

OPINIÓN N° 010-2021/DTN

Solicitante: Gold Consult S.A.C.

Asunto: Aplicación de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD

Referencia: Formulario S/N de fecha 31.DIC.20–Consultas del sector Privado Sociedad Civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora Norma González Morales, Representante Legal de la Empresa Gold Consult S.A.C., formula varias consultas relacionadas con la aplicación de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD.

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 en términos genéricos y vinculadas 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, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA “Consultas del sector privado o la sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que la consulta N°2 no puede ser absuelta en vía de opinión, al estar referida a un supuesto específico respecto del cual se solicita realizar el análisis para determinar el modo en que debería efectuarse el cálculo del tiempo a solicitarse como parte de la ampliación excepcional de plazo, aspecto que debe ser definido sobre la base del caso concreto, y excede la habilitación legal otorgada a este despacho a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N°377- 2019-EF, Decreto Supremo N°168-2020-EF y Decreto Supremo N° 250-2020-EF.
- “**Directiva**” a la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, que establece “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° 1486”.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“Conforme a lo establecido en la Directiva N°005-2020, específicamente en el numeral 7.3.3. y en el tercer párrafo del numeral 7.4.2, las discrepancias relacionadas con el contenido de la solicitud de ampliación excepcional de plazo – como por ejemplo, la cuantificación de plazo y/o costos aprobados por la Entidad- pueden ser sometidas a los mecanismos de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones del Estado. Considerando que en ese contexto la materia en controversia no está referida a ninguno de los conceptos comprendidos en el numeral 45.5 de la Ley de Contrataciones del Estado (toda vez que no se trata de una ampliación de plazo “convencional”), sino a un mecanismo de carácter excepcional como lo es la ampliación excepcional de plazo y sus efectos, se solicita confirmar si al constituir un supuesto diferente, conforme a lo previsto en el numeral 45.6 de la Ley, los medios de solución de controversia deben ser iniciados en cualquier momento anterior a la fecha de pago. Esta consulta su justifica en la necesidad de brindar alcances generales que permitan a los operadores de la normativa tener certeza del plazo con que cuentan para someter sus controversias derivadas de las medidas excepcionales dispuestas por la pandemia y que siguen generando la necesidad de modificar o sincerar los términos en que fueron aprobadas las solicitudes de ampliación excepcional de plazo, sobre la base de los rendimientos reales de ejecución de obra y de los principios de equidad y eficiencia contemplados en la Ley”.*

2.1.1. Procedimiento de ampliación de plazo conforme al régimen general de contratación.

En primer lugar, debe indicarse que durante la ejecución de los contratos celebrados al amparo de la normativa de Contrataciones del Estado pueden surgir eventos que ocasionan atrasos y paralizaciones, ajenos a la voluntad de las partes y debidamente comprobados, que modifican el plazo contractual. En ese contexto, el numeral 34.9 del artículo 34 de la Ley establece que el contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado **según lo dispuesto en el Reglamento.**

Al respecto, el procedimiento de ampliación de plazo que regula el Reglamento comprende una serie de formalidades y plazos que deben cumplirse para que proceda la solicitud del contratista, cuya aprobación genera el reconocimiento de

Dirección Técnico Normativa
Opinión

mayores costos directos y mayores gastos generales, entre otros efectos económicos, según correspondan al objeto de la contratación².

Así, tratándose de contratos de obras, el Capítulo VI del Título VII del Reglamento establece las normas aplicables durante la ejecución de dichas contrataciones, entre ellas, aquellas que regulan las causales y el procedimiento de ampliación de plazo, comprendidas en los artículos 197 y 198, respectivamente.

Precisado lo anterior, es importante puntualizar que el procedimiento regular de ampliación de plazo responde a un contexto general, en el que las partes contratantes se encuentran en la posibilidad de cumplir con las formalidades y exigencias que dicho trámite demanda, y de continuar con la ejecución habitual de las prestaciones a su cargo, conforme a lo que establece el Reglamento. Sin embargo, el legislador ha decidido que dicho procedimiento resultaría insuficiente ante un estado excepcional que afecta no sólo la continuidad de la ejecución contractual sino también el equilibrio económico financiero de las contrataciones del Estado, motivo por el cual se expidió una regulación y mecanismos especiales para la reactivación de dichas contrataciones³.

