

OPINIÓN N° 067-2020/DTN

Solicitante: Ministerio del Interior

Asunto: Aplicación de Directiva N°005- 2020- OSCE/CD a obras con retraso.

Referencia: a) Formulario 002- DTN de fecha 13 de julio de 2020
b) Formulario 002- DTN de fecha 20 de julio de 2020

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el señor Eric Franklin Paz Meléndez, Director General de la Oficina de Asesoría Jurídica, formula varias consultas respecto de la aplicación de la Directiva N°005- 2020-OSCE/CD, a obras atrasadas.

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, 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, 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, modificado por el D.S. N°377- 2019-EF.

Dirección Técnico Normativa

Opinión

- **“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. *¿La Directiva N°005- OSCE/CD es aplicable a contratos derivados de Convenios de Administración de Recursos con Organizaciones Internacionales, en los cuales se ha estipulado que es aplicable supletoriamente la norma de contrataciones del Estado, pese a que dichos Contratos ya contengan disposiciones que contemplen lo siguiente: i) procedimientos de reconocimiento ampliaciones de plazo y gastos generales, ante eventos de caso fortuito y fuerza mayor y ii) modificaciones al contrato, de mutuo acuerdo a las partes?*

Sobre el particular, es necesario mencionar que los Convenios de Administración de Recursos con Organismos Internacionales no forman parte de la normativa de Contrataciones del Estado, la cual se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las normas de observancia obligatoria emitidas por el OSCE, tales como, la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD.

Ahora bien, como es sabido, la aplicación supletoria de normas supone la existencia de una normativa que, siendo aplicable a determinada relación o situación jurídica de manera obligatoria, no regula un caso o supuesto particular (norma suplida), por lo que resulta necesario recurrir a otra normativa distinta con **la finalidad de suplir la falencia o vacío existente** (norma supletoria)¹.

En consecuencia, si un contrato derivado de un Convenio de Administración de Recursos con Organismos Internacionales hubiese contemplado la aplicación supletoria de la normativa de Contrataciones del Estado, corresponde a la Entidad analizar las normas del contrato en particular, a efectos de que pueda determinar si existe, o no, un vacío o falencia que justifique dicha aplicación supletoria.

2.2. *“En el tercer párrafo del numeral 6.2. del artículo 6 de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD se indica que dicha Directiva se aplica incluso en aquellas obras que se encontraban con atraso, en ese sentido es necesario determinar lo siguiente: ¿El atraso a reconocer corresponde únicamente a las obras que tenían programada su fecha de culminación antes de la declaratoria de emergencia: o por el contrario corresponde el reconocimiento de atrasos o costos producidos por negligencia del*

¹ Entiéndase por supletoriedad la situación que implica la existencia de “(...) la norma uno, a la que le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y a la norma dos, que sí contiene una regulación para tal hecho, llamada supletoria”, las que comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Ara Editores, año 1997, Pág. 131 y 132.

contratista, es decir demoras atribuibles a él, en diversas etapas de la ejecución de la obra”

- 2.2.1. Durante la ejecución de los contratos de obra, pueden presentarse atrasos o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, que pueden determinar la necesidad de que se amplíe el plazo contractual. Para tal efecto, las partes deberán observar los requisitos, formalidades y procedimientos detallados en la normativa de Contrataciones del Estado.

Ahora bien, 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 atraso, **una condición indispensable para su procedencia es que dicha paralización o retraso no resulte imputable al contratista.** Es importante remarcar este punto, pues **no** resulta coherente con las reglas de la normativa de Contrataciones del Estado que regulan la ampliación de plazo², ni con el principio de equidad, que la Entidad reconozca las consecuencias económicas de una paralización generada por alguna causa que **sí** es imputable al contratista

- 2.2.2. Como es sabido, nuestro país se ha visto azotado por la pandemia generada por el COVID-19. Esta circunstancia propició que el Gobierno Nacional decretara, mediante D.S. N°044-2020-EF, el Estado de Emergencia Nacional con la finalidad de controlar el avance de la pandemia; medida que –a su vez- determinó la paralización de los contratos de ejecución y supervisión de obra a nivel nacional.

