asimismo, el numeral 243.4 del mismo artículo 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 estas estén a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en aquellos contratos de obra cuyos montos sean iguales o superiores a cinco millones con 00/100 Soles (S/ 5 000 000,00), siendo esta incorporación obligatoria para contratos cuyos montos sean superiores a veinte millones con 00/100 Soles (S/ 20 000 000,00). Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas son vinculantes para las partes.” (El subrayado es agregado).

De la literalidad del texto citado queda claro que si existe un contrato suscrito (“pactado”) en el que no se incluyó una cláusula que contemplara la existencia de una JRD, esta cláusula podrá ser incorporada —como resulta evidente— con posterioridad a la referida suscripción.

Además, la Decimonovena Disposición Complementaria Final del Reglamento precisa que la obligatoriedad de someter a Junta de Resolución de Disputas (JRD) las controversias surgidas en los contratos de obras por montos superiores a veinte millones es aplicable para los contratos que provengan de procedimientos de selección convocados a partir del año 2020.

En concordancia con lo anterior, la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD¹ “Junta de Resolución de Disputas” dispone en su numeral 6.1 que las partes pueden pactar en el contrato de obra o acordar incorporar a un contrato ya suscrito que la solución de controversias esté a cargo de una JRD en aquellos contratos cuyos montos sean iguales o superiores a cinco millones de soles. Asimismo, establece que las partes están obligadas a incluir la solución de sus controversias a la JRD al momento de la suscripción de contratos cuyos montos sean superiores a veinte millones de soles provenientes de procedimientos de selección convocados a partir del año 2020.

Según se advierte, la JRD es el medio de solución de controversia de la ejecución contractual que promueve que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente las controversias que surgieran desde el inicio del plazo de ejecución de la obra hasta su recepción total, sin afectar el normal curso de la obra.

En consecuencia, en los contratos de obra con montos iguales o superiores a cinco millones de soles (S/ 5 000 000,00) y hasta veinte millones de soles (S/ 20 000 000,00), las partes están facultadas a pactar (en el contrato original, o luego de su suscripción) la inclusión de una cláusula en virtud de la cual la solución de las controversias que correspondan esté a cargo de una JRD. Asimismo, cuando el monto del contrato de obra es superior a veinte millones de soles (S/ 20 000 000,00) y el procedimiento de selección del cual deriva ha sido convocado a partir del año 2020, las partes están obligadas a someter a JRD la solución de sus controversias desde el momento de la suscripción del contrato.

- 2.1.2. Ahora bien, la presente consulta está orientada a determinar si en un contrato de obra en ejecución, cuyo monto es mayor a cinco millones de soles (S/ 5 000 000,00), es posible incorporar a la cláusula de solución de controversias que las soluciones de éstas estén a cargo de una JRD, teniendo en consideración que la Opinión N° 206-2019/DTN indicó que no era posible en el marco del anterior Reglamento.

En ese contexto, corresponde realizar las siguientes precisiones normativas:

- Respecto a la anterior normativa de contrataciones del Estado²

El artículo 45 de la anterior Ley, concordado con el artículo 182 del anterior Reglamento, establecía que las controversias que surgieran entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resolvían a través de los medios de solución de controversias previstos en dicho marco normativo, siendo la JRD uno de los medios que contemplaba la anterior normativa de contrataciones del Estado.

En cuanto a los requisitos y condiciones de dicho mecanismo, el numeral 205.4 del artículo 205 del anterior Reglamento disponía que en aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos hubiesen sido superiores a cinco millones de soles, las partes podían pactar hasta antes del inicio de la ejecución de la obra una

¹ Aprobada con Resolución N° 184-2019-OSCE/PRE, publicada en el Diario oficial El Peruano el 21 de octubre de 2019.

² Que comprende la anterior Ley y el anterior Reglamento, vigentes desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

cláusula a través de la cual sometieran las controversias derivadas de la contratación ante una JRD.

En tal sentido, en vista de que la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía que hasta antes del inicio de la ejecución de la obra las partes estaban facultadas a pactar una cláusula de solución de disputas donde acordaran someter sus controversias a una JRD, una vez iniciada la ejecución de la referida obra no podía incorporarse dicha cláusula al contrato³.