2.1.2. Procedimiento excepcional de ampliación de plazo

Ahora bien, en el marco del Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus modificatorias, se produjo la paralización de contrataciones suscritas bajo el ámbito del régimen general de contrataciones del Estado, entre otras actividades económicas. En ese contexto, se publicó el Decreto Legislativo N° 1486, “*Decreto Legislativo que establece Disposiciones para mejorar y optimizar la ejecución de las inversiones públicas*”, en cuya Segunda Disposición Complementaria Transitoria se establecen mecanismos excepcionales para la reactivación de obras públicas y sus respectivos contratos de supervisión.

En virtud de lo dispuesto en dicha Disposición Complementaria Transitoria⁴, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) establece mediante Directiva los alcances y disposiciones para la reactivación de obras públicas y contratos de supervisión, regulando -entre otros mecanismos de carácter excepcional- la denominada “ampliación excepcional de plazo”.

Sobre el particular, es pertinente anotar que conforme a lo dispuesto en el acápite V de la Directiva en mención, dicho mecanismo constituye el “Procedimiento

² Por ejemplo, en el marco de lo dispuesto en el artículo 158 del Reglamento, por la ampliación del plazo en contratos de consultoría de obras se paga al contratista el gasto general y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.

³ En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 054-2020/DTN.

⁴ Conforme a lo dispuesto en el último párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

excepcional establecido por el Decreto Legislativo N° 1486 para la reactivación de las obras, que genera la extensión del plazo de ejecución contractual y el reconocimiento de mayores costos directos y gastos generales, considerando el impacto en plazo del Estado de Emergencia Nacional y la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19". (El énfasis es agregado).

En ese sentido, se puede afirmar que si bien el Reglamento contemplaba el procedimiento y efectos de la "ampliación de plazo" (convencional) como un mecanismo que podría emplearse ante la configuración de ciertas causales previstas en dicho dispositivo, **el legislador consideró pertinente que para la reactivación de los contratos paralizados por efecto del COVID-19 y la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional**, se observen reglas específicas. Éstas son, en el caso de los contratos de ejecución de obras y sus respectivos contratos de supervisión, aquellas que conforman la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N°1486 y la Directiva N°005- 2020-OSCE/CD.

Efectuadas las precisiones anteriores, corresponde señalar que el mecanismo de "ampliación excepcional de plazo" que regulan la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N°1486 y la Directiva, constituye un procedimiento particular que inicia con la presentación de una solicitud excepcional a cargo del contratista, cuyo contenido debe contemplar – entre otros conceptos- la estimación del impacto en el plazo de ejecución contractual, así como la cuantificación de ciertos costos y gastos, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del numeral 6.2⁵ y en el numeral 7.2⁶ de la Directiva, respectivamente.

En relación con lo anterior, cabe anotar que el contenido de dicha solicitud es materia de evaluación y pronunciamiento por parte de la Entidad que, a través de

⁵ De acuerdo a dicho dispositivo, "*Esta solicitud excepcional podrá considerar, en lo que respecta al plazo: (i) El impacto en el plazo de ejecución producido por la paralización de obra que se hubiese generado a partir de la Declaratoria del Estado de Emergencia Nacional; (ii) el impacto en plazo que podría significar la re-movilización de personal y equipos, así como por las adecuaciones y adaptaciones de los ambientes de trabajo, en caso sean necesarias; (iii) el impacto en plazo por la ejecución de la obra bajo las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes, y toda otra medida que resulte necesaria para la reactivación de la obra y su ejecución, que derive directamente del Estado de Emergencia Nacional*".

⁶ Conforme al numeral 7.2.3 del referido dispositivo, además de estimar el impacto en términos de plazo, "*(...) la solicitud de ampliación excepcional de plazo que presentará el Ejecutor de Obra debe cuantificar: (i) Los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales variables en que se haya incurrido o que se hayan devengado durante el periodo en que la obra se encontró paralizada debido a la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, y que sean consecuencia de ésta. Página | 6 Estos costos directos y gastos generales se calcularán en base a lo previsto en la oferta por tales conceptos, debiendo adjuntar los documentos que acrediten fehacientemente que se incurrió en estos. (ii) Los costos por la elaboración de los documentos exigidos por los sectores competentes para la prevención y control del COVID-19, y por las adecuaciones y adaptaciones de los ambientes de trabajo, en caso sean necesarias, debidamente sustentados. (iii) Los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales en los que se incurrirá por la re-movilización de personal y equipos, debidamente sustentados*".

Dirección Técnico Normativa
Opinión

su área usuaria, valora: las estimaciones y sustentos presentados por el contratista (respecto de los rendimientos y duración de actividades, a fin de calcular el mayor plazo que se requiere para ejecutar la obra), los correspondientes costos directos y gastos generales, y el impacto económico por la implementación de las medidas para prevención y control frente a la propagación del COVID-19 para la reanudación de los trabajos⁷.

En ese contexto se advierte que, como resultado de dicha evaluación, puede generarse el supuesto de que la solicitud de ampliación excepcional de plazo sea aprobada por la Entidad bajo los términos planteados por el contratista, en cuyo caso se tendrá por modificado el contrato, sin necesidad de suscribir algún acuerdo adicional o adenda. Sin embargo, también es posible que la Entidad discrepe con la propuesta planteada por dicho contratista respecto del impacto en el plazo o respecto de los conceptos económicos que involucra la implementación de las medidas aludidas, o respecto de su cuantía, debiendo en este caso -la Entidad- incluir la identificación precisa de los aspectos y conceptos en donde exista tal discrepancia así como el fundamento de su posición; en esta circunstancia se aplicarán provisionalmente los términos planteados por la Entidad, **manteniendo el contratista su derecho a someter las discrepancias a los mecanismos de solución de controversias**⁸.

2.1.3 Sobre las discrepancias derivadas del mecanismo excepcional de “ampliación excepcional de plazo”

Tal como lo establece la Directiva en sus numerales 7.3.3 y 7.4.2⁹, en caso de existir discrepancias relacionadas con el contenido de la solicitud de ampliación excepcional de plazo o con la cuantificación de los conceptos económicos propuestos por el contratista, éste mantendrá su derecho a someter dichas discrepancias a los mecanismos de solución de controversias previstos por la normativa de contrataciones del Estado que resulten aplicables al contrato.

Ahora bien, es importante anotar que en tal supuesto, las discrepancias podrían recaer o tener su origen en aspectos relacionados con la ampliación excepcional de plazo, el contenido de la solicitud excepcional, o la propuesta de cuantificación de conceptos económicos –que de acuerdo a lo establecido en el numeral 7.4.1 de la Directiva, se presenta dentro del plazo máximo de treinta (30) días calendario de

⁷ Conforme a lo dispuesto en el numeral 7.3 de la Directiva.

⁸ De conformidad con el numeral 7.3.3 de la Directiva.

⁹ De acuerdo al tercer párrafo del referido dispositivo “*Si la Entidad discrepa con la propuesta de cuantificación presentada por el Ejecutor de Obra, deberá comunicarle ello dentro del plazo antes señalado, con la identificación precisa de los aspectos y conceptos donde existe discrepancia y el fundamento de su posición, aplicándose 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*”. (El subrayado es agregado).

Dirección Técnico Normativa
Opinión

aprobada la solicitud de ampliación excepcional de plazo-, según se trate de cada caso en concreto.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las normas que regulan la referida ampliación excepcional de plazo posibilitan la modificación contractual¹⁰, incluso en los términos que fueron aprobados por la Entidad luego de evaluar la solicitud excepcional y cuantificación planteados por el contratista¹¹. En efecto, la norma establece, expresamente, que en caso de discrepancia, se aplican los términos planteados por la Entidad, lo que implica que el contrato se ejecuta según éstos.

Efectuadas las precisiones anteriores, resulta pertinente determinar –en atención al tenor de la consulta planteada- el plazo de caducidad para someter a los medios de solución de controversias aquellas discrepancias derivadas del referido mecanismo excepcional: la ampliación excepcional de plazo y los términos de ésta aprobados por la Entidad.

