

OPINIÓN N° 068-2020/DTN

Solicitante: Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. - SEAL

Asunto: Medidas para la reactivación de los contratos de bienes y servicios de acuerdo con lo previsto en el Decreto Supremo N° 168-2020-EF

Referencia: Comunicación S/N de fecha 30.JUL.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, un Especialista Legal de la Sociedad Eléctrica del Sur OESTE S.A. – SEAL, formula varias consultas vinculadas a las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 168-2020-EF, que establece medidas para la reactivación de los contratos de bienes y servicios celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, cuya ejecución se ha paralizado por la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional producida por el COVID-19, aprobada por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por la Entidad, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que, la primera consulta no busca un desarrollo interpretativo sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que solicita determinar si la Entidad podría “reconocer a favor del contratista un ingreso mínimo vital durante el Estado de Emergencia”, señalando que dicha situación no está prevista en los términos de referencia, el contrato ni en el Decreto Supremo N° 168-2020-EF. Cabe señalar que el OSCE no puede definir aspectos que corresponden a decisiones de gestión de la Entidad, puesto que ello excede la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley; por tal motivo, en la presente Opinión sólo se dará respuesta a la segunda y tercera consulta.

Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente a partir del 15 de diciembre de 2019.
- **“Decreto Supremo”, específicamente**, a la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 168-2020-EF, publicada el 30 de junio de 2020.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas –referidas al Decreto Supremo N° 168-2020-EF, es decir, a bienes y servicios- son las siguientes:

2.1. “¿Qué actividades realizadas por el contratista deben considerarse dentro de la llamada “Medidas para la prevención y control frente a la Propagación del COVID-19 (implementación del Plan de Contingencias COVID-19; implementación de protocolos y otros)?” (Sic.).

2.1.1. De manera previa, corresponde indicar que las consultas que absuelve el OSCE, son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en esa medida, no es posible definir, en vía de Opinión, cuáles son aquellas “actividades realizadas por el contratista” que deben ser consideradas “Medidas para la prevención y control frente a la Propagación del COVID-19” en el contexto de un contrato en particular y de acuerdo a disposiciones que no pertenecen a la normativa de contrataciones del Estado, sin perjuicio de lo cual se brindarán alcances de carácter general.

En tal sentido, resulta pertinente indicar que el Gobierno Nacional, en el marco del Estado de Emergencia declarado, en aplicación del artículo 137² de la Constitución Política del Perú, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, precisado mediante Decreto Supremo N° 046-2020-PCM, dispuso, entre otras medidas, “(...) *el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19*” y la “*Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas*” durante la vigencia del Estado de Emergencia y la cuarentena³, exceptuando de esta limitación a los que realizan un determinado listado taxativo de actividades consideradas esenciales para que, tanto las entidades públicas como los miembros de la sociedad civil, enfrenten la situación propiciada por el brote del COVID-19.

² De conformidad con lo establecido en el artículo 137 de la Constitución Política del Perú: “*El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso lo a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. (...)*”.

³ De acuerdo con lo previsto en los artículos 1 y 4 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

En este punto, cabe señalar que el mandato de aislamiento social obligatorio dispuesto en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, que tiene por objeto el fin superior de cautelar el derecho a la protección de la salud, del medio familiar y de la comunidad⁴, constituye una situación de fuerza mayor que afecta⁵ el desarrollo de la ejecución de los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. En ese contexto, con fecha 30 de junio de 2020, fue publicado el Decreto Supremo N° 168-2020-EF, el cual establece medidas “*Para la reactivación de los contrataos de bienes y servicios, distintos a los servicios de supervisión de obra vigentes, en el ámbito de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, cuya ejecución se ha visto paralizada debido al Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19 (...)*”.

