

## OPINIÓN N° 101-2020/DTN

Solicitante: Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED  
Asunto: Aplicación de Directiva N° 005-2020-OSCE/CD  
Referencia: a) Formato de Solicitud de consulta de fecha 03.SET.2020  
b) Oficio N° 2334-2020-MINEDU/VMGI-PRONIED

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el arquitecto Rodrigo Aurelio García-Sayán Rivas, Director Ejecutivo del Programa Nacional de Infraestructura Educativa-PRONIED, 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.

---

<sup>1</sup> La consulta N° 2 plantea una situación particular, a fin de que el OSCE se pronuncie sobre una decisión de exclusiva responsabilidad de la Entidad. En vista de que, de acuerdo con el TUPA, este Organismo Técnico Especializado no puede emitir opinión sobre situaciones particulares o casos concretos, dicha consulta no podrá ser absuelta.

La consulta N° 5 no ha sido formulado de manera clara, pues de su redacción no es posible entender a qué hace referencia con valorizaciones “independientes” y el informe legal adjunto al documento de la referencia tampoco lo explica. En tal sentido, en atención de los requisitos del TUPA del OSCE, dicha consulta no podrá ser absuelta.

La consulta N° 6 no podrá ser absuelta, pues no se encuentra vinculada con el conjunto de consultas presentadas. Asimismo, plantean una serie de situaciones que sólo pueden ser absueltas en conociendo los detalles de caso concreto. Así, por ejemplo, sólo es posible determinar cuál es el documento “pertinente” que permite probar la existencia de un gasto conociendo la naturaleza de este. Lo mismo ocurre con el reconocimiento de costos y pago al supervisor de obra. Adicionalmente, se debe agregar que el informe legal adjunto al documento de referencia no explica ni analiza el tema materia de consulta.

- “**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. *“Considerando que entre los principios del procedimiento de ampliación excepcional de plazo están los de eficacia y eficiencia, equidad e integridad y que el mayor plazo y costo requeridos por el contratista no están totalmente definidos al momento de presentar su solicitud de ampliación excepcional de plazo, dado que dichos costos se incurrirán en el futuro ¿Es jurídicamente posible que, con posterioridad a la aprobación de la ampliación excepcional de plazo, las partes revisen (y, de ser el caso, modifiquen) el plazo y los costos aprobados al resolver la solicitud de ampliación excepcional de plazo presentada por el contratista? De ser afirmativa la respuesta, ¿bajo qué figura normativa podría realizarse dicha modificación?”*

2.1.1. Como es sabido, mediante D.S. N° 044-2020-PCM, se decretó el Estado de Emergencia Nacional, con el fin de evitar 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.

De acuerdo con la Directiva, el contratista en su **solicitud de ampliación excepcional de plazo** debe cuantificar lo siguiente:

- a) **El plazo adicional que requerirá para continuar con la ejecución de la obra hasta su culminación.** Para estos efectos, de acuerdo con el numeral 6.2, el contratista podrá considerar:
- 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;
  - 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;
  - 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.

- b) **Los conceptos económicos derivados de la paralización ocasionados por la declaratoria del Estado de Emergencia y aquellos que resulten necesarios para la reanudación de los trabajos.** De acuerdo con el numeral 7.2.2., en el marco de la solicitud excepcional de ampliación de plazo, la Entidad puede reconocer:
- 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.
  - 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.
  - Los costos directos, cuando corresponda, y gastos generales en los que se incurrirá por la re-movilización de personal y equipos, debidamente sustentados.

Expuesto lo anterior, se puede advertir que, en la solicitud de ampliación excepcional de plazo, el contratista **no** incluye los costos directos y gastos generales que implicará continuar con la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID -19 dictadas por los sectores correspondientes. Según el numeral 7.4.1 de la Directiva, estos conceptos económicos se cuantifican dentro de los 30 días calendario **siguientes** a la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo.

Al respecto, es importante mencionar que la ejecución de la obra bajo las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 puede implicar una correlativa variación de los rendimientos previstos y, por ende, del plazo que se consideraba necesario para culminar con los trabajos; precisamente allí radica la necesidad de cuantificar los gastos generales y costos directos, a pesar de que éstos ya estaban previstos en el contrato.

- 2.1.2. Por su parte, el numeral 6.4 de la Directiva, en concordancia con lo dispuesto en el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486, faculta a las partes *“a revisar el **impacto en plazo, los conceptos económicos, costos y mecanismos de compensación que acordaron para reactivar la obra, y modificar el contrato, cuando corresponda**”*. La finalidad de esta prerrogativa es que, mediante el acuerdo, las partes mantengan el equilibrio económico financiero del contrato.