Sobre el particular, es importante señalar que según el Código Civil¹², la caducidad es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material, por la inactividad del titular de dicho derecho; además, conforme al artículo 2004 del referido dispositivo, se advierte que el plazo de caducidad es fijado por ley. En ese sentido, a fin de dilucidar la cuestión que es materia de análisis, **corresponde observar lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley, que regula los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, en el marco de las contrataciones del Estado**¹³.

Al respecto, el numeral 45.5 del referido precepto dispone que ***“Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento”***. (El énfasis es agregado).

De esta manera, se advierte que el plazo de caducidad contemplado en el numeral 45.5 de la Ley, sólo es aplicable al mecanismo de solución de controversias que corresponde iniciar respecto de las materias previstas en la referida norma, dentro

¹⁰ De acuerdo a lo establecido en el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486.

¹¹ Según lo previsto en el segundo párrafo del numeral 6.4 y en el numeral 7.5.3 de la Directiva.

¹² Según lo establecido en los artículos 2003 y 2004 del Código Civil, respectivamente, *“La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”* y *“Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario”*. (El subrayado es agregado).

¹³ Cabe anotar que la base legal de la Directiva está constituida, entre otras, por la Ley de Contrataciones del Estado, tal como se establece en el acápite IV de dicha Directiva.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

de las cuales no está contemplado el mecanismo de “ampliación excepcional de plazo”, ni tampoco los conceptos aprobados por la Entidad que guardan relación con dicho mecanismo excepcional (como por ejemplo, la propuesta de cuantificación de conceptos económicos que regula la Directiva).

Ahora bien, en este punto es importante observar que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley, “***En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior*** [es decir, en el numeral 45.5], *los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final (...)*”. (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, la citada norma dispone la aplicación de un plazo de caducidad diferente para supuestos distintos a los mencionados en el numeral 45.5 del artículo 45 de la Ley, lo que implica analizar si –en efecto- la “ampliación excepcional de plazo” constituye un mecanismo particular que difiere de la “solicitud de la ampliación de plazo” que regula el Reglamento¹⁴.

Para tal efecto, resulta pertinente indicar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 198.8 del artículo 198 del Reglamento “*Cualquier controversia relacionada con las solicitudes de ampliación de plazo puede ser sometida al respectivo medio de solución de controversias dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha en que la Entidad debió notificar su decisión o de la notificación de la denegatoria, total o parcial, de la solicitud formulada*” (El énfasis es agregado).

Al respecto, es importante anotar que el contenido de la solicitud de ampliación de plazo que regula el Reglamento, consiste básicamente en la cuantificación y sustento formulados en función del evento generador del atraso o de la paralización de la obra; además, se advierte que dicho mecanismo se agota con la decisión de la Entidad, y a partir de ella, el contratista podrá iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo legal establecido, en caso de existir discrepancias respecto de dicha solicitud.

Por su parte, el mecanismo de ampliación excepcional de plazo que regulan la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 y la Directiva, tiene características particulares –que fueron desarrolladas en el numeral 2.1.2 de la presente Opinión-, que no están relacionadas únicamente con el contenido de la respectiva solicitud excepcional, pues ésta no sólo contempla la cuantificación del plazo por retrasos y/o paralizaciones en la obra, sino también la estimación del tiempo requerido para implementar diversas medidas que permitan la reanudación de la obra y que impactan en los rendimientos reales de ejecución; además, contempla también los calendarios actualizados, la propuesta de reemplazo del personal clave, entre otros conceptos económicos, tales como gastos generales y/o costos directos vinculados con la implementación de tales medidas). Dichas características también guardan relación con la posibilidad de modificar los

Dirección Técnico Normativa
Opinión

términos en que aquella fue aprobada por la Entidad, a través de la verificación periódica que se realice para actualizar las estimaciones sobre la base de los rendimientos reales en obra y las condiciones actuales del mercado.

Como se aprecia, los aspectos descritos en el párrafo precedente –además de otros, como las solicitudes que se presentan con posterioridad a la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo y que están directamente vinculados con ésta última- le imprimen a la “ampliación excepcional de plazo” un carácter particular que la diferencia de la figura de ampliación de plazo que regula el Reglamento.

