

OPINIÓN N° 065-2020/DTN

Solicitante: Consorcio Edificación
Asunto: Alcances sobre la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD
Referencia: Formulario de solicitud de consulta normativa

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante legal del Consorcio Edificación 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 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.

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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- **“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”.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. “¿El Contratista podrá incluir en la cuantificación de la ampliación excepcional de plazo, 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, incluso de aquellas**

partidas que se encontraban atrasadas antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional?” (Sic.).

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

En primer término, debe señalarse que durante la ejecución de los contratos celebrados al amparo de la normativa de Contrataciones del Estado pueden surgir eventos que ocasionan atrasos o 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.

Así, la normativa de contrataciones del Estado regula de forma detallada las condiciones, requisitos, formalidades y procedimientos que deben observarse para la procedencia y aprobación de una ampliación de plazo en favor del contratista. Sin perjuicio de ello, es importante resaltar que, en vista de que la aprobación de una ampliación de plazo implica una modificación del plazo inicialmente pactado **y el reconocimiento de los mayores costos directos y mayores gastos generales incurridos durante la paralización o retraso, una condición indispensable para su procedencia es que dicha paralización o retraso no resulten imputables al contratista.**

Al respecto, es importante remarcar dicha condición, pues ir contra ella **no** resulta coherente con las reglas de la normativa de Contrataciones del Estado que regulan la ampliación de plazo¹, del mismo modo en que no resulta coherente con el principio de equidad que la Entidad reconozca las consecuencias económicas de una paralización o retraso generados por alguna causa que **sí** resulta imputable al contratista.

Precisado lo anterior, cabe anotar 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, 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

¹ De conformidad con lo dispuesto en el numeral 34.9 del artículo 34 de la Ley “*El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado **por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad** debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento*” (El resaltado es agregado).

En esa misma línea, el artículo 197 del Reglamento ha dispuesto que se puede reconocer una ampliación de plazo, cuando se hubiesen configurado **“atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista”**. Asimismo, respecto de las consecuencias económicas de la aprobación de la ampliación de plazo, el artículo 198 del Reglamento señala: “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”.

contrataciones del Estado, situación que amerita una regulación y mecanismos apropiados que permitan la reactivación de dichas contrataciones.

2.1.2. Procedimiento excepcional de ampliación de plazo.

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. Ante tal situación, 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 Transitoria², el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) establece mediante Directiva los alcances y disposiciones aplicables para la reactivación de obras públicas y contratos de supervisión, regulando -entre otros mecanismos- el “procedimiento excepcional de ampliación de plazo”.

En ese contexto, si bien la normativa de Contrataciones del Estado contempla la figura de ampliación de plazo como un mecanismo que podría emplearse para enfrentar la situación antes descrita, se puede afirmar que el legislador ha considerado 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.

2.1.3. Ámbito de aplicación de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N°1486 y de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD

Sobre el particular, corresponde indicar que el primer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N°1486 establece lo siguiente: “*Para la reactivación de los contratos de obra vigentes y sus respectivos contratos de supervisión, bajo el ámbito del régimen general de las contrataciones del Estado, cuya ejecución de la inversión **se ha visto paralizada** debido al Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19, aprobado por el D.S. N°044-2020-PCM y sus modificatorias, resultan de aplicación, **de forma excepcional**, las siguientes disposiciones (...)*”. (El énfasis es agregado).

En concordancia con el citado dispositivo, el acápite III de la Directiva, al definir su ámbito de aplicación o alcance, dispone lo siguiente: “*En el marco de lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo*

² Conforme a lo dispuesto en el último párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486.

N°1486, la presente Directiva es aplicable a los contratos de obra y sus respectivos contratos de supervisión, así como el régimen especial establecido al amparo del régimen general de las contrataciones del Estado (...) cuya ejecución se ha visto paralizada debido al Estado de Emergencia Nacional dispuesto por el Decreto Supremo N°044- 2020- PCM y sus modificatorias". (El énfasis es agregado).