En tal contexto, si bien la normativa de Contrataciones del Estado ha previsto a la figura de ampliación de plazo como un mecanismo para enfrentar esta situación, el legislador ha considerado que para la reactivación o continuación de los contratos paralizados por efecto del COVID-19 y la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, se observen reglas específicas. Estas son, en el caso de los contratos de ejecución y supervisión de obra, aquellas que conforman la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486 y la Directiva N°005- 2020-OSCE/CD.

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

² De acuerdo con 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”.

2.2.3. Al respecto, se debe mencionar que el primer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. 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 resaltado es agregado).

En concordancia con ello, el numeral III de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD³, al definir su ámbito de aplicación o alcance, ha dispuesto lo siguiente: *“En el marco de lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 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”*.

Como se puede advertir, tanto la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N° 1486, como la Directiva N°005- 2020 derivada de ésta, son claras al determinar que sus reglas conformantes son aplicables a los contratos de ejecución y supervisión de obra, que se han visto paralizados por efecto del Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID- 19.

2.2.4. En relación con lo anterior se debe mencionar que son diversos los escenarios en los que pudo encontrarse la obra cuando aconteció la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional. Conviene mencionar dos de ellos, con el fin de absolver la consulta formulada.

El primero tiene que ver con las obras cuya culminación hubiese estado programada para antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional y, pese a ello, no se hubiese cumplido dicha obligación. En esta situación, como la paralización no fue ocasionada por la declaratoria del Estado de Emergencia, sino por un incumplimiento previo del contratista, **no** resultan aplicables las disposiciones de la Segunda Disposición en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486, ni aquellas que conforman la Directiva.

³ En este extremo es pertinente aclarar que la Directiva N°005- 2020/CD, ha sido emitida por el OSCE en cumplimiento de mandato contemplado en el último párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486, cuyo texto literal es el siguiente: “El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en un plazo máximo de siete (7) días hábiles contados a partir de la presente Disposición, emite la directiva que establece los alcances y procedimientos para el reconocimiento de los gastos generales y/o costos directos relacionados con la ampliación de plazo regulada en la presente disposición, así como los procedimientos y alcances para la incorporación en los contratos de las medidas que se deben considerar para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes, el procedimiento para la solicitud y entrega de adelantos, entre otras que fueran necesarias en caso corresponda”.

El segundo escenario se presenta cuando, al momento de la paralización ocasionada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, la obra hubiese estado con atraso, pero dentro del plazo de ejecución contractual. En este caso, en vista de que el plazo de ejecución se encuentra vigente y, por tanto, los trabajos sí se paralizaron por efecto de la declaratoria del Estado de Emergencia, sí resultaría aplicable la Directiva, a efectos del otorgamiento de la ampliación excepcional de plazo⁴ derivada de paralización; lo cual – como se verá- **no** implica que se reconozcan los días de atraso previo, salvo que dicho atraso no le sea imputable al contratista.

Precisiones respecto de la interpretación del tercer párrafo del numeral 6.2. de la Directiva.

- 2.2.5. Ahora, expuesto lo anterior, es pertinente mencionar que el tercer párrafo del numeral 6.2 de la Directiva establece 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 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 puede apreciar, de acuerdo con la Directiva, sus disposiciones referidas a la ampliación excepcional de plazo con sus respectivas consecuencias económicas son aplicables también a los contratos de ejecución de obra cuya culminación hubiese estado prevista para antes de la declaratoria del Estado de emergencia; así como, a las obras que se hubiesen encontrado con atraso en la fecha en que se decretó el Estado de Emergencia Nacional. No obstante, este extremo debe interpretarse en relación con el conjunto de disposiciones que componen el Régimen General de la Contratación Pública y en el marco del ámbito de aplicación de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486.