Así, la llamada “ampliación excepcional de plazo” –con sus respectivos alcances y características- constituye un mecanismo extraordinario que, más allá de la denominación, involucra muchos más aspectos que la sola ampliación de plazo contractual y, en consecuencia, su propia naturaleza no es compatible con el supuesto de ampliación de plazo que prevé el Reglamento –regulado en el numeral 45.5 del artículo 45 de la Ley-. De lo anterior **se desprende que aquellas controversias que deriven de los elementos contenidos en la figura denominada “ampliación excepcional de plazo”, podrán ser sometidas al medio de solución de controversias correspondiente, en cualquier etapa anterior a la fecha del pago final**, conforme a lo dispuesto en el numeral 45.6 del referido artículo.

Asimismo, debe indicarse que conforme a lo dispuesto en el numeral 45.9 del artículo 45 de la Ley, todos los plazos señalados en los numerales -incluyendo el del numeral 45.6- **son de caducidad**, razón por la cual, aquellas controversias relacionadas con el mecanismo de ampliación excepcional de plazo y el contenido de la solicitud excepcional, así como con la propuesta de cuantificación de conceptos económicos, podrán ser sometidas al medio de solución de controversias respectivo, **hasta antes de la fecha del pago final**.

2.3 “Según lo establecido en el segundo párrafo del numeral 6.4 de la Directiva, y conforme a lo dispuesto en el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1486, después de la aprobación de la ampliación excepcional de plazo las partes pueden revisar el impacto en el plazo, los conceptos económicos, costos y mecanismos de compensación que acordaron para reactivar la obra, y modificar el contrato cuando corresponda, con el fin de mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes. ¿Dichas normas, entonces, habilitan a las partes a modificar el contrato respecto de los términos en que aprobó la solicitud de ampliación excepcional de plazo? De ser así, ¿es una condición para la aprobación de tales modificaciones contractuales que aquello que requiera ser modificado haya sido previamente aprobado por la Entidad (como parte de la referida solicitud) o también es posible que puedan plantearse nuevas soluciones – directamente vinculadas con el período de paralización de obra por efectos de la pandemia– a fin de implementarse vía modificación contractual?” [sic].

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, las normas que conforman la

Dirección Técnico Normativa
Opinión

Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 y la Directiva, regulan el mecanismo excepcional denominado “ampliación excepcional de plazo”, el cual constituye un procedimiento particular que inicia con la presentación de una solicitud excepcional a cargo del contratista, y cuyo contenido debe contemplar –entre otros conceptos- **la estimación** del impacto en el plazo de ejecución contractual, así como la cuantificación de ciertos costos y gastos, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del numeral 6.2¹⁵ y en el numeral 7.2¹⁶ de la Directiva, respectivamente.

En ese sentido, resulta oportuno traer a colación que la ampliación excepcional de plazo no siempre implica la aprobación de todos los términos planteados por el contratista, pues la Entidad pudo discrepar con la propuesta planteada por éste, respecto del impacto en el plazo o respecto de los conceptos económicos que involucra la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 u otras que pudieran resultar necesarias para la reactivación de la obra o de su cuantía. En tal caso, **se aprueba y aplica “provisionalmente” los términos planteados por la Entidad**, quedando modificado el contrato sin necesidad de suscribir adenda o acuerdo adicional alguno.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que la propuesta de ampliación excepcional de plazo que fuera aprobada por la Entidad, **contempla estimaciones de rendimientos o aproximaciones**, por lo que -en procura de preservar el equilibrio entre las prestaciones y dependiendo del caso concreto- debe verificarse su correspondencia con los rendimientos reales del periodo de ejecución de la obra o con los precios actuales del mercado, lo que se concretará mediante la modificación contractual que corresponda.

En efecto, el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del

¹⁵ De acuerdo a dicho dispositivo, “Esta solicitud excepcional podrá considerar, en lo que respecta al plazo: (i) El impacto en el plazo de ejecución producido por la paralización de obra que se hubiese generado a partir de la Declaratoria del Estado de Emergencia Nacional; (ii) el impacto en plazo que podría significar la re-movilización de personal y equipos, así como por las adecuaciones y adaptaciones de los ambientes de trabajo, en caso sean necesarias; (iii) el impacto en plazo por la ejecución de la obra bajo las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes, y toda otra medida que resulte necesaria para la reactivación de la obra y su ejecución, que derive directamente del Estado de Emergencia Nacional”.