En concordancia con ello, es decir, en virtud de que el numeral 6.4. de la Directiva establece que las partes pueden revisar el **“impacto en plazo”** y los **“conceptos económicos” acordados para reactivar la obra**” y que –como se anotó- estas materias se resuelven en la solicitud excepcional de ampliación de plazo, se puede

afirmar que es posible revisar (y modificar el contrato, de corresponder) incluso el plazo adicional y los conceptos económicos que fueron aprobados en dicha ampliación excepcional.

- 2.1.3. Ahora, si bien la Directiva contempla la posibilidad de que las partes puedan pactar las referidas modificaciones, es preciso anotar que **ni** ésta **ni** la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N° 1486 han previsto las formalidades y procedimiento que deben cumplirse para dichos efectos. Sin perjuicio de ello, se debe precisar que dicha circunstancia **no** implica que la Entidad deba dejar de observar determinadas normas de aplicación general.

En esa línea de ideas, en concordancia con los principios que regulan el ejercicio de la Función Administrativa del Estado y de acuerdo con lo dispuesto en la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley<sup>2</sup>, resulta indispensable que la decisión de la Entidad de revisar y pactar la modificación del contrato conforme a lo previsto en el numeral 6.4. de la Directiva y el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N° 1486, se encuentre **debidamente sustentada**. Es decir, la entidad deberá justificar –por escrito- los acuerdos que pretenda adoptar en mérito a lo establecido en el numeral 6.4 de la Directiva, debiendo requerir para estos efectos, la opinión del supervisor o inspector de obra, en mérito a la obligación jurídico- legal contemplada en el artículo 187 del Reglamento<sup>3</sup>.

Asimismo, siguiendo la misma lógica aplicable a las modificaciones contractuales, tales como la aprobación de prestaciones adicionales<sup>4</sup> o aquellas contempladas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley<sup>5</sup>, cuando las modificaciones a las que alude el numeral 6.4. de la Directiva impliquen el incremento del precio del contrato, se deberá contar con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

Por último, se debe mencionar que los contratos celebrados al amparo del Régimen General de la Contratación Pública se celebran por escrito. Bajo esta consideración, todo acuerdo ulterior que modifique los términos o condiciones contractuales vigentes, debe ser expresado también por escrito, puesto que la normativa no ha establecido expresamente lo contrario.

## ***2.2. “¿La Entidad se encuentra facultada a efectuar, con posterioridad, a la tramitación y aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo, cualquier modificación de los plazos y montos aprobados a favor del contratista, inclusive de aquellos plazos o montos que no fueron reconocidos a través de la***

<sup>2</sup> Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley de Contrataciones del Estado: “La facultad establecida para actuar discrecionalmente se ejerce para optar por la decisión administrativa **debidamente sustentada** que se considere más conveniente, dentro del marco que establece la Ley (...)” (El resaltado es agregado).

<sup>3</sup> Artículo 187 del Reglamento: “La Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o **supervisor**, según corresponda, quien es el **responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de técnica, económica y administrativa de la obra**, en cumplimiento del contrato” (El resaltado es agregado).

<sup>4</sup> Artículo 205 del Reglamento: “Solo procede la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público (...)”.

<sup>5</sup> Artículo 160 del Reglamento.

*solicitud de ampliación excepcional de plazo?, vale decir, ¿podría considerarse lo regulado en el literal c) de la segunda disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo N°1486, como un mecanismo independiente al establecido en la solicitud de ampliación excepcional de plazo a fin de reconocer a favor del contratista los plazos y montos como consecuencia de la implementación de las medidas de prevención y control frente al COVID-19?, caso contrario, ¿cuál sería el ámbito de aplicación de la citada disposición normativa?”*

Como se indicó al absolver la consulta anterior, en virtud de que el numeral 6.4. de la Directiva establece que las partes pueden revisar el **“impacto en plazo”** y los **“conceptos económicos” acordados para reactivar la obra** y que – como se anotó – estas materias se resuelven en la solicitud excepcional de ampliación de plazo, se puede afirmar que es posible revisar (y modificar el contrato) incluso el plazo adicional y los conceptos económicos que fueron aprobados en dicha ampliación excepcional.

En relación con ello, es preciso reiterar que en concordancia con los principios que regulan el ejercicio de la Función Administrativa del Estado y de acuerdo con lo dispuesto en la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley, es indispensable que la decisión de la Entidad de revisar y pactar la modificación del contrato conforme a lo previsto en el numeral 6.4. de la Directiva y el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N° 1486, se encuentre **debidamente sustentada**. Es decir, la entidad deberá justificar –por escrito- los acuerdos que pretenda adoptar en mérito a lo establecido en el numeral 6.4 de la Directiva, debiendo requerir para estos efectos, la opinión del supervisor o inspector de obra, en mérito a la obligación jurídico- legal contemplada en el artículo 187 del Reglamento.

Asimismo, es preciso traer a colación que, siguiendo la misma lógica aplicable a las modificaciones contractuales, tales como la aprobación de prestaciones adicionales o aquellas contempladas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, cuando las modificaciones a las que alude el numeral 6.4. de la Directiva impliquen el incremento del precio del contrato, se deberá contar con la debida certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

Por último, se debe reiterar que los contratos celebrados al amparo del Régimen General de la Contratación Pública se celebran por escrito. Bajo esta consideración, todo acuerdo ulterior que modifique los términos o condiciones contractuales vigentes debe ser expresado también por escrito, independientemente de la denominación que se le atribuya a dicho documento que modifica el contrato.

- 2.3. “¿Es posible jurídicamente realizar el pago de las valorizaciones presentadas por el contratista correspondientes a los gastos incurridos en la ejecución de la obra bajo la implementación de las medidas de prevención y control ante el COVID- 19, a pesar de que dado los plazos establecidos en el citado procedimiento (30 días para que el contratista presente su solicitud y 15 días para que la entidad emita su pronunciamiento) la entidad no ha realizado el reconocimiento de tales gastos por encontrarse aun dentro del plazo para emitir su pronunciamiento?”**

En primer término, corresponde precisar que el pago es la obligación que debe cumplir la Entidad como consecuencia de la correcta ejecución de las prestaciones por parte del contratista. En tal contexto, las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y se formulan en función de la cantidad de obra ejecutada, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 194 del Reglamento.

Ahora bien, como se anotó, la paralización generada por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional y la aplicación de normas destinadas a evitar la propagación del COVID-19, en conjunto, son circunstancias que podrían afectar los rendimientos previstos, determinando la necesidad de “reajustarlos” a fin de culminar la ejecución de los trabajos.

En tal contexto, de acuerdo con el numeral 7.4.1 de la Directiva, el contratista dentro de los 30 días calendario siguientes a la aprobación de la ampliación excepcional de plazo deberá presentar la cuantificación de los costos directos y gastos generales que implicará la ejecución de la obra, bajo el nuevo plazo de ejecución, considerando la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID- 19.

Por su parte, la Entidad dispondrá de 15 días calendario para emitir su pronunciamiento respecto de la referida cuantificación. Cabe precisar que, de acuerdo con el numeral 7.4.2. de la Directiva, el contrato se tendrá por modificado, sin necesidad de suscribir un acuerdo adicional o adenda, cuando la Entidad hubiese aprobado la propuesta de cuantificación presentada por el contratista; *contrario sensu*, mientras la Entidad –estando dentro del plazo de los 15 días- no apruebe dicha cuantificación, no se habrá modificado el contrato, es decir, seguirán siendo aplicables, a efectos de las valorizaciones, los conceptos económicos del contrato vigente.

En concordancia con lo anterior, cuando la Entidad no se hubiese pronunciado respecto de la cuantificación de los costos directos y gastos generales a los que hace referencia el numeral 7.4.1. de la Directiva y, de acuerdo con el caso concreto se advirtiese la necesidad valorizar trabajos ejecutados por el contratista, se podrán valorizar y pagar dichos trabajos considerando los costos directos y gastos generales contemplados en el contrato vigente a dicho momento. En tal contexto, si tras la aprobación por parte de la Entidad de los conceptos a los que alude el numeral 7.4.1 de la Directiva, se advirtiese que existe un saldo a favor o en contra del contratista, este saldo se podrá pagar o deducir, según corresponda, en la liquidación del contrato.

- 2.4. “Considerando la cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes, propuestos por el Ejecutor de Obra (según lo previsto en el numeral 7.4.1. de la Directiva), podrá ser objeto de revisión periódica, a pedido de cualquiera de las partes, al haber sido propuesta y aprobada en base a estimaciones de rendimientos y/o aproximaciones, según lo previsto en el numeral 7.5 de la Directiva, se consulta lo siguiente: Al señalarse en el numeral 7.5.3. de la Directiva que “las partes podrán pactar su modificación” ¿La formalización de esta modificación se realizará a través de una adenda? Considerando que el numeral 7.5.3. de la Directiva establece que “Estos ajustes deberán contar con la aprobación del Titular de la Entidad o del servidor en quien se haya delegado dicha facultad”, ¿Qué órgano o**

***unidad orgánica debe aprobar esta modificación? Además del informe del área usuaria y del supervisor, previstos en el numeral 7.5.3 de la Directiva. ¿Qué otros órganos o unidades orgánicas deben emitir opinión o participar para la formalización de dicha modificación?***

El numeral 7.5.2. de la Directiva, en concordancia con el numeral 6.4, contempla la posibilidad de que las partes revisen periódicamente la cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19. En tal contexto, el numeral 7.5.3 dispone lo siguiente:

*“Si acaso se advierte la necesidad de hacer ajustes a tales costos directos y/o gastos generales, las partes podrán pactar su modificación, para cuyo caso será necesario contar con el informe del área usuaria de la Entidad y del Inspector o Supervisor, así como con la correspondiente certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público. Estos ajustes deberán contar con aprobación del Titular de la Entidad o del servidor en quien se haya delegado dicha facultad.”*

Como se aprecia, la Directiva establece las formalidades que debe cumplir la Entidad, a fin de viabilizar una modificación contractual derivada de la revisión de los conceptos económicos a los que alude el numeral 7.5.2 de la Directiva; estas formalidades son: i) un informe del área usuaria de la Entidad y del Inspector o Supervisor; ii) la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, y iii) la aprobación del Titular de la Entidad o del servidor en quien se haya delegado dicha facultad.

Expuesto lo anterior, se advierte que, para pactar las modificaciones a las que alude el numeral 7.5.2, al interior de la Entidad sólo se requerirá la participación de las dependencias y funcionarios necesarios para viabilizar las formalidades antes descritas.

Respecto de la necesidad de suscribir, o no, una adenda, se debe mencionar que la Directiva no lo ha señalado expresamente. No obstante, en virtud de que los contratos celebrados al amparo del Régimen General de la Contratación Pública se expresan de forma escrita, los acuerdos que modifiquen los términos o condiciones vigentes deberán adoptar también la misma forma independientemente de la denominación que se le atribuya.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1.** En virtud de que el numeral 6.4. de la Directiva establece que las partes pueden revisar el “impacto en plazo” y los “conceptos económicos” acordados para reactivar la obra y que estas materias se resuelven en la solicitud excepcional de ampliación de plazo, se puede afirmar que es posible revisar (y modificar el contrato) incluso el plazo adicional y los conceptos económicos que fueron aprobados en dicha ampliación excepcional.
- 3.2.** En concordancia con los principios que regulan el ejercicio de la Función Administrativa del Estado y de acuerdo con lo dispuesto en la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley, es indispensable que la decisión de la Entidad

de revisar y pactar la modificación del contrato conforme a lo previsto en el numeral 6.4. de la Directiva y el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N° 1486, se encuentre debidamente sustentada. Es decir, la entidad deberá justificar –por escrito- los acuerdos que pretenda adoptar en merito a lo establecido en el numeral 6.4 de la Directiva, debiendo requerir para estos efectos, la opinión del supervisor o inspector de obra, en mérito a la obligación jurídico- legal contemplada en el artículo 187 del Reglamento.

- 3.3. Siguiendo la misma lógica aplicable a las modificaciones contractuales, tales como la aprobación de prestaciones adicionales o aquellas contempladas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, cuando las modificaciones a las que alude el numeral 6.4. de la Directiva impliquen el incremento del precio del contrato, se deberá contar con la debida certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público.
- 3.4. Cuando la Entidad no se hubiese pronunciado respecto de la cuantificación de los costos directos y gastos generales a los que hace referencia el numeral 7.4.1. de la Directiva y, de acuerdo con el caso concreto se advirtiese la necesidad de valorizar trabajos ejecutados por el contratista, se podrán valorizar y pagar dichos trabajos considerando los costos directos y gastos generales contemplados en el contrato vigente a dicho momento. En tal contexto, si tras la aprobación por parte de la Entidad de los conceptos a los que alude el numeral 7.4.1 de la Directiva, se advirtiese que existe un saldo a favor o en contra del contratista, este saldo se podrá pagar o deducir, según corresponda, en la liquidación del contrato.
- 3.5. La Directiva establece las formalidades que debe cumplir la Entidad, a fin de viabilizar una modificación contractual derivada de la revisión de los conceptos económicos a los que alude el numeral 7.5.2 de la Directiva; estas formalidades son: i) un informe del área usuaria de la Entidad y del Inspector o Supervisor; ii) la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, y iii) la aprobación del Titular de la Entidad o del servidor en quién se haya delegado dicha facultad.
- 3.6. En el marco de las modificaciones a las que alude el numeral 7.5.2. de la Directiva, respecto de la necesidad de suscribir, o no, una adenda, se debe mencionar que la Directiva no lo ha señalado expresamente. No obstante, en virtud de que los contratos celebrados al amparo del Régimen General de la Contratación Pública se expresan de forma escrita, los acuerdos que modifiquen los términos o condiciones vigentes deberán adoptar también la misma forma independientemente de la denominación que se le atribuya.

Jesús María, 15 de octubre de 2020

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

RVC.