

**OPINIÓN N° 097-2020/DTN**

Solicitante: Provías Nacional

Asunto: Aplicación de Directiva N°005- 2020- OSCE/CD

Referencia: a) Oficio N° 450-2020-MTC/20  
b) Formulario S/N de fecha 27.AGO.2020

---

**1. ANTECEDENTES**

Mediante los documentos de la referencia, el ingeniero Luis Alberto Chan Cardozo, en representación del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional, formula varias consultas referidas a 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<sup>1</sup>**

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.

---

<sup>1</sup> Las consultas N°3 y N°7 pretenden que este Organismo Técnico Especializado se pronuncie sobre decisiones de gestión del contrato que prevé tomar la Entidad. En vista de que este Organismo Técnico Especializado no puede emitir opinión respecto de situaciones particulares o casos concretos, dicha consulta no podrá ser absuelta.

- **“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 “Estando al criterio expresado en la Opinión N°062-2020-OSCE/DTN, en caso se haya aprobado otorgar la ampliación excepcional de plazo con los correspondientes gastos generales, en un contrato de ejecución de obra con plazo vencido por razones imputables al contratista. ¿La Entidad debería declarar la nulidad de la Resolución que aprobó dicha ampliación? De ser así, ¿sería factible proceder con la nulidad al amparo de la Ley N°27444?”**

- 2.1.1 En principio se debe precisar que, de acuerdo con el Régimen General de la Contratación Pública, las paralizaciones que pueden generar una ampliación de plazo con el correspondiente reconocimiento de los mayores gastos generales y mayores costos directos, son aquellas que no resulten atribuibles al contratista. Es importante tener clara esta máxima, pues **no** resulta coherente con las reglas de la normativa de Contrataciones del Estado que regulan la ampliación de plazo<sup>2</sup>, ni con el principio de equidad, que la Entidad asuma las consecuencias económicas de una paralización generada por alguna causa que **sí** es imputable al contratista.

Ahora bien, como es sabido, mediante D.S. N°044-2020-PCM, se decretó el Estado de Emergencia Nacional, con el fin de contener la propagación del COVID-19 en nuestro país. Este acontecimiento determinó la **paralización** de los contratos de ejecución y supervisión de obra y, **para enfrentar tal circunstancia**, se aprobaron la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486 y la Directiva N°005-2020-OSCE/CD; instrumentos normativos que –estando dentro del marco del Régimen General de Contratación Pública- establecen las reglas que deben observarse para la solicitud, evaluación y aprobación de una **ampliación excepcional de plazo** y para la reactivación del contrato.

En tal contexto, mediante Opinión N°062-2020/DTN, esta Dirección Técnico Normativa estableció criterios respecto de la posibilidad de que se solicite y apruebe una ampliación excepcional de plazo en una obra cuya culminación hubiese estado prevista para antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional generado

---

<sup>2</sup> 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”.

por el COVID-19. Al respecto, en el numeral 3.1 de la referida opinión se concluyó lo siguiente:

*“De acuerdo con el numeral 6.2 de la Directiva, sus disposiciones referidas a la ampliación de plazo excepcional con sus correspondientes consecuencias económicas, en el marco de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1486, pueden ser aplicables incluso a aquellas obras cuya culminación hubiese estado prevista para antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, **siempre que la causa de no culminar con la obra dentro del plazo contractual, no resulte imputable al contratista**; es decir, **siempre** que se hubiese otorgado una ampliación de plazo por las circunstancias generadoras del retraso que acontecieron de manera previa a la declaratoria del Estado de Emergencia.”*

De acuerdo con lo anotado, en una obra paralizada por efecto de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional cuya culminación hubiese estado prevista para de ésta, sólo es posible la aprobación de una ampliación excepcional de plazo y reconocer sus consecuencias económicas, cuando se determine, previo sustento, que la causa de no culminar la obra dentro del plazo contractual no resulta imputable al contratista. *Contrario sensu*, **no se podría aprobar dicha ampliación excepcional cuando, tras la evaluación del caso concreto, se determine que la falta de culminación de la obra dentro del plazo sí es imputable al contratista.**

Cabe reiterar que, de acuerdo con el Régimen General de la Contratación Pública (en el cual se enmarcan las disposiciones de reactivación antes señaladas), cuando se paralice la ejecución de una obra, sólo es admisible que una Entidad apruebe una ampliación de plazo y reconozca sus consecuencias económicas cuando dicha paralización no sea atribuible al contratista, pues no es razonable ni coherente con la normativa de Contrataciones del Estado que una Entidad asuma las consecuencias económicas derivadas de una paralización que fue generada por responsabilidad del contratista. El numeral 34.9 del artículo 34 de la Ley es claro respecto de lo anotado.