¹⁶ Conforme al numeral 7.2.3 del referido dispositivo, además de estimar el impacto en términos de plazo, “(...) la solicitud de ampliación excepcional de plazo que presentará el Ejecutor de Obra debe cuantificar: (i) Los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales variables en que se haya incurrido o que se hayan devengado durante el periodo en que la obra se encontró paralizada debido a la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, y que sean consecuencia de ésta. Página | 6 Estos costos directos y gastos generales se calcularán en base a lo previsto en la oferta por tales conceptos, debiendo adjuntar los documentos que acrediten fehacientemente que se incurrió en estos. (ii) Los costos por la elaboración de los documentos exigidos por los sectores competentes para la prevención y control del COVID-19, y por las adecuaciones y adaptaciones de los ambientes de trabajo, en caso sean necesarias, debidamente sustentados. (iii) Los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales en los que se incurrirá por la re-movilización de personal y equipos, debidamente sustentados”.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

Decreto Legislativo 1486 establece que “*Las entidades se encuentran facultadas para acordar con el ejecutor de obra y supervisor de la obra **modificaciones contractuales que permitan implementar medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes y otras que resulten necesarias para la reactivación de la obra, debiendo reconocer el costo que ello demande***”. (El énfasis en agregado).

Por su parte, el segundo párrafo del numeral 6.4 de la Directiva establece que las partes **podrán** revisar, periódicamente, el impacto en plazo, los conceptos económicos, costos y mecanismos de compensación que acordaron para reactivar la obra, y modificar el contrato cuando corresponda, con el fin de mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes y que puedan cumplirse las disposiciones previstas en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del citado Decreto Legislativo.

Como se aprecia, lo dispuesto en la Directiva sobre la posibilidad de modificar el contrato -en los casos que corresponda- responde al propósito de equilibrar las prestaciones recíprocas (respecto del plazo), los conceptos económicos, costos y medidas implementadas con la aprobación de la ampliación excepcional de plazo, y así lograr el objetivo principal que es reactivar la ejecución de la obra pública, conforme a lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486¹⁷.

Por tanto, en el marco de lo dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 y por la Directiva, es posible que la modificación contractual se aplique para implementar aquellos términos que no hubieran sido aprobados por la Entidad como parte de la ampliación excepcional de plazo, siempre que se cumplan los supuestos y requisitos contenidos en el numeral 6.4 de la Directiva.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La llamada “ampliación excepcional de plazo” –con sus respectivos alcances y características- constituye un mecanismo extraordinario que, más allá de la denominación, involucra muchos más aspectos que la sola ampliación de plazo contractual y, en consecuencia, su propia naturaleza no es compatible con el supuesto de ampliación de plazo que prevé el Reglamento –regulado en el numeral 45.5 del artículo 45 de la Ley-. De lo anterior se desprende que aquellas controversias que deriven de los elementos contenidos en la figura denominada “ampliación excepcional de plazo”, podrán ser sometidas al medio de solución de controversias correspondiente, en cualquier etapa anterior a la fecha del pago final, conforme a lo dispuesto en el numeral 45.6 del referido artículo.

¹⁷ Adicionalmente, cabe anotar, como constatación complementaria, que ni la Directiva, ni la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486, restringen la posibilidad de que la Entidad pueda acordar con el contratista la modificación contractual que resulte necesaria para implementar aquellos términos que no hubieran sido aprobados por la Entidad como parte de la ampliación excepcional de plazo.



Dirección Técnico Normativa
Opinión

3.2. En el marco de lo dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 y la Directiva, es posible que la modificación contractual se aplique para implementar aquellos términos que no hubieran sido aprobados por la Entidad como parte de la ampliación excepcional de plazo, siempre que se cumplan los supuestos y requisitos contenidos en el numeral 6.4 de la Directiva.

Jesús María, 25 de enero de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/.