Como se anotó en las primeras líneas, 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. Precisamente bajo esta consideración debe ser interpretado el citado tercer párrafo del numeral 6.2. de la Directiva.

Por esta razón, cuando la directiva señala que sus disposiciones relativas a la ampliación excepcional de plazo y sus consecuencias económicas son aplicables incluso a las obras cuya culminación hubiese estado prevista para antes de la

⁴ La ampliación excepcional de plazo es aquella regulada por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486 y por la Directiva N° 005- 2020- OSCE/CD.

Dirección Técnico Normativa

Opinión

declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, **debe entenderse que se refiere a aquellas obras que, no obstante no haber cumplido con el plazo de ejecución, obtuvieron una ampliación de plazo en el entendido de que hubo una causa no imputable al contratista**⁵, pues, como se anotó, de acuerdo con el régimen general, **no** es admisible compensar económicamente a un contratista cuando la causa del incumplimiento de sus obligaciones sea atribuible a él mismo^{6 7}.

2.2.6. Ahora bien, respecto de las obras que se hubiesen encontrado atrasadas –pero en ejecución- al momento de la paralización generada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, como se anotó, les resultan aplicables las normas referidas a la ampliación excepcional de plazo contempladas en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486, así como aquellas contempladas en la Directiva. No obstante, de ello **no** se desprende que deban reconocerse los días correspondientes al atraso previo ni sus consecuencias económicas, salvo que dicho atraso no le sea imputable al contratista.

Siendo así, respecto de atrasos previos al acaecimiento del Estado de Emergencia, la Entidad deberá valorarlos de acuerdo al caso concreto; y en tal medida, podrá considerarlos en el cronograma de ejecución de la obra que se apruebe en el marco de reanudación de actividades, siempre que de la evaluación se concluya que ese atraso previo no le era imputable al contratista.

Mencionado lo anterior, corresponde anotar que el segundo párrafo del numeral 6.2. de la Directiva, establece lo siguiente: *“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.”*

⁵ Es necesario mencionar que, de acuerdo con 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

⁶ A mayor abundamiento se recomienda revisar la Opinión N° 062-2020/DTN.

⁷ También se debe mencionar que el extremo de la Directiva que es objeto de análisis fue modificado mediante Resolución N° 102-2020-OSCE/PRE. Así, con la finalidad de dotarla de mayor claridad, reforzando el sentido de la interpretación desarrollado en la presente opinión, el último párrafo del numeral 6.2. de la Directiva fue sustituido por el siguiente texto: *“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 a la propagación del COVID- 19, dispuestas por los sectores competentes, aplica a contratos de obra cuyo plazo de ejecución no se encuentre vencido”*

Dirección Técnico Normativa

Opinión

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 que se derive directamente de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, pudiendo incluir –de acuerdo con lo analizado- aquellas partidas atrasadas por causas no imputables a él.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1.** Si un Convenio de Administración de Recursos con Organismos Internacionales hubiese contemplado la aplicación supletoria de la normativa de Contrataciones del Estado, corresponde a la Entidad analizar las normas lo conforman, a efectos de que pueda determinar si existe, o no, un vacío o falencia que justifique dicha aplicación supletoria.
- 3.2.** Respecto de las obras que se hubiesen encontrado atrasadas –pero en ejecución- al momento de la paralización generada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, les resultan aplicables las normas referidas a la ampliación excepcional de plazo contempladas en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486, así como, aquellas contempladas en la Directiva. No obstante, de ello no se desprende que deban reconocerse los días correspondientes al atraso previo ni sus consecuencias económicas, salvo que dicho atraso no le sea imputable al contratista.
- 3.3.** 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 que se derive directamente de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, pudiendo incluir –de acuerdo con lo analizado- aquellas partidas atrasadas por causas no imputables a él.

Jesús María, 07 de agosto de 2020.

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.