- 2.1.2 Ahora bien, la consulta bajo análisis presenta la situación de una obra cuya culminación estuvo prevista para antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional y en la que otorgó una ampliación excepcional de plazo con el reconocimiento de sus consecuencias económicas, aun cuando la falta de culminación de la obra se debió a causas imputables al contratista. Bajo esta consideración, se consulta si la Entidad debería, o no, declarar la nulidad de la resolución que aprueba dicha solicitud de ampliación excepcional de plazo. Al respecto, es necesario mencionar que dicha decisión debe ser tomada por la Entidad, en tanto única responsable de las contrataciones que se encuentran a su cargo; cabe reiterar que el OSCE no puede emitir opinión respecto de situaciones particulares o casos concretos.

Sin perjuicio de ello, es preciso anotar que, esta Dirección Técnico Normativa mediante diversas opiniones<sup>3</sup> ha señalado que, debido a la condición de “partes” que adquieren tanto la Entidad como el contratista en la ejecución contractual, en dicha etapa resultan aplicables de manera supletoria las disposiciones del Código Civil

<sup>3</sup> Por ejemplo, en las Opiniones N°065-2019/DTN y N°113- 2019/DTN.

(previo análisis de compatibilidad, según el caso concreto). No obstante, también se ha señalado que dicha supletoriedad del Código Civil no afecta ni excluye -cuando corresponda- la aplicación de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, a las actuaciones internas que lleven a cabo las Entidades para la toma de **sus decisiones** en el marco de la ejecución del contrato.

**2.2 “En aquellos contratos de supervisión de obra que se hubiera aprobado una ampliación de plazo con el reconocimiento de gastos generales y costos, al amparo del numeral 7.6 de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD, como consecuencia de la ampliación excepcional de plazo otorgada al contratista con plazo de ejecución vencido por razones imputables a él ¿La Entidad debería declarar la nulidad de la Resolución que reconoció dichos costos?, de ser así ¿sería factible proceder con la nulidad al amparo de la Ley N°27444?” (Sic)**

Sobre el particular se debe reiterar que este Organismo Técnico Especializado no puede emitir opinión respecto de situaciones particulares o casos concretos; en tal medida, ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de alguna de las formalidades, requisitos o procedimientos contemplados en la normativa de Contrataciones del Estado o en las disposiciones excepcionales de reactivación, es responsabilidad de la Entidad tomar la decisión que se ajuste de mejor manera al interés público.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto del reconocimiento de conceptos económicos de la supervisión de obra cuando el plazo de dicho contrato se haya ampliado como consecuencia de un atraso en la obra imputable al ejecutor, es preciso que la Entidad considere lo establecido en el artículo 189 del Reglamento: *“En caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso puede producir una extensión de los servicios de inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista ejecutor de la obra asume el pago del monto correspondiente por los servicios indicados (...)”*

**2.3 “¿Qué efecto tiene la modificación de la Directiva aprobada con la Resolución N°102-2020-OSCE/PRE, sobre las ampliaciones excepcionales de plazo aprobadas antes de su emisión, respecto de contratos con plazo de ejecución vencido?”**

A fin de absolver la consulta formulada, se debe mencionar que mediante Resolución N°061-2020-OSCE/PRE, este Organismo Técnico Especializado formalizó la aprobación de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD, en cuyo numeral 6.2 se precisaba 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 del 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”*

En relación con este extremo de la Directiva, se debe señalar que esta Dirección Técnico Normativa, mediante Opinión N°062-2020/DTN se encargó de precisar que *“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 cumplieron con el plazo de ejecución, obtuvieron una ampliación de plazo en el entendido de que habría una causa no imputable al contratista, 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”*

Ahora bien, el 01 de agosto de 2020 se publicó la Resolución N°102-2020-OSCE; acto mediante el cual se formaliza la “modificación” del numeral 6.2. de la Directiva (entre otros extremos), quedando en los siguientes términos:

*“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.*

*En los casos en que no resulte aplicable la ampliación excepcional de plazo 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, sin perjuicio de la aplicación de penalidades o los procedimientos de solución de controversias, que sean aplicables por tales atrasos o paralizaciones previas”*

