

OPINIÓN N° 020-2021/DTN

Solicitante: Poder Judicial

Asunto: Ampliación excepcional de plazo.

Referencia: Formulario S/N de fecha 25.ENE.2021 – Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General del Poder Judicial, formula varias consultas relacionadas con la ampliación excepcional del plazo.

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. CONSULTAS 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.
- **“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”.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿La aprobación por parte de la Entidad de las medidas de prevención y control contra el covid – 19, al amparo del D. Leg 1486 y Directiva 005-2020-OSCE/CD para la reanudación de los trabajos y a su vez, la reanudación de la obra bajo la implementación de las citadas medidas de prevención y control producen una variación del precio, teniendo en consideración lo previsto en el numeral 7.3.3. y 7.4.2. de la Directiva 005-2020?” (sic).

2.1.1 **Sobre la regulación excepcional para la reactivación de obras públicas y conceptos económicos incluidos en la solicitud de ampliación excepcional del plazo.**

En primer lugar, es importante mencionar que a consecuencia del brote de COVID-19, el poder ejecutivo declaró el Estado de Emergencia Nacional. Ahora bien, dadas las medidas de aislamiento o inmovilización social que se adoptaron, los contratos suscritos por el Estado se vieron afectados, en concreto, muchas de las obras públicas en ejecución tuvieron que paralizarse debido a la imposibilidad de movilizar al personal, los materiales, el equipamiento, entre otras circunstancias ajenas a la voluntad de las partes.

Dado este 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 Transitoria¹, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) estableció 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 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

¹ Conforme a lo dispuesto en el último párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486.

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 6.2² y en el numeral 7.2³ 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 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, así como 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 trabajos**⁴.

² 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*”.

³ 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. 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*”.

⁴ Conforme a lo dispuesto en el numeral 7.3 de la Directiva.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

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.

2.1.2 Sobre la cuantificación de los conceptos económicos necesarios para ejecutar la obra bajo la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19, dispuestas por los sectores competentes.

Ahora bien, es importante mencionar que, en la solicitud de ampliación excepcional de plazo, el contratista **no** incluye los costos directos y gastos generales que implicará continuar con la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 dictadas por los sectores correspondientes, sino que conforme al numeral 7.4.1 de la Directiva, la cuantificación de estos conceptos económicos recién se presentará dentro de los 30 días calendario siguientes a la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo.

En el marco de lo expuesto, será responsabilidad del contratista “ajustar” los costos directos y gastos generales necesarios para la continuación de los trabajos bajo las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID- 19, así como, proponerlos a la Entidad dentro del plazo establecido en el numeral 7.4.1. de la Directiva. Correlativamente, le corresponderá a la Entidad pronunciarse sobre la cuantificación de dichos conceptos económicos, dentro de los 15 días siguientes a la presentación de la propuesta del contratista, conforme a lo dispuesto en el numeral 7.4.2 del mismo dispositivo⁵. En caso la Entidad apruebe la propuesta de cuantificación presentada por el contratista, se tendrá por modificado el contrato, sin necesidad de suscribir algún acuerdo adicional o adenda.

En ese sentido, la aprobación de los conceptos económicos incluidos en la ampliación excepcional de plazo (previstos en el numeral 7.2.3 de la Directiva), así como de aquellos conceptos y costos necesarios para continuar con la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 (previstos en el numeral 7.4.1 de la Directiva), implicarán una reformulación de las condiciones de ejecución del contrato, producto del reconocimiento de nuevos costos y gastos generados a raíz de la circunstancia excepcional por la que atraviesa el país.

2.2 “De conformidad con la Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento

⁵ Cabe precisar que la cuantificación de los gastos generales variables que implicará la ejecución de la obra bajo el nuevo plazo y con la implementación de medidas destinadas a evitar la propagación de COVID-19 no consiste en determinar su monto considerando que la obra se ejecutará con atraso, sino en proponer los costos directos y/o gastos generales correspondientes a los trabajos pendientes de ejecución de la obra, considerando el nuevo plazo de ejecución determinado sobre la base de los “nuevos rendimientos”.

¿corresponde el incremento de la carta fianza del fiel cumplimiento producto de la aprobación por parte de la Entidad de las medidas de prevención y contra el covid-19 previo al reinicio de la ejecución de la obra y, asimismo, luego de reiniciadas.?” [sic].