Así, el numeral 3.1 del Decreto Supremo⁶, establece que, de manera excepcional, dentro de los siete (07) días hábiles siguientes a la culminación de la inmovilización social dispuesta en el marco del Estado de Emergencia Nacional y/o a la reanudación de actividades en el ámbito geográfico en el que se ejecuta el contrato, dispuesta por la autoridad competente, el contratista debe presentar a la Entidad, de forma física o virtual, los siguientes documentos:

“-*Solicitud de ampliación de plazo contractual, **debidamente cuantificada**.*
 - *Identificación de prestaciones pendientes de ejecutar y el cronograma actualizado, **de corresponder**.*
 - *Plan para implementar los Protocolos Sanitarios emitidos por los sectores competentes, para las prestaciones pendientes de ejecutar, **de corresponder**.*
 - *Propuesta de reemplazo de personal, **de corresponder**”.*

Como se desprende del texto citado, la fundamentación de los documentos constituye un presupuesto de aplicación de la norma, tanto es así que, acto seguido, el Decreto Supremo dispone que el funcionario y/o servidor de la Entidad, competente para aprobar las ampliaciones de plazo, dentro de los siete (07) días hábiles de presentada la referida documentación y **previa evaluación**, notifica su decisión al contratista. De esta forma, “*En caso la solicitud sea aprobada con la*

⁴ El primer acápite de los considerandos del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM hace referencia a los artículos 7 y 9 de la Constitución Política del Perú, los cuales establecen que todos tienen derecho a la protección de su salud, del medio familiar y de la comunidad, y que el Estado determina la política nacional de salud, correspondiendo al Poder Ejecutivo normar y supervisar su aplicación, siendo responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizada para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

⁵ Cabe recordar que, entre las medidas dispuestas por el Gobierno Nacional para enfrentar el brote del COVID-19, se encuentran el Decreto Supremo N° 116-2020-PCM que dispone, entre otras medidas, la continuidad del aislamiento social obligatorio en algunos departamentos del Perú, en el cual está permitido el desplazamiento de las personas únicamente para la prestación y acceso a servicios y bienes esenciales, así como para la prestación de servicios de las actividades económicas autorizadas.

⁶ Como se señaló en el numeral 2 de la presente Opinión, en ésta se hace referencia a Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 168-2020-EF.

sola notificación de la decisión se entiende modificado el contrato en los términos contenidos en el documento de aprobación respectivo, sin necesidad de la suscripción de documentos posterior. En caso la entidad no cumpla con notificar su decisión en el plazo establecido, la ampliación de plazo se entiende aprobada en los términos propuestos por el contratista (...); sin perjuicio de que cualquier controversia relacionada con la ampliación de plazo excepcional pueda ser sometida a conciliación y/o arbitraje⁷.

Acto seguido, el literal d) del numeral 3.1 del Decreto Supremo establece que “*Las Entidades se encuentran facultadas para modificar sus contratos a fin de incorporar en ellos las 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 ejecución del contrato, debiendo reconocer el costo que ello demande, **en caso corresponda**. Dichas modificaciones se efectúan de conformidad con lo dispuesto en el numeral 34.10 del artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado*”.

En este punto resulta pertinente indicar que el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley regula la figura de las “otras modificaciones al contrato”, las cuales resultan aplicables cuando no se configura alguno de los otros supuestos de modificación contractual previstos en el artículo 34 de la Ley⁸, y siempre que (i) éstas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas, (ii) no sean imputables a algunas de las partes, (iii) permitan alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente y (iv) no cambien los elementos determinantes del objeto.

2.1.3. Por lo expuesto, se advierte que, para la reactivación de los contratos de bienes y servicios, en el marco de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 168-2020-EF, las partes (los contratistas y las Entidades) deben verificar, entre otros aspectos, **la implementación de los Protocolos Sanitarios y otras medidas que resulten necesarias de acuerdo a las disposiciones emitidas por los sectores competentes para tales efectos**. Cabe señalar que la definición de cuáles son los protocolos y las medidas que deben incorporarse a los contratos de bienes y servicios para efectos de su reactivación dependerá, entre otras cosas, de la naturaleza de cada contrato bajo análisis.