Del texto citado se puede notar un cambio en la redacción del numeral 6.2. de la Directiva. De acuerdo con la sección considerativa de la Resolución N°102-2020-OSCE, este cambio se realiza con la finalidad de **precisar** los alcances de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L N°1486 y, por ende, de la Directiva, sin cambiar el sentido que siempre tuvo, tal como quedó plasmado en la Opinión citada. Siendo así, en el contexto de la consulta planteada, corresponde aclarar que el cambio en la redacción del numeral 6.2. de la Directiva **no pretende cambiar la regulación respecto de la aplicación de la ampliación excepcional de plazo a los contratos de obra que estuviesen con plazo de ejecución vencido al momento de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, sino esclarecer su alcance al reafirmarlo.**

Considerando lo anterior, corresponde anotar que el cambio de redacción del numeral 6.2. de la Directiva, no contraviene el criterio establecido en la Opinión N°062-2020/DTN citado en la absolución de la presente consulta, máxime cuando dicho cambio de redacción no afecta de forma alguna la regla general aplicable a cualquier contrato suscrito al amparo del Régimen General de la Contratación Pública, según la cual –en el marco de una paralización o atraso- sólo es posible aprobar una ampliación de plazo con el correspondiente reconocimiento de sus consecuencias económicas, cuando la paralización o atraso no sean imputables al contratista.

En concordancia con lo anterior, se puede afirmar que independientemente del momento en que se hubiese solicitado (es decir, antes o después de la emisión de la Resolución N°101-2020-OSCE), y siempre que se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, la ampliación excepcional de plazo sólo podría aprobarse, en un contrato de obra cuyo plazo de ejecución estuviese vencido a la fecha de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID-19, cuando la causa de la falta de culminación de la obra no sea imputable al contratista, conforme el criterio contenido en la Opinión N°062- 2020/DTN.

#### 2.4 ***“La modificación convencional a la que se refiere de la modificación de la Directiva aprobada con la Resolución N°102-2020-OSCE/PRE, ¿también resulta aplicable a los contratos de ejecución de obra suscritos bajo el ámbito del Decreto Legislativo N°1017?”***

Al respecto, es necesario precisar que el Régimen General de la Contratación Pública conformado por el D.L. N°1017 y las normas de jerarquía inferior vinculadas con éste, no contemplaban la “modificación convencional” como un mecanismo de modificación contractual. No obstante, es importante mencionar que la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional o la emisión de normas destinadas a evitar la propagación del COVID- 19 son hechos de fuerza mayor que –con el debido sustento- bien podrían subsumirse dentro de lo que la doctrina denomina “*factum principis*”<sup>45</sup>, lo cual podría justificar –siempre que así lo exija el análisis del caso concreto- la implementación de determinadas modificaciones al contrato, en aquellos casos en los que no resulten aplicables las disposiciones referidas a la ampliación excepcional de plazo.

Cabe precisar que las referidas modificaciones deben realizarse con la finalidad de culminar con los trabajos pendientes y necesarios para la entrega de la obra. En relación con ello, respecto el reconocimiento de los conceptos económicos que se deriven de dichas modificaciones, se debe reiterar que, de acuerdo con los principios de equidad y de buena fe contractual, en el marco del Régimen General de la Contratación Pública **no** corresponde compensación económica alguna de parte de la Entidad, cuando –en el marco de la ejecución del contrato- el contratista sea el responsable de su propio perjuicio económico.

En el marco de lo anterior, debe tenerse presente que la necesidad de reactivar un contrato de obra, que por causas imputables al contratista se encontraba con plazo de ejecución vencido al momento de la declaratoria de Emergencia Nacional, se deriva precisamente de la negligencia del contratista. En otras palabras: no habría necesidad

---

<sup>4</sup> Según REBOLLO PUIG “Con la doctrina del *factum principis* se alude a aquellos supuestos en los que los poderes públicos adoptan una medida o realizan un acto –*factum principis*- que, sin referirse específicamente al contrato, producen realmente una alteración de sus términos”. REBOLLO PUIG, Manuel. Derecho Administrativo. Régimen Jurídico Básico y Control de la Administración. Editorial TECNOS. Madrid, 2018. Tomo II. Pag. 123.

<sup>5</sup> En relación con lo expuesto se recomienda revisar, entre otras, las Opiniones N°001-2013/DTN o la N°266-2017/DTN.

de “reactivación” alguna si el contratista hubiese cumplido con su **obligación** de culminar la obra dentro del plazo contractual.