- La normativa de contrataciones del Estado vigente⁴

De conformidad con el análisis realizado en el numeral anterior, según el marco normativo vigente, en los contratos de obra con montos iguales o superiores a cinco millones de soles (S/ 5 000 000,00) y hasta veinte millones de soles (S/ 20 000 000,00) las partes están facultadas a pactar (en el contrato original, o luego de su suscripción) la inclusión de una cláusula en virtud de la cual la solución de las controversias esté a cargo de una JRD. Asimismo, cuando el monto del contrato de obra es superior a veinte millones de soles y el procedimiento de selección del cual deriva ha sido convocado a partir del año 2020, las partes están obligadas a someter a JRD la solución de sus controversias desde el momento de la suscripción del contrato.

Según se advierte, para el caso de los contratos de obra cuyos montos sean iguales o superiores a cinco millones de soles (S/ 5 000 000,00) y hasta veinte millones de soles (S/ 20 000 000,00), no se establece un hito o límite de plazo hasta el cual las partes pueden acordar incorporar a la cláusula de solución de controversias del contrato que las soluciones de estas estén a cargo de una JRD, lo que implica que aún después de iniciada la ejecución de la obra podría incorporarse dicha cláusula al contrato.

- 2.2 “En la Directiva N° 020-2016-OSCE/CD se indica que las partes pueden pactar en el contrato de obra o hasta antes del inicio de la ejecución de la obra; sin embargo, el reglamento vigente no realiza dicha restricción, y considerando que dicha directiva se enmarcaba en lo dispuesto en el reglamento anterior, ¿es posible que se pueda incorporar a la cláusula de solución de controversias del contrato que éstas sean resueltas por la Junta de Resolución de Disputas, incluso cuando se haya iniciado la ejecución de la obra?, ello teniendo en cuenta que el contrato fue suscrito en el marco del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 344-2018-EF y cuando se encontraba vigente la Directiva N° 020-2016-OSCE/CD?” (sic)

De conformidad con lo señalado al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones vigente permite que las partes incorporen a la cláusula de solución de controversias de un contrato que las soluciones de estas estén a cargo de una JRD, aún después de iniciada la ejecución de la obra.

³ De conformidad con lo señalado en la Opinión N° 206-2019/DTN.

⁴ Referidos a la Ley y Reglamento vigentes desde el 30 de enero de 2019.

Ahora bien, la Directiva N° 020-2016-OSCE/CD⁵ tenía como base legal la Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado con el Decreto Supremo N° 350-2015-EF⁶; dicha Directiva establecía, entre otros aspectos, que las partes podían pactar en el contrato de obra o hasta antes del inicio de la ejecución de la obra una cláusula de solución de disputas a cargo de una JRD, disposición que resultaba incompatible con la normativa de contrataciones vigente; en consecuencia, con la entrada en vigencia de la Ley y el Reglamento⁷, el 30 de enero de 2019, operó la derogación tácita de ese extremo de la Directiva en cuestión.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En el marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente, en los contratos de obra con montos iguales o superiores a cinco millones de soles (S/ 5 000 000,00) y hasta veinte millones de soles (S/ 20 000 000,00), las partes están facultadas a pactar (en el contrato original, o luego de su suscripción) la inclusión de una cláusula en virtud de la cual la solución de las controversias que correspondan esté a cargo de una JRD. Asimismo, cuando el monto del contrato de obra es superior a veinte millones (S/ 20 000 000,00) y el procedimiento de selección del cual deriva ha sido convocado a partir del año 2020, las partes están obligadas a someter a JRD la solución de las controversias del contrato desde el momento de su suscripción.
- 3.2 La normativa de contrataciones vigente, para el caso de los contratos de obra cuyos montos sean iguales o superiores a cinco millones de soles (S/ 5 000 000,00) y hasta veinte millones de soles (S/ 20 000 000,00), no establece un hito o límite de plazo hasta el cual las partes pueden acordar incorporar a la cláusula de solución de controversias que las soluciones de estas estén a cargo de una JRD, lo que implica que aún después de iniciada la ejecución de la obra podría incorporarse dicha cláusula al contrato.

Jesús María, 06 de febrero de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMC

⁵ Aprobada con Resolución N° 087-2016-OSCE/PRE de fecha 26 de febrero de 2016.

⁶ Vigentes hasta el 29 de enero de 2019.

⁷ Cabe precisar que la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Reglamento vigente dispuso expresamente la derogación del Decreto Supremo N° 350-2015-EF.