Tal como se desprende, tanto la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486, como la Directiva, son claras al determinar que sus reglas conformantes son aplicables a los contratos de ejecución de obras y sus respectivos contratos de supervisión, que se han visto paralizados por efecto de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID- 19.

2.1.4. Sobre el impacto en el plazo de ejecución que puede considerarse en la solicitud de ampliación excepcional de plazo

Según lo dispuesto en el literal a) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N°1486, el contratista puede solicitar la "ampliación excepcional de plazo"³ en las obras cuya ejecución se ha visto **paralizada por** el Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID-19; tal como se establece en el primer párrafo del numeral 6.2 de la Directiva.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del referido numeral de la Directiva, "*Esta solicitud excepcional puede 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 el 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 (...), y toda otra medida que resulte necesaria para la reactivación de la obra y su ejecución, que derive directamente del Estado de Emergencia Nacional". (El énfasis es agregado).*

Sin perjuicio de lo expuesto, y en atención a la consulta planteada, es necesario reiterar que, si bien tanto la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N°1486, como la Directiva, son claras al establecer que sus reglas conformantes son aplicables a los contratos de ejecución de obras y sus respectivos contratos de supervisión, que se han visto paralizados por efecto del Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID- 19, se dispuso –en el marco del referido Decreto Legislativo- una excepción a esta regla general.

Así, el tercer párrafo del numeral 6.2 del acápite VI de la Directiva dispuso lo siguiente: "*La ampliación excepcional de plazo que prevé el DLEG, con los correspondientes gastos generales y costos directos, y el reconocimiento de los costos que implicará implementar las medidas para la prevención y control frente*

³ Cabe anotar que la denominación de "Excepcional" a la ampliación de plazo contemplada en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N°1486 es atribuida por la Directiva N°005- 2020-OSCE/CD.

a la propagación del COVID-19, dispuestas por los sectores competentes, aplica incluso en aquellos casos en que la obra tenía programada su culminación antes de la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, o cuando se haya encontrado con atraso, sin perjuicio de la aplicación de penalidades o los procedimientos de solución de controversias, que sean aplicables por tales atrasos o paralizaciones previas”.

Como se observa en el citado numeral, las disposiciones sobre la ampliación excepcional de plazo también aplicarían a los contratos de obra cuya culminación programada fuera antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, incluyendo aquellas obras que se encontraban con atraso; sin embargo, dicha disposición, aunque cierta, debe ser interpretada sistemáticamente⁴, observando el conjunto de disposiciones que componen el Régimen General de la Contratación Pública y en el marco de la finalidad que se busca alcanzar con el Decreto Legislativo 1486.

Así, tal como se anotó en las primeras líneas de la presente Opinión⁵, de acuerdo con la normativa de Contrataciones del Estado (Régimen General de la Contratación Pública), **una condición indispensable** para el otorgamiento de una ampliación de plazo –y para el ulterior reconocimiento de sus consecuencias económicas- **es que la causa de la paralización o del atraso no sea imputable al contratista**. Es ésta la manera –dentro del marco de la reactivación de obras paralizadas **por efecto** del COVID-19, lo que constituye la finalidad del Decreto Legislativo 1486- en que debe interpretarse el citado numeral 6.2 de la Directiva⁶, el cual se modificó⁷ justamente para reforzar dicho sentido, precisándose que *“la ampliación excepcional de plazo (...) aplica a los contratos de obra cuyo plazo de ejecución no se encuentre vencido”*. (El subrayado es agregado).

En esa medida, resulta evidente que no es admisible compensar económicamente a un contratista cuando la causa del **retraso** en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales sea atribuible a él mismo, de modo tal que aunque éste incluya en su solicitud de ampliación excepcional de plazo aquella cuantificación del plazo que recae sobre partidas atrasadas, la entidad al momento de evaluar dicha solicitud no

⁴ “Para el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el “qué quiere decir” la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella”. RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 242.

⁵ Específicamente, en los párrafos segundo y tercero del numeral 2.1.1 de la presente Opinión.