Por último, es necesario aclarar que, en aquellos casos en los que el contratista -por causas atribuibles a él mismo- no hubiese cumplido con culminar la obra dentro del plazo establecido, la entidad deberá aplicar la penalidad por mora correspondiente o, de ser el caso, podrá resolver el contrato por incumplimiento del contratista conforme lo establece el artículo 168 del Reglamento de la anterior Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N°1017). De optar por la resolución del contrato, la Entidad deberá ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, siempre que dicha resolución hubiese quedado consentida o haya quedado consentido o ejecutoriado el laudo arbitral que la declara procedente<sup>67</sup>.

**2.5 “De los conceptos económicos en la Directiva N°005-2020-OSCE/CD ¿Cuáles deberían reconocerse a través de la modificación convencional para los contratos de obra con plazo de ejecución vencidos de corresponder?”**

De acuerdo con el numeral 6.2 de la Directiva y con lo desarrollado en la presente opinión, ni la ampliación excepcional de plazo ni sus consecuencias económicas, son aplicables cuando el plazo de ejecución del contrato de obra estuviese ya vencido al momento de la declaratoria del Estado Nacional por causas imputables al contratista. En dicho supuesto las partes podrán aplicar –si así lo prevé la normativa que rija el contrato- las modificaciones convencionales que resulten necesarias, tomando los acuerdos pertinentes según el caso concreto.

**3. CONCLUSIONES.**

**3.1** En una obra paralizada por efecto de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional cuya culminación hubiese estado prevista para antes de ésta, sólo es posible la aprobación de una ampliación excepcional de plazo y reconocer sus consecuencias económicas, cuando se determine, previo sustento, que la causa de no culminar la obra dentro del plazo contractual no resulta imputable al contratista. Contrario sensu, no se podría aprobar dicha ampliación excepcional cuando, tras la evaluación del caso concreto, se determine que la falta de culminación de la obra dentro del plazo **sí** es imputable al contratista.

**3.2** El cambio de redacción del numeral 6.2. de la Directiva, no contraviene el criterio establecido en la Opinión N°062- 2020/DTN, máxime cuando dicho cambio de redacción no afecta de forma alguna la regla general aplicable a cualquier contrato suscrito al amparo del Régimen General de la Contratación Pública, según la cual

---

<sup>6</sup> De acuerdo con el artículo 158 del Reglamento del D.L. N°1017, en el caso del contrato de ejecución de obra, la garantía de fiel cumplimiento debe estar vigente hasta el consentimiento de la liquidación final.

<sup>7</sup> Reglamento del D.L. N°1017, artículo 164, numeral 2: “La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado”

–en el marco de una paralización o atraso- sólo es posible aprobar una ampliación de plazo con el correspondiente reconocimiento de sus consecuencias económicas, cuando la paralización o atraso no sean imputables al contratista.

- 3.3** El Régimen General de la Contratación Pública conformado por el D.L. N°1017 y las normas de jerarquía inferior vinculadas con éste, no contemplaban la “modificación convencional” como un mecanismo de modificación contractual. No obstante, la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional o la emisión de normas destinadas a evitar la propagación del COVID- 19 son hechos de fuerza mayor que –con el debido sustento- podrían subsumirse dentro de lo que la doctrina denomina “*factum principis*”, lo cual bien podría justificar –siempre que así lo exija el análisis del caso concreto- la implementación de determinadas modificaciones al contrato, en aquellos casos en los que no resulten aplicables las disposiciones referidas a la ampliación excepcional de plazo.
- 3.4** En los contratos suscritos al amparo del D.L. N°1017 a los cuales no les resulten aplicables las disposiciones de la Directiva, las modificaciones contractuales que se realicen sustentándose en el “*factum principis*” como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia nacional o de la emisión de normas destinadas a evitar la propagación del COVID 19, deben realizarse con la finalidad de culminar con los trabajos pendientes y necesarios para la entrega de la obra. Respecto del reconocimiento de los conceptos económicos que se deriven de dichas modificaciones, se debe considerar que, de acuerdo con los principios de equidad y de buena fe contractual, no corresponde compensación económica alguna, de parte de la Entidad, cuando –en el marco de la ejecución del contrato- el contratista sea el responsable de su propio perjuicio económico.

Jesús María, 30 de septiembre de 2020

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RVC.