2.2. “¿A qué “*Medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19*” se les puede reconocer un costo por parte de la Entidad?” (Sic.).

De manera previa, debe reiterarse que el OSCE, en vía de opinión, no puede emitir pronunciamiento sobre situaciones o casos concretos; por tanto, no es posible indicar cuáles son aquellas “Medidas para la prevención y control frente a la

⁷ El literal b) del numeral 3.1 del Decreto Supremo establece que en caso la entidad no cumpla con notificar su decisión en el plazo establecido, la ampliación de plazo se entiende aprobada en los términos propuestos por el contratista; “(...) *sin perjuicio de lo señalado en los numerales 158.4, 158.5 y 158.6 del Artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*”.

⁸ De conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley, además de las “otras modificaciones al contrato”, los otros supuestos para modificar el contrato son: (i) la ejecución de prestaciones adicionales, la reducción de prestaciones y la (iii) autorización de ampliaciones de plazo.

propagación del COVID-19” cuyo costo debe ser reconocido por parte de la Entidad, puesto que dicho aspecto debe ser definido a partir de la evaluación que se realice a cada contrato en particular y recurriendo complementariamente a normas que no pertenecen a la normativa de contrataciones del Estado, sin perjuicio de lo cual se brindarán alcances generales.

De conformidad con lo previsto en el Decreto Supremo N° 168-2020-EF, para la reactivación de los contratos de bienes y servicios celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado deben implementarse los Protocolos Sanitarios emitidos por los sectores competentes y otras medidas que resulten necesarias para dicho fin, siendo las partes quienes deben verificar cuáles son los Protocolos y las medidas a incorporarse, de acuerdo con la naturaleza de cada contrato bajo análisis.

Al respecto, debe indicarse que el literal a) del numeral 3.1 del Decreto Supremo —disposición ya citada al absolver la consulta anterior— establece que el contratista debe presentar conjuntamente a su solicitud de ampliación de plazo excepcional, entre otros documentos, “*el Plan para implementar los Protocolos Sanitarios emitidos por los sectores competentes, para las prestaciones pendientes de ejecutar, de corresponder*”, documentación que **debe ser evaluada previamente por la Entidad para su aprobación**; asimismo, luego de dicha aprobación el literal d) establece que **la incorporación al contrato de** posteriores medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los Sectores competentes y otras que resulten necesarias para su reactivación, puede ser realizada aplicando la figura de las “otras modificaciones al contrato” prevista en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, **debiendo reconocer el costo que ello demande, en caso corresponda.**

Como puede advertirse, la Entidad debe realizar una evaluación, de manera previa a su aprobación, de cuáles son los protocolos sanitarios y las medidas que corresponde incorporar, de acuerdo a la normativa que resulte aplicable, para la reactivación de cada uno de sus contratos de bienes y servicios, debiendo reconocer el costo que dicha incorporación demande en caso ello corresponda.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Para la reactivación de los contratos de bienes y servicios, en el marco de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 168-2020-EF, las partes (los contratistas y las Entidades) deben verificar, entre otros aspectos, **la implementación de los Protocolos Sanitarios y otras medidas que resulten necesarias de acuerdo a las disposiciones emitidas por los sectores competentes para tales efectos.** Cabe señalar que la definición de cuáles son los protocolos y las medidas que deben incorporarse a los contratos de bienes y servicios para efectos de su reactivación dependerá, entre otras cosas, de la naturaleza de cada contrato bajo análisis.
- 3.2. La Entidad debe realizar una evaluación, de manera previa a su aprobación, de cuáles son los protocolos sanitarios y las medidas que corresponde incorporar, de acuerdo a la normativa que resulte aplicable, para la reactivación de cada uno de

sus contratos de bienes y servicios, debiendo reconocer el costo que dicha incorporación demande en caso ello corresponda.

Jesús María, 17 de agosto de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS