

OPINIÓN N° 086-2020/DTN

Solicitante: Municipalidad Distrital de Taray

Asunto: Alcances sobre la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD

Referencia: Formulario de solicitud de consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Rosendo Castillo Vizarreta, encargado de la Oficina de Logística y Abastecimiento de la Municipalidad Distrital de Taray – Calca – Cusco, formula una consulta relacionada 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA 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”.

La consulta formulada es la siguiente:

2.1. *“¿Corresponde el reconocimiento de costo directos y gastos generales conforme al Decreto Legislativo 1486 y Directiva 005-2020-OSCE/CD, cuando a la fecha de la declaratoria de emergencia nacional la obra se encontraba paralizada con suspensión del plazo contractual acordada conforme al Artículo 142.7 del TUO del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, siendo que hasta la fecha no se ha acordado el reinicio de la obra y/o culminado la causal?” (Sic.)*

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

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

Al respecto, el procedimiento de ampliación de plazo que regula el Reglamento comprende una serie de formalidades y plazos que deben cumplirse para que proceda la solicitud del contratista, cuya aprobación genera el reconocimiento de mayores costos directos y mayores gastos generales, entre otros efectos económicos, según correspondan al objeto de la contratación¹.

Así, tratándose de contratos de obras, el Capítulo VI del Título VII del Reglamento establece las normas aplicables durante la ejecución de dichas contrataciones, entre ellas, aquellas que regulan las causales y el procedimiento de ampliación de plazo, comprendidas en los artículos 197 y 198, respectivamente.

2.1.2. Procedimiento excepcional de ampliación de plazo.

Ahora bien, 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. En ese 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 Transitoria², el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) establece mediante

¹ Por ejemplo, en el marco de lo dispuesto en el artículo 158 del Reglamento, por la ampliación del plazo en contratos de consultoría de obras se paga al contratista el gasto general y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.

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

Directiva los alcances y disposiciones para la reactivación de obras públicas y contratos de supervisión, regulando -entre otros mecanismos- el “**procedimiento excepcional de ampliación de plazo**”³.

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 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 de los textos citados, 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

³ Según lo regulado en el acápite V de la Directiva, 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*”.

visto paralizados por efecto de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID- 19⁴.

2.1.4. Aplicación de la ampliación excepcional de plazo por efecto de la paralización de obras generada por el Estado de Emergencia, y reconocimiento de gastos generales y costos correspondientes

Efectuadas las anotaciones anteriores, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el numeral 6.2 de la Directiva⁵, en virtud del cual, el contratista tiene derecho a solicitar la ampliación excepcional de plazo en las obras cuya ejecución se ha visto paralizada por el Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID-19.

Asimismo, cabe anotar que el tercer párrafo del referido numeral⁶ 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 a los contratos de obra cuyo plazo de ejecución no se encuentre vencido”*.

De esta manera, se advierte que para otorgar la ampliación excepcional de plazo y sus consecuencias económicas, a favor del contratista, no debe encontrarse vencido el plazo de ejecución de los contratos sujetos al ámbito de aplicación de la Directiva, los cuales son –como se indicó anteriormente- aquellos contratos de obras, y sus respectivos contratos de supervisión, paralizados por efecto de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID- 19.

Ahora bien, en atención a la consulta que es materia de análisis, se plantea el supuesto de una obra paralizada cuyo plazo de ejecución se encontraba suspendido desde antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, sin fecha prevista para su reinicio o sin que haya culminado la causal que originó tanto la paralización de la obra como la suspensión que le siguió; en dicho contexto, se consulta si corresponde –o no- el reconocimiento de los costos directos y gastos generales, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1486 y en la Directiva.

Al respecto, es importante anotar que según la normativa de contrataciones del Estado vigente, el acuerdo de suspensión del plazo de ejecución de una obra **no** genera el reconocimiento de mayores gastos generales ni costos directos, como regla general⁷, sino que suspende el plazo de ejecución contractual tanto de la obra

⁴ En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 065-2020/DTN.

⁵ De conformidad con el primer párrafo del referido numeral.

⁶ Modificado mediante Resolución N° 102-2020-OSCE/PRE.

⁷ Tal como se establece en el numeral 178.1 del artículo 178 del Reglamento, el cual establece que *“Cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la obra, estas pueden acordar por escrito la suspensión del plazo de ejecución de la misma,*

como de la supervisión; asimismo, la norma señala que dicho acuerdo establece que la referida suspensión se puede extender hasta que culmine el evento que originó la paralización de la obra. Posteriormente, reiniciado el plazo de ejecución de la obra, corresponde a la Entidad comunicar al contratista la modificación de las fechas de ejecución contractual, debiendo respetarse los términos en los que se acordó la suspensión.

En ese contexto, si bien, por un lado, es posible que la causal invocada para la suspensión del plazo de ejecución de una obra culmine durante el periodo que rige el Estado Emergencia Nacional y ello tenga por efecto finalizar la suspensión, debe tenerse en cuenta que, por otro lado, para otorgar la ampliación excepcional de plazo con sus correspondientes gastos y costos derivados, el origen de la paralización del contrato de obra debe encontrarse vinculado, necesariamente, al Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19, tal como lo establecen el Decreto Legislativo N° 1486 y la Directiva⁸.

Por tanto, si la obra se encontrara paralizada desde antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19, y la suspensión del plazo de ejecución acordada no hubiera culminado mientras éste duró, no podría aplicarse la ampliación excepcional de plazo y, consecuentemente, no correspondería el reconocimiento de gastos generales y costos directos; ello porque dicho mecanismo excepcional sólo resulta aplicable a aquellos contratos de obra -y sus respectivos contratos de supervisión- cuya ejecución se hubiera paralizado a causa del Estado de Emergencia Nacional, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1486 y en la Directiva.

Sin perjuicio de lo expuesto, a fin de reiniciar la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas sanitarias u otras que correspondan según lo dispuesto por los sectores competentes, las partes pueden aplicar la modificación

hasta la culminación de dicho evento, sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y costos directos, salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión". (El subrayado es agregado).

⁸ Por el ejemplo, si culminó el ciclo de lluvias que generó la suspensión del plazo de ejecución de una obra, pero ésta no puede ejecutarse debido a la paralización generada a causa del Estado de Emergencia Nacional, el contratista podrá solicitar la ampliación excepcional de plazo, en cuyo caso, dicha solicitud se cuantificará desde la fecha en que haya desaparecido la causal que motivó el acuerdo de suspensión.

convencional a que se refiere el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley⁹, conforme a lo establecido en el último párrafo del numeral 6.2 de la Directiva¹⁰.

3. CONCLUSIÓN

Si la obra se encontrara paralizada desde antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19, y la suspensión del plazo de ejecución acordada no hubiera culminado mientras éste duró, **no** podría aplicarse la ampliación excepcional de plazo y, consecuentemente, no correspondería el reconocimiento de gastos generales y costos directos; ello porque que dicho mecanismo excepcional sólo resulta aplicable a aquellos contratos de obra -y sus respectivos contratos de supervisión- cuya ejecución se hubiera paralizado a causa del Estado de Emergencia Nacional, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1486 y en la Directiva.

Jesús María, 10 de septiembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA

⁹ Según el referido mecanismo de modificación contractual, “*Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. (..)*”.

¹⁰ De conformidad con dicho dispositivo, “*En los casos en que no resulte aplicable la ampliación excepcional de plazo a que se refiere el párrafo precedente, las partes aplicarán la modificación convencional a que se refiere el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley 30225 (...)*”