

OPINIÓN N° 094-2020/DTN

Solicitante: Empresa Nacional de Puertos S.A – ENAPU S.A
Asunto: Aplicación de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD
Referencia: Formulario de fecha 01.SEP.20

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Juan Carlos Montenegro Valderrama, Gerente de Operaciones y Terminales Portuarios de la Empresa Nacional de Puertos S.A., 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, 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 D.S. N°377- 2019-EF, D.S N°168-2020-EF y D.S N° 250-2020-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:

Dirección Técnico Normativa
Opinión

2.1. *“En el numeral 7.2.3. la Directiva señala que, la solicitud de ampliación de plazo excepcional que presentará el Ejecutor de Obra debe cuantificar para su reconocimiento: “Los costos directos cuando corresponda y gastos generales variables en que se hayan incurrido o que se hayan devengado durante el periodo en que la obra se encontró paralizada”.*

¿A qué conceptos económicos se refiere lo citado respecto a los costos directos y gastos generales variables que se hubieran generado para el ejecutor de obra producto de la paralización, a efectos que la Entidad pueda reconocer dichos gastos, sin tener que determinar éstos a través de una controversia que genere mayores gastos para las partes?”

2.1.1. Previamente, debe reiterarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado **son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos.** En esa medida, considerando las particularidades de cada caso concreto, no puede definirse en vía de Opinión cuáles son –específicamente– los conceptos económicos derivados de una solicitud de ampliación excepcional de plazo que una Entidad puede reconocer a favor de un ejecutor de obra, toda vez que dicho aspecto corresponde ser evaluado por cada Entidad contratante, en el marco de sus competencias.

Sin perjuicio de ello, tomando en cuenta el tenor de la consulta planteada, a continuación se brindarán alcances de carácter general referidos al reconocimiento de gastos generales y costos directos, en el marco de lo dispuesto en la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD (en adelante, la Directiva).

2.1.2. **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.

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.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

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.

2.1.3. 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 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.

Sobre la cuantificación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo

2.1.4. En el numeral 7.2 de la Directiva se establece que la solicitud de ampliación excepcional de plazo que presenta el contratista (ejecutor de obra) debe cuantificar el plazo en función de la afectación de la ruta crítica, considerando los rendimientos que se estiman para la ejecución de los trabajos, con la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19.

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

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*”.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

De esta manera, el referido dispositivo prevé las reglas que deben observarse para la cuantificación de dicha solicitud excepcional, respecto del plazo estimado para la ejecución de la obra.

Por su parte, en relación con las reglas que deben observarse para determinar los conceptos económicos que pueden reconocerse como consecuencia de dicha ampliación excepcional, la Directiva establece lo siguiente:

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

*i) 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.***

*ii) 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.***

*iii) 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 aprecia, 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 éstos deberán sustentarse y acreditarse como condición necesaria para el pago.

Ahora bien, en atención a la consulta planteada, corresponde señalar que el primero de los puntos comprendidos en el numeral 7.2.3 de la Directiva, hace referencia 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 del Estado de Emergencia Nacional, y que sean consecuencia de ésta.**

En ese contexto, se advierte que los costos directos y gastos generales variables que pueden reconocerse en virtud de la solicitud de ampliación excepcional de plazo, conforme al acápite i) del numeral 7.2.3 de la Directiva, se circunscriben al periodo en

Dirección Técnico Normativa
Opinión

que la obra se encontraba paralizada debido a la Declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, siendo consecuencia directa de ésta; así, tales conceptos económicos en los que se hubiera incurrido o fueron devengados⁴ dentro de dicho periodo, y que fueran necesarios para reactivar o continuar con la ejecución del contrato, deben encontrarse debidamente sustentados en dicha solicitud y ser calculados sobre la base de lo previsto en la oferta ganadora del contratista.

- 2.2. *“En el numeral 7.2.3. la Directiva señala también que, la solicitud de ampliación de plazo excepcional que presentará el Ejecutor de Obra debe cuantificar para su reconocimiento: “Los costos directos, cuando corresponda y gastos generales en los que incurrirá por la re-movilización de personal y equipos, debidamente sustentados*

¿Debe entenderse que estos costos directos y gastos generales están específicamente referidos al impacto económico relacionados a los estimados por las adecuaciones y/o implementación de las medidas para la prevención y control del COVID-19?”

- 2.2.1. Cabe recalcar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos. En esa medida, considerando las particularidades de cada caso concreto, no puede definirse en vía de Opinión cuáles son –específicamente- los conceptos económicos derivados de una solicitud de ampliación excepcional de plazo que una Entidad puede reconocer a favor de un ejecutor de obra, toda vez que dicho aspecto dependerá de cada solicitud particular y corresponde ser evaluado por cada Entidad contratante, en el marco de sus competencias.

Sin perjuicio de ello, tomando en cuenta el tenor de la consulta planteada, corresponde señalar que, en relación con las reglas que deben observarse para determinar los conceptos económicos que pueden reconocerse como consecuencia de la ampliación excepcional de plazo, la Directiva establece lo siguiente:

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

(...)

iii) 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)

⁴ “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.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

En ese contexto, se advierte que los conceptos económicos a los que hace referencia el acápite iii) del numeral 7.2.3 de la Directiva están relacionados, directamente, con las actividades de re-movilización de personal y equipos, que el contratista deba efectuar para permitir el inicio o reinicio de la obra cuya ejecución se vio paralizada debido a la Declaratoria del Estado de Emergencia Nacional producida por el COVID-19.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1.** Los costos directos y gastos generales variables que pueden reconocerse en virtud de la solicitud de ampliación excepcional de plazo, conforme al acápite i) del numeral 7.2.3 de la Directiva, se circunscriben al periodo en que la obra se encontraba paralizada debido a la Declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, siendo consecuencia directa de ésta; así, tales conceptos económicos en los que se hubiera incurrido o fueron devengados dentro de dicho periodo, y que fueran necesarios para reactivar o continuar con la ejecución del contrato, deben encontrarse debidamente sustentados en dicha solicitud y ser calculados sobre la base de lo previsto en la oferta ganadora del contratista.
- 3.2.** Los conceptos económicos a los que hace referencia el acápite iii) del numeral 7.2.3 de la Directiva están relacionados, directamente, con las actividades de re-movilización de personal y equipos, que el contratista deba efectuar para permitir el inicio o reinicio de la obra cuya ejecución se vio paralizada debido a la Declaratoria del Estado de Emergencia Nacional producida por el COVID-19.

Jesús María, 25 de septiembre de 2020.

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/.