⁶ Debe entenderse que dicha disposición se refería a aquellas obras que contaban con atrasos por causas no imputables al contratista, es decir, cuando mediaba un retraso “justificado”. Al respecto, cabe anotar que de acuerdo a lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado, un retraso en la ejecución de la prestación se considera “justificado” cuando se hubiese aprobado la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista.

⁷ Mediante Resolución N° 102-2020-OSCE/PRE.

aceptará ese periodo atrasado que fuera imputable al contratista, ni los gastos generales y costos derivados de dicho periodo.

Por tanto, en lo que respecta al impacto en el plazo de ejecución, el contratista puede considerar en su solicitud de ampliación excepcional de plazo aquello que se encuentra expresamente establecido en el segundo párrafo del numeral 6.2 de la Directiva, incluyendo 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, pudiendo incluir aquellas partidas atrasadas por causas no imputables a él, en tanto el plazo del contrato se encuentre vigente.

2.2. “¿De ser posible incluir dentro de esta nueva programación de obra, las partidas atrasadas, podría la Entidad requerir que no se incluyan las partidas atrasadas dentro de nuestra solicitud de ampliación excepcional de plazo?”

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, en lo que respecta al impacto en el plazo de ejecución, el contratista puede considerar en su solicitud de ampliación excepcional de plazo aquello que se encuentra expresamente establecido en el segundo párrafo del numeral 6.2 de la Directiva, incluyendo 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, pudiendo incluir aquellas partidas atrasadas por causas no imputables a él, en tanto el plazo del contrato se encuentre vigente.

2.3. “¿La Entidad podrá observar y desestimar la ampliación excepcional de plazo, si es que el contratista presenta su nuevo cronograma, programa y calendario incluyendo las partidas que se encontraban atrasadas?”

Sobre el particular, resulta pertinente reiterar que este Organismo Técnico Especializado absuelve consultas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en esa medida, no es posible determinar -en vía de Opinión- cómo puede pronunciarse una Entidad respecto del contenido de una solicitud de ampliación excepcional de plazo, toda vez que dicho aspecto obedece a la evaluación que la misma Entidad realiza en el marco de sus competencias y sobre la cada caso concreto.

Asimismo, de conformidad con lo señalado al absolver la primera consulta, en lo que respecta al impacto en el plazo de ejecución, el contratista puede considerar en su solicitud de ampliación excepcional de plazo aquello que se encuentra expresamente establecido en el segundo párrafo del numeral 6.2 de la Directiva, incluyendo 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, pudiendo incluir aquellas partidas atrasadas por causas

no imputables a él, en tanto el plazo del contrato se encuentre vigente.

Por su parte, en el marco de lo dispuesto en el numeral 7.3 de la Directiva, corresponde a la Entidad efectuar la evaluación respectiva a fin de pronunciarse sobre el contenido de la solicitud de ampliación excepcional de plazo. En ese contexto, si ésta incluyera la cuantificación del plazo sobre partidas atrasadas, la Entidad al momento de evaluar dicha solicitud no aceptará ese periodo atrasado que fuera imputable al contratista, ni los gastos generales y costos derivados de dicho periodo.

3. CONCLUSIONES

- 3.1.** El contratista puede considerar en su solicitud de ampliación excepcional de plazo aquello que se encuentra expresamente establecido en el segundo párrafo del numeral 6.2 de la Directiva, incluyendo 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, pudiendo incluir aquellas partidas atrasadas por causas no imputables a él, en tanto el plazo del contrato se encuentre vigente.
- 3.2.** En el marco de lo dispuesto en el numeral 7.3 de la Directiva, corresponde a la Entidad efectuar la evaluación respectiva a fin de pronunciarse sobre el contenido de la solicitud de ampliación excepcional de plazo. En ese contexto, si ésta incluyera la cuantificación del plazo sobre partidas atrasadas, la Entidad al momento de evaluar dicha solicitud no aceptará ese periodo atrasado que fuera imputable al contratista, ni los gastos generales y costos derivados de dicho periodo.

Jesús María, 4 de agosto de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA