

OPINIÓN N° 078-2020/DTN

Solicitante: Ministerio del Interior

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

Referencia: Formulario N° 002-DTN de fecha 03.AGO.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Eric 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.
- **“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. “En la solicitud excepcional de ampliación de plazo el contratista podrá incluir aquellas partidas que antes de la declaratoria de emergencia ya se encontraban atrasadas, o que habían sido materia de denegatoria de ampliaciones de plazo anteriores y se encuentran en controversia”

2.1.1. 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 plazo¹, 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

2.1.2. 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.

2.1.3. 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,*

¹ 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”.

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/CD², 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.

2.1.4. 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.

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 plazo³ 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.

² 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”.

³ 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.

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

- 2.1.5. 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 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**⁴, 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^{5 6}.

⁴ 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.

⁵ A mayor abundamiento se recomienda revisar la Opinión N° 062-2020/DTN.

⁶ 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,*

2.1.6. Ahora bien, respecto de las obras que se hubiesen encontrado atrasadas –pero con el plazo de ejecución vigente- 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.”*

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- aquellos atrasos no imputables a él.

2.1.7. En el marco de lo expuesto, en las obras cuyo plazo de ejecución estuviese vigente, en el supuesto en que el atraso preexistente a la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional hubiese sido objeto de una solicitud de ampliación de plazo y esta hubiese sido denegada al haberse determinado que el atraso incurrido es imputable al contratista, dicho atraso previo **no** podrá ser considerado a efectos de la cuantificación del número de días por el que se otorgará la ampliación excepcional de plazo; ello, sin perjuicio del derecho del contratista de someter la decisión de la Entidad a los mecanismos de solución de controversias contemplados en la Ley.

2.2. “La solicitud de reconocimiento de partidas atrasadas, a consecuencia de la negligencia del contratista generadas antes de la declaratoria de emergencia, pueden producir gastos generales y costos directos a la Entidad”

dispuestas por los sectores competentes, aplica a contratos de obra cuyo plazo de ejecución no se encuentre vencido”

Como se anotó en el numeral 2.1.1. de la presente opinión, la aprobación de una solicitud de ampliación de plazo y el reconocimiento de los mayores gastos generales y mayores costos directos, tiene como condición indispensable que el atraso no resulte imputable al contratista. Este criterio es aplicable tanto a las ampliaciones de plazo solicitadas en el marco de lo establecido en el artículo 197 del Reglamento, como para aquellas que se amparen en lo dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486 y la Directiva N°005-2020-OSCE/CD.

En ese marco, en las obras cuyo plazo de ejecución se encontrase vigente, en el supuesto en que se hubiese determinado que el atraso preexistente a la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional fuese atribuible al contratista, este **no** podrá considerarse en la cuantificación del número de días por el que se otorgará la ampliación excepcional de plazo; en consecuencia, **tampoco corresponderá el reconocimiento de mayores gastos generales y/o mayores costos directos.**

2.3. “Si las partidas atrasadas pueden generar mayor plazo y costo a la Entidad por la adecuación con motivo de la prevención del COVID-19”

Como se anotó, las normas que regulan la ampliación excepcional de plazo son aplicables a los contratos con plazo de ejecución vigente al momento de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID-19.

Ahora bien, es posible que dicha obra con plazo de ejecución vigente, hubiese estado atrasada al momento en que se paralizaron los trabajos como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID-19. En tal circunstancia, el contratista podrá solicitar que se consideren las partidas atrasadas por causas no imputables a él, a efectos de que dicho atraso se tenga en cuenta para la cuantificación del número de días por el que se otorgará la ampliación excepcional de plazo. Asimismo, si para continuar con la ejecución de las partidas atrasadas se requiriese implementar adecuaciones vinculadas al cumplimiento de normas destinadas a evitar la propagación del COVID- 19, éstas adecuaciones – en el marco de lo dispuesto por el segundo párrafo del numeral 6.2. de la Directiva- deberán ser consideradas a efectos de la cuantificación del número de días por el que se otorgará la ampliación excepcional de plazo y su costo deberá ser reconocido por la Entidad.

2.4. “¿La paralización de una obra antes de la declaratoria de emergencia podría generar una ampliación de plazo? De ser positiva la respuesta ¿En qué momento se tramita la solicitud de ampliación de plazo? o ¿Se tramita en paralelo con la solicitud excepcional de ampliación de plazo?, de ser así ¿el plazo paralizado o suspendido producto de un atraso previo a la declaratoria de emergencia, puede ser incluido dentro de la solicitud excepcional de ampliación de plazo?”

De acuerdo con el Reglamento, los atrasos o paralizaciones pueden generar una ampliación de plazo, siempre que: i) no resulten imputables al contratista; ii) afecten la Ruta Crítica del Programa de Ejecución de Obra; y iii) se cumpla con las formalidades y procedimiento contemplado en el artículo 198 del Reglamento. Siendo así, la posibilidad de que se reconozca una ampliación de plazo, como consecuencia de una paralización acaecida de manera previa a la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, dependerá del cumplimiento de las condiciones antes descritas.

Dependerá de cada caso, el momento preciso en que debe tramitarse la ampliación de plazo por paralizaciones acaecidas de manera previa a la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID-19. No obstante, en concordancia con el párrafo anterior, en cualquier caso, el contratista deberá presentar su solicitud respetando el plazo prescrito por el numeral 198.1 del artículo 198 del Reglamento. Cabe precisar que, a efectos del cómputo de dicho plazo deberán considerarse las normas imperativas que hubiesen impedido el normal funcionamiento de la Entidad.

2.5. “Sobre el reconocimiento de costos, cuando se refieren a documentos sustentados y fehacientes ¿Es al momento del pago su presentación o debería ser adjuntada a la solicitud de ampliación excepcional de plazo? ¿Si corresponde en el expediente de la ampliación excepcional de plazo, qué tipo de sustento debe presentar?”⁷

En primer término, se debe mencionar que el numeral 7.2 de la Directiva establece las reglas que deberán observarse para la cuantificación de la ampliación excepcional de plazo, así como, aquellas que deben observarse para la determinar los costos que podrán reconocerse como consecuencia de dicha ampliación excepcional. En relación con éstas últimas reglas, es pertinente mencionar que la Directiva, ha establecido lo siguiente:

“7.2.3 (...) la solicitud de ampliación de plazo excepcional que presentará el Ejecutor de Obra debe cuantificar:

*a) 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 éstos.***

*b) 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.***

*c) Los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales en los que se incurrirá por la re-movilización de personal y equipos, **debidamente sustentados.***

*7.2.4. **Para el pago** los costos y gastos generales se sustentan mediante facturas, boletas de pago u otros documentos que permitan acreditar fehacientemente haber incurrido en aquellos” (El resaltado es agregado)*

Como se apreciar, la Directiva establece cuáles son los conceptos económicos que pueden reconocerse para la reanudación de los trabajos en el marco de una solicitud excepcional de ampliación de plazo. Así también, prescribe que todos estos deberán sustentarse y acreditarse, como condición necesaria para el pago.

Ahora, respecto de la oportunidad en que debe sustentarse y acreditarse los referidos conceptos económicos, la Directiva establece distinciones que deben tenerse en cuenta.

⁷ Considerando el informe legal adjunto al documento de la referencia, se puede advertir que la presente consulta alude a la cuantificación de los costos establecida en el numeral 7.2. de la Directiva.

Así, **todos los conceptos económicos cuyo reconocimiento se exija en mérito** a lo establecido en los literales a), b) y c) del numeral 7.2.3., deben estar **debidamente sustentados** por el contratista, al momento de la presentación de la solicitud excepcional de ampliación de plazo. Es decir, deberán **justificarse** en la solicitud excepcional de ampliación de plazo, precisando su relación con: i) la paralización generada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional; y ii) su necesidad para reactivar o continuar con la ejecución del contrato.

Respecto de la **acreditación** de los referidos conceptos económicos, la Directiva señala que los mayores gastos generales y mayores costos directos en los que hubiese incurrido o devengado⁸ el contratista como consecuencia de la paralización derivada de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, deberán ser **acreditados** fehacientemente –de acuerdo con el literal a) del numeral 7.2.3. de la Directiva- al momento de la presentación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo. En otras palabras, de acuerdo con la Directiva, el contratista –al momento de solicitar la ampliación excepcional de plazo- deberá presentar aquella documentación que **pruebe** los gastos en que incurrió y/o la existencia de obligaciones ciertas pendientes de pago vinculadas con la paralización de la obra generada como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional.

Por su parte, los costos que se deriven de la elaboración de 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; así como, los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales en los que se incurrirá por la removilización de personal y equipos, **si bien deberán sustentarse (justificarse) en la solicitud de ampliación de plazo, su acreditación se realizará de manera posterior a dicha solicitud pero de manera previa al pago.** Cabe precisar, que resulta razonable que **no** se exija al contratista acreditar (probar) haber incurrido en estos costos (literales “b” y “c”, del numeral 7.2.3 de la Directiva) al momento de la presentación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo, pues en dicho momento aún no se han desarrollado las actividades que los sustentan.

Cabe precisar que, de acuerdo con el numeral 7.2.4. de la Directiva, para el pago de los conceptos económicos que se exijan en mérito a los literales a), b) y c) del numeral 7.2.3., el contratista –de manera previa- deberá acreditar fehacientemente que incurrió efectivamente en aquellos. Esta prescripción es aplicable también para aquellos gastos generales y costos directos devengados que sustentó y acreditó el contratista en el marco de la solicitud excepcional de ampliación de plazo.

2.6. En el caso de las obras cuyo término de plazo contractual de obra se produjo antes de la declaratoria de Estado de Emergencia, encontrándose en ejecución en dicho momento, ¿correspondería al contratista presentar la solicitud excepcional de ampliación de plazo? En caso fuera positiva la respuesta, ¿Qué aspectos deberían reconocerse al contratista?

Como se anotó en el numeral 2.1.5. de la presente Opinión, 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

⁸ “DEVENGAR: Hacer de uno alguna cosa mereciéndola. Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos. Se dice así que se devengan costas, honorarios, sueldos, etc. (...)”. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Undécima edición. Buenos Aires, 1993.

hubiese estado prevista para antes de la 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**⁹, pues, 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^{10 11}.

De configurarse la situación antes descrita, deberá reconocerse los conceptos económicos que correspondan, de acuerdo con lo establecido en la Directiva.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En las obras cuyo plazo de ejecución se encontrase vigente, en el supuesto en que se hubiese determinado que el atraso preexistente a la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional fuese atribuible al contratista, este no podrá considerarse en la cuantificación del número de días por el que se otorgará la ampliación excepcional de plazo; en consecuencia, tampoco corresponderá el reconocimiento de mayores gastos generales y/o mayores costos directos.
- 3.2. Es posible una obra con plazo de ejecución vigente, hubiese estado atrasada al momento en que se paralizaron los trabajos como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID-19. En tal circunstancia, el contratista podrá solicitar que se consideren las partidas atrasadas por causas **no** imputables a él, a efectos de que dicho atraso se tenga en cuenta para la cuantificación del número de días por el que se otorgará la ampliación excepcional de plazo. Asimismo, si para continuar con la ejecución de las partidas atrasadas se requiriese implementar adecuaciones vinculadas al cumplimiento de normas destinadas a evitar la propagación del COVID- 19, éstas adecuaciones – en el marco de lo dispuesto por el segundo párrafo del numeral 6.2. de la Directiva- deberán ser consideradas a efectos de la cuantificación del número de días por el que se otorgará la ampliación excepcional de plazo y su costo deberá ser reconocido por la Entidad.
- 3.3. Respecto de la **acreditación** de los conceptos económicos, la Directiva señala que los mayores gastos generales y mayores costos directos en los que hubiese incurrido o devengado el contratista como consecuencia de la paralización derivada de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, deberán ser acreditados fehacientemente al momento de la presentación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo.

⁹ 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.

¹⁰ A mayor abundamiento se recomienda revisar la Opinión N° 062-2020/DTN.

¹¹ 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”

- 3.4. Los costos que se deriven de la elaboración de 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; así como, los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales en los que se incurrirá por la removilización de personal y equipos, **si bien deberán sustentarse (justificarse) en la solicitud de ampliación de plazo, su acreditación se realizará de manera posterior a dicha solicitud pero de manera previa al pago**
- 3.5. 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 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 contratista¹²**, pues, 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

Jesús María, 3 de septiembre de 2020.

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.

¹² 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.