2.2.1 Sobre la regulación prevista en el régimen general y la naturaleza de la ampliación de plazo.

En primer lugar, resulta importante mencionar que la actuación de las Entidades de la Administración Pública se encuentra regida por el Principio de Legalidad⁶, es decir, dichas actuaciones deben enmarcarse dentro de una norma legal autoritativa que la faculte a realizar determinada acción administrativa, pues los sujetos de derecho público solo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido y atribuido por las normas que regulan su competencia, o que haya sido autorizado por la entidad competente.

Bajo esa premisa, debe indicarse que tanto el Decreto Legislativo 1486, así como la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, no han contemplado la obligación de incrementar el monto garantía de fiel cumplimiento ante la aprobación de la ampliación excepcional del plazo, como sí se ha dispuesto expresamente para el caso de la solicitud de adelantos extraordinarios⁷; dicho de otro modo, cuando la norma ha optado por que exista un efecto sobre la garantía, lo ha dispuesto de manera explícita.

En concordancia con lo anterior, puede apreciarse que existe un tratamiento similar en el régimen general de contratación pública, en el que el incremento de la garantía de fiel cumplimiento sólo se exige en el caso de la aprobación de prestaciones adicionales, no habiéndose extendido dicho criterio a la ampliación de plazo, pese a que dicha ampliación tiene como efecto el reconocimiento de ciertos conceptos económicos (mayores costos directos y mayores gastos generales variables).

En ese sentido, puede observarse que tanto la normativa que regula el régimen general, así como la normativa excepcional bajo análisis, no establecen como obligación del contratista incrementar la garantía de fiel cumplimiento en caso de ampliaciones de plazo. En este punto es importante considerar que si bien la aprobación de una ampliación de plazo en contratos de obra bajo el régimen general genera ciertos efectos económicos que repercuten en el monto del contrato, el reconocimiento de dichos conceptos tiene por objeto restituir al contratista aquellos costos y gastos en los que hubiese incurrido durante el periodo de ampliación, es decir, la ampliación de plazo no genera nuevas prestaciones u

⁶ El Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, señala que “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

⁷ Numeral 8.2 de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

obligaciones que deban ser garantizadas (como si se da en el caso de la aprobación de adicionales), sino que sólo reconoce aquello que el contratista ya desembolsó, ello con el fin de mantener el equilibrio económico del contrato.

2.2.2 Sobre el incremento de la garantía de cumplimiento producto de la aprobación de aquellos conceptos económicos derivados de una ampliación excepcional de plazo.

Adicionalmente a lo señalado, es importante analizar a la finalidad que persigue la regulación especial dictada mediante el Decreto Legislativo N° 1486.

Al respecto, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1486 señaló lo siguiente: “*El presente Decreto Legislativo tiene por finalidad reactivar la economía nacional que se ve impactada por la declaración de Emergencia Sanitaria a nivel Nacional producida por el COVID-19*”. Como puede verse, existe una disposición explícita que manifiesta una finalidad que responde a una situación extraordinaria: producir un efecto positivo en la economía nacional a través de medidas que inciden en los contratos de obra paralizados.

Por su parte, en la exposición de motivos de dicho Decreto Legislativo se agregó lo siguiente: “*Las medidas destinadas a la reactivación de la economía nacional deben incluir procedimientos excepcionales, para el inicio o reinicio, según corresponda, de los contratos de ejecución de obras públicas, puesto que la normativa de contrataciones del Estado vigente no contempla disposiciones para escenarios como los generados por el estado de emergencia (falta de liquidez de las empresas constructoras, necesidad de agilizar la toma de decisiones, entre otros.)*”

Como se puede advertir, el Decreto Legislativo N° 1486 fue emitido en un contexto extraordinario, siendo su principal objetivo la reactivación económica, específicamente, en el ámbito de la contratación pública, su principal función era la reactivación de las obras paralizadas por el estado de emergencia nacional.

En ese sentido, una de las principales problemáticas que se suscitaron a efectos de continuar con la ejecución de las obras detenidas fue la falta de liquidez de los contratistas, quienes habían dejado de percibir ingresos ante la paralización de sus actividades, viendo mermada su capacidad financiera.

En ese contexto, con el fin de servir como respaldo económico al contratista, con la aprobación de la ampliación excepcional de plazo se reconocen los gastos y costos incurridos durante el periodo de paralización, asimismo, se permite la reformulación del contrato considerando todos aquellos nuevos conceptos económicos generados por la pandemia.

En esa misma línea, se estableció también la entrega excepcional de adelantos, con el objeto de que los contratistas puedan disponer de los recursos necesarios para el reinicio de sus actividades de manera oportuna, mitigando así la falta de

Dirección Técnico Normativa
Opinión

liquidez que puedan presentar. Esta falta de liquidez, entonces, se supera con un desembolso de fondos públicos, pero dicho desembolso se produce únicamente si el contratista ha presentado la garantía correspondiente, lo cual tiene por finalidad asegurar que los recursos entregados se usarán en las actividades que impliquen los conceptos económicos en los que deba incurrirse, lo cual, de manera indirecta, redundará en la reactivación del contrato de obra.

Como se puede advertir, dichas disposiciones buscan promover la continuidad de los contratos de obra, de forma tal que estos puedan alcanzar la finalidad pública para la cual se celebraron, asimismo, constituyen un mecanismo para lograr un adecuado equilibrio económico entre las obligaciones de las partes, considerando la situación excepcional por la que atraviesa el país.

De esta manera, dado que las medidas previstas en el Decreto Legislativo N° 1486 buscan generar un respaldo económico al contratista e incluso inyectarle liquidez - *en ciertos casos*- a fin de que pueda contar con los recursos necesarios para continuar con la ejecución de la obra, y lograr de ese modo “la reactivación de la economía nacional”, no sería coherente con dicha finalidad exigir que el contratista ejecutor de obra aumente la garantía de fiel cumplimiento otorgada a efectos de respaldar justamente aquellos conceptos económicos reconocidos a partir de la aprobación de su solicitud de ampliación excepcional de plazo, puesto que ello, contrariamente a su finalidad, generaría mayores gastos administrativos producto de aumentar dicha cobertura, así como también podría restar liquidez o línea crediticia al contratista de cara al sistema financiero.

Finalmente, cabe precisar que ante un eventual incumplimiento de las obligaciones cargo del contratista, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto ciertas figuras, como la aplicación de penalidades, la intervención económica de la obra y la resolución del contrato, las cuales pueden ser aplicadas por la Entidad a efectos de salvaguardar sus intereses.

3. CONCLUSIONES

- 3.1.** La aprobación de los conceptos económicos incluidos en la ampliación excepcional de plazo (previstos en el numeral 7.2.3 de la Directiva), así como de aquellos conceptos y costos necesarios para continuar con la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 (previstos en el numeral 7.4.1 de la Directiva), implicarán una reformulación de las condiciones de ejecución del contrato, producto del reconocimiento de nuevos costos y gastos generados a raíz de la circunstancia excepcional por la que atraviesa el país.
- 3.2.** Dado que las medidas previstas en el Decreto Legislativo N° 1486 buscan generar un respaldo económico al contratista e incluso inyectarle liquidez -*en ciertos casos*- a fin de que pueda contar con los recursos necesarios para continuar con la ejecución de la obra, y lograr de ese modo “la reactivación de la economía nacional”, no sería coherente con dicha finalidad y con la propia naturaleza que



Dirección Técnico Normativa
Opinión

tiene la ampliación de plazo en el régimen general, exigir que el contratista ejecutor de obra aumente la garantía de fiel cumplimiento que otorgó a efectos de respaldar justamente aquellos conceptos económicos reconocidos a partir de la aprobación de su solicitud de ampliación excepcional de plazo, puesto que ello, contrariamente a su finalidad, generaría mayores gastos administrativos producto del aumento de tal cobertura, así como también podría restar liquidez o línea crediticia al contratista de cara al sistema financiero. En el mismo sentido, debe considerarse además que tanto la normativa que regula el régimen general de contratación pública, así como la normativa excepcional bajo análisis han previsto de manera expresa los supuestos en los cuales se incrementa el monto de la garantía de fiel cumplimiento (adicionales en el caso del régimen general y adelantos en el régimen excepcional), no habiendo considerado la ampliación de plazo como un supuesto que amerite un incremento de dicha garantía.

Jesús María, 8 de marzo de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.