

OPINIÓN N° 097-2021/DTN

Solicitante: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provias Nacional.

Asunto: Alcances de Directiva 005- 2020-OSCE/CD

Referencia: Formulario S/N de fecha 9.SEP.2021 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional- Provias Nacional formula consultas referidas al alcance de la Directiva 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada 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.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1** *“En el marco de lo dispuesto en los numerales 7.5.2 y 7.5.3 de la Directiva N°005-2020- OSCE/CD; y en aras de mantener el equilibrio económico financiero del contrato de ejecución de obra ¿Resulta factible que la Entidad reconozca los ajustes de los costos directos y gastos generales que implique la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19, respecto*

de periodos anteriores a la fecha que las partes pacten la modificación? En ese sentido, ¿Es posible reconocer los ajustes i) a partir de la fecha de presentación de la propuesta del contratista; o a ii) partir de la presentación del informe del supervisor o a iii) aprobación del titular o suscripción de la adenda?”¹

2.1.1 En primer término, cabe indicar que 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, frente a tal circunstancia, se aprobaron la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.L. N°1486 y la Directiva N°005-2020-OSCE/CD (en adelante “la Directiva”), instrumentos normativos que establecieron las reglas que debían observarse para la solicitud, evaluación y aprobación de una ampliación excepcional de plazo y para la reactivación del contrato a fin de garantizar su culminación.

Así, de acuerdo con el numeral 7.4.1 de la Directiva, una vez aprobada la solicitud excepcional de ampliación de plazo, el contratista dentro de los 30 días siguientes, debía presentar a la Entidad *“la cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique ejecutar la obra bajo el nuevo plazo de ejecución y por la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID”*.

Como se aprecia, el contratista tenía la carga de cuantificar el costo total² que demandaría la ejecución de la obra desde la reanudación de los trabajos (tras la paralización generada por efecto del D.S. N°044-2020-PCM) hasta su culminación, considerando la implementación de las medidas de observancia obligatoria destinadas a evitar la propagación del COVID-19. Cabe precisar que esta necesidad de “reajustar” el costo de la obra se sustentó en que la implementación de las mencionadas medidas, además de su propio costo, podría haber tenido un impacto en los rendimientos previstos, generando la necesidad de un plazo contractual más extenso y oneroso, en comparación con aquel que se necesitaría en condiciones “normales”.

En relación con esta cuantificación, el numeral 7.5.1 estableció lo siguiente: *“Para 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, se podrá considerar la formulación de nuevos precios unitarios para las partidas preexistentes, en base a estimaciones de rendimiento, y/o la identificación de nuevas partidas, con sus respectivos precios unitarios (...)”*.

Como se advierte, al tratarse de una situación nueva y excepcional, era posible que la cuantificación de la implementación de las medidas destinadas a evitar la

¹ De conformidad con el TUPA del OSCE, las consultas que absuelve esta Dirección Técnico Normativa son aquellas referidas a la interpretación de la normativa de Contrataciones del Estado, formuladas de manera clara y directa. En tal medida, se advierte determinados extremos de la presente consulta que resultan equívocos o poco claros, siendo así, en la absolución sólo se limitará a brindar alcances generales respecto de lo regulado en la Directiva 005-2020-OSCE/CD.

² Es decir, sin considerar la utilidad.

propagación del COVID-19 se hubiese realizado sobre la base de estimaciones de rendimiento.

Bajo esta consideración, durante el curso de la ejecución de los trabajos, era posible que, al comparar el rendimiento real con el estimado, **cualquiera de las partes** hubiese advertido diferencias sustanciales que hubiesen determinado la necesidad de revisar la cuantificación económica ya acordada (aquella a la que alude el numeral 7.4.1 de la Directiva), y modificar el contrato con el fin de mantener su equilibrio económico financiero. Así, el numeral 7.5.2 de la Directiva, dispuso lo siguiente:

Directiva, Numeral 7.5.2: “La cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique la implementación de las medidas para prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes, propuestos por el Ejecuto de Obra, 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, con la finalidad de verificar su correspondencia con los rendimientos reales del periodo y/o con los precios actuales del mercado, en procura de preservar el equilibrio entre las prestaciones”. (El énfasis es agregado)

- 2.1.2. De otra parte, además de prever la posibilidad de revisar la cuantificación de los costos a los que alude el numeral 7.4.1, la Directiva -en su numeral 7.5.3- también establece el procedimiento que debe cumplirse para viabilizar esta revisión.

Directiva, numeral 7.5.3 “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 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, cuando **cualquiera de las partes** hubiese advertido la necesidad de revisar la cuantificación de costos directos y gastos generales derivados de la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19, podía pactarse una modificación de la cuantificación ya aprobada, siempre que dicha modificación: i) contara con el informe favorable del área usuaria de la Entidad, así como del inspector o supervisor de la Entidad; ii) cuente con la certificación presupuestal correspondiente; y iii) contara con la aprobación del Titular de la Entidad.

En tal sentido, si luego de la aprobación de la cuantificación a la que hace referencia el numeral 7.4.1 de la Directiva, alguna de las partes hubiese advertido que hay determinados conceptos económicos derivados de la implementación de medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 aplicables al contrato que no fueron contemplados o que, luego de contrastarlos con la ejecución real, se concluye que fueron contemplados de manera errónea o inexacta, las partes podrían acordar la modificación de dicha cuantificación con el fin de mantener el equilibrio

económico financiero del contrato, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el numeral 7.5.3. de la Directiva.

Cabe precisar que los conceptos económicos que se paguen como consecuencia de la revisión a la que hacen referencia los numerales 7.5.2 y 7.5.3 de la Directiva, deben encontrarse debidamente acreditados, con el fin de salvaguardar el correcto uso de los recursos públicos.

- 2.2. ***“Con posterioridad a la aprobación de la ampliación excepcional de plazo de obra, se han aprobado ampliaciones de plazo que prorrogan el plazo de culminación de la ejecución del contrato de obra.***

Sin embargo, durante dicho lapso, los sectores competentes no han emitido nuevas medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 y tampoco se ha generado la necesidad de hacer ajustes a los costos directos y gastos generales aprobados, sino que únicamente se han ampliado la vigencia de las normas sanitarias emitidas por el Estado, así como el periodo de emergencia a nivel nacional por el COVID-19; en ese contexto, se consulta: ¿Si es necesario, por el periodo de las ampliaciones de plazo, realizar nuevas modificaciones contractuales a través de Adendas que permitan reconocer al contratista los costos que vienen asumiendo de acuerdo al Plan de Vigilancia aprobado para hacer frente al COVID-19, así como, los costos directos y gastos generales o sería suficiente reconocerlos en las valorizaciones mensuales a de acuerdo a los montos por conceptos ya aprobados por la Entidad, siempre y cuando estos se encuentren dentro del periodo del estado de emergencia sanitaria?” (Sic.)

- 2.2.1. De manera preliminar, se debe anotar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas de manera clara y directa sobre la interpretación del sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado. En tal medida, en los apartados siguientes se brindarán alcances generales respecto de las materias vinculadas con la consulta.

Sobre la posibilidad de revisar plazo contractual resultante de la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo.

- 2.2.2. Sobre el particular, es preciso mencionar que el numeral 6.4 de la Directiva prevé lo siguiente: “(...) periódicamente, las partes podrán revisar **el impacto en plazo**, los conceptos económicos, costos, mecanismos de compensación que acordaron para reactivar la obra, y modificar el contrato cuando corresponda; ello con la finalidad de mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes” (el énfasis es agregado).

Como se advierte, de acuerdo con la Directiva, incluso el plazo “reajustado” resultante de la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo, puede ser objeto de revisión, mediante acuerdo entre las partes; ello debido a que dicho plazo podría haber sido determinado sobre la base de estimaciones de rendimientos.

Dicho esto, cabe precisar que, en concordancia con el criterio desarrollado mediante Opinión N°101-2020/DTN, las modificaciones que se pacten en merito a lo dispuesto en el citado numeral 6.4 de la Directiva, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- (i) Deben encontrarse debidamente justificadas por escrito y contar con la opinión favorable del inspector o supervisor de obra.
- (ii) Deben contar la certificación de crédito presupuestario, cuando esta modificación implique un incremento del precio del contrato como consecuencia de algún reajuste en los conceptos económicos aprobados en la solicitud de ampliación excepcional de plazo.
- (iii) Deben constar por escrito, independientemente de que al documento que plasma la modificación se le denomine, o no, “adenda”.

2.2.3. Mencionado lo anterior, cabe reiterar que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 7.5.3 de la Directiva, las partes pueden revisar la cuantificación económica a la que hace alusión el numeral 7.4.1 y modificar el contrato de corresponder, siempre que dicha modificación: i) cuente con el informe favorable del área usuaria de la Entidad, así como del inspector o supervisor de la Entidad; ii) cuente con la certificación presupuestal correspondiente; y iii) cuente con la aprobación del Titular de la Entidad.

Así las cosas, en consideración a lo establecido en la Directiva, las partes pueden acordar la modificación del contrato, cuando se advierta la necesidad de revisar el plazo contractual resultante de la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo; así también, podrán revisar la cuantificación a la que hace alusión el numeral 7.4.1 de la Directiva, con el fin de incluir determinados conceptos no contemplados en dicha cuantificación pero que resultan necesarios para la continuación de la ejecución de la obra hasta su culminación. Ambos tipos de modificaciones podrían realizarse de manera conjunta en atención al principio de *eficiencia y eficacia*³, debiendo cumplirse con los siguientes requisitos: i) informe que justifique la necesidad de realizar la modificación, así como la opinión favorable del inspector o supervisor de obra; ii) la certificación presupuestal correspondiente, cuando la modificación implique un incremento del precio; iii) la aprobación de la modificación por el Titular de la Entidad, cuando la modificación implique una revisión de los conceptos a los que alude el numeral 7.4.1. de la Directiva; y iv) la suscripción por las partes del documento que exprese la modificación.

En relación con lo anterior, es importante mencionar que, para modificar el plazo contractual resultante de la aprobación de la ampliación excepcional de plazo, la Entidad deberá necesariamente analizar el caso concreto y determinar que la necesidad de un mayor plazo contractual no se deriva de un atraso que resulte imputable al contratista.

³ Ley de Contrataciones del Estado, artículo 2, literal f): “*Eficacia y eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos público.*”

Ampliación de plazo por causal acaecida de manera posterior a la reactivación del contrato.

2.2.4. En otro orden de ideas, es preciso anotar que la ampliación excepcional del plazo fue una figura de carácter excepcional que –de conformidad con lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final del D.L. N° 1486 y el numeral III de la Directiva- sólo resultaba aplicable a aquellos contratos de ejecución y supervisión de obra cuya ejecución fue paralizada por efecto de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional.

Así las cosas, si tras la reactivación del contrato, esto es, tras la aprobación de la ampliación excepcional de plazo y del “reajuste” a los costos del contrato al que hace referencia el numeral 7.4.1 de la Directiva, acaecieran circunstancias que pudiesen generar nuevas ampliaciones de plazo (paralizaciones, retrasos, adicionales, etc.), estas deberán atenderse conforme a los requisitos, formalidades y procedimiento que prevé la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

2.3. ***“Asimismo, por razones presupuestales se aprobaron los costos relacionados al Plan de Vigilancia para hacer frente al COVID-19, así como, los costos directos y gastos generales, hasta una determinada fecha anterior a la culminación del plazo de ejecución de obra. Precizando que, no se han emitido nuevas medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 y tampoco se ha generado la necesidad de hacer ajustes a los costos directos y gastos generales aprobados; sino únicamente se han ampliado la vigencia de las normas sanitarias emitidas por el Estado, así como el periodo de emergencia a nivel nacional por el COVID-19; y considerando que resulta necesario continuar implementando dichas medidas, cuál sería el procedimiento para reconocer estos gastos y/o costos en dicho periodo?, se debería suscribir una nueva Adenda previo aprobación del Titular de la Entidad o simplemente la Entidad deberá reconocer dichos montos por conceptos ya aprobados, en el pago de las valorizaciones mensuales hasta la culminación del estado de emergencia?” (Sic.)***

Como se anotó, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas de manera clara y directa sobre la interpretación del sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones particulares o casos concretos.

Respecto de la materia de la consulta, es importante reiterar que, en consideración de lo establecido en la Directiva, las partes pueden acordar la modificación del contrato, cuando se advierta la necesidad de revisar el plazo contractual resultante de la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo; así también, podrán revisar la cuantificación a la que hace alusión el numeral 7.4.1 de la Directiva, con el fin de incluir determinados conceptos no contemplados en dicha cuantificación pero que resultan necesarios para la continuación de la ejecución de la obra hasta su culminación. Ambos tipos de modificaciones podrían realizarse de manera conjunta en atención al principio de eficiencia y eficacia, debiendo cumplirse con los siguientes requisitos: i) informe que justifique la necesidad de realizar la modificación, así como, la opinión favorable del inspector o supervisor de obra; ii)

la certificación presupuestal correspondiente, cuando la modificación implique un incremento del precio; iii) la aprobación de la modificación por el Titular de la Entidad, cuando la modificación implique una revisión de los conceptos a los que alude el numeral 7.4.1. de la Directiva; y iv) la suscripción por las partes del documento que exprese la modificación.

Sin perjuicio de ello, se debe tener presente que, para modificar el plazo contractual resultante de la aprobación de la ampliación excepcional de plazo, la Entidad deberá analizar el caso concreto y determinar que la necesidad de un mayor plazo contractual no se deriva un atraso que resulte imputable al contratista.

2.4. “En caso que, para los dos anteriores supuestos, se requiera realizar una modificación convencional, ¿Se podría reconocer costos y/o gastos generales anteriores al perfeccionamiento de dicha modificación?”

En principio, es pertinente aclarar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas de manera clara y directa sobre la interpretación del sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones particulares o casos concreto.

Ahora, en relación con la materia de la consulta, conforme a lo señalado en el numeral 2.1.2 de la presente opinión, cuando cualquiera de las partes hubiese advertido la necesidad de revisar la cuantificación de costos directos y gastos generales derivados de la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19, podía pactar una modificación de la cuantificación ya aprobada, siempre que dicha modificación: i) contar con el informe favorable del área usuaria de la Entidad, así como del inspector o supervisor de la Entidad; ii) cuente con la certificación presupuestal correspondiente; y iii) contar con la aprobación del Titular de la Entidad.

En tal medida, si luego de la aprobación de la cuantificación a la que hace referencia el numeral 7.4.1 de la Directiva, alguna de las partes hubiese advertido que hay determinados conceptos económicos derivados de la implementación de medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 aplicables al contrato que no fueron contemplados o que, luego de contrastarlos con la ejecución real, se concluye que fueron contemplados de manera errónea o inexacta, las partes podrían acordar la modificación de dicha cuantificación con el fin de mantener el equilibrio económico financiero del contrato, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el numeral 7.5.3. de la Directiva.

Cabe precisar que los conceptos económicos que se reconozcan como consecuencia de la revisión a la que hacen referencia los numerales 7.5.2 y 7.5.3 de la Directiva, deben encontrarse debidamente acreditados, con el fin de salvaguardar el correcto uso de los recursos públicos.

2.5. “En el marco de la modificación de contratos de ejecución de obra regulada por el numeral IX de la Directiva por la implementación de las nuevas medidas de control y prevención contra el COVID-19 dictadas por las autoridades competentes, se consulta ¿Si se pueden reconocer periodos anteriores a la suscripción de la Adenda

y a la aprobación por parte del Titular? En ese sentido. ¿Es posible reconocer los costos de dichas nuevas medidas: i) a partir de la fecha de presentación de la propuesta del contratista; ii) a partir de la fecha que la norma que aprueba las nuevas medidas disponga su implementación; iii) a partir de la presentación del informe del supervisor o iv) aprobación del titular o suscripción de la adenda?”

- 2.5.1. Sobre el particular, es importante señalar que la Directiva prevé el supuesto en que los sectores correspondientes, de manera posterior a la reactivación del contrato, dicten medidas destinadas a evitar la propagación del COVID- 19. Así, en su numeral 9.1 dispuso lo siguiente: *“Cuando con posterioridad a la aprobación de la ampliación excepcional de plazo, los sectores competentes dicten medidas de carácter sanitario o de otra índole, para evitar la propagación del COVID 19, que impacten en los contratos, las partes deberá acordar los términos y condiciones para su implementación, efectuando las modificaciones que correspondan en los contratos, según lo establecido en el literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Final del DLEG”.*

Como se aprecia, cuando los sectores competentes dicten medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 de manera posterior a la reactivación del contrato, las partes pueden pactar una modificación contractual a fin de definir **los términos y condiciones de su implementación**. Cabe precisar que este extremo de la Directiva hace alusión a medidas “nuevas” en comparación de aquellas que estuvieron vigentes al momento de la reactivación del contrato, puesto que estas últimas se entiende que fueron consideradas en la cuantificación de costos a la que hace referencia el numeral 7.4.1 de la Directiva.

Adicionalmente, el numeral 9.2 de la Directiva establece que, para viabilizar la modificación que determine la implementación de las referidas nuevas medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19, el ejecutor de obra debe presentar al supervisor o inspector, y a la Entidad, una propuesta de adenda debidamente sustentada. Asimismo, el numeral 9.3 señala que cuando esta modificación implique un aumento del precio del contrato vigente a la fecha de la presentación de la propuesta de adenda, se deberá contar con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según corresponda, así como con la aprobación de la modificación por parte del Titular de la Entidad o del funcionario al que se le hubiese delegado tal facultad.

De una lectura conjunta de los dispositivos referidos, se tiene que –de conformidad con el numeral 9.1 de la Directiva- las partes deben acordar los términos y condiciones en los que deben implementarse las nuevas medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19; de ello se sigue que el acuerdo debe tomarse de manera previa a la implementación y, también, que la Entidad, de manera previa a la suscripción de la adenda que cristaliza el acuerdo, debe cumplir obligatoriamente con los requisitos establecidos en los numerales 9.2 y 9.3 de la Directiva.

- 2.5.2. Ahora bien, en el marco de lo dispuesto por el numeral IX de la Directiva, si bien la regla general consiste en que el acuerdo debe tomarse de manera previa a la implementación de las nuevas medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19, es posible que dado el carácter excepcional y súbito que puede tener la

expedición de normas sanitarias por parte de los sectores correspondientes, se requiera en determinados casos que tales medidas se implementen sin dilación, y que de manera simultánea o inmediatamente posterior se suscriba la adenda.

En tal contexto debe considerarse que los actos y decisiones que adopten las Entidades en el proceso de contratación deben armonizar con los principios que rigen las contrataciones con el Estado, los cuales, conforme al artículo 2 de la Ley sirven de criterio interpretativo e integrador para aplicar adecuadamente dicha normativa resolviendo contradicciones o solucionando vacíos.

Uno de estos principios es el de “Eficacia y Eficiencia”, por el cual el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos. Asimismo, el principio “Equidad”, señala que las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

En esa medida, las disposiciones que regulan el procedimiento de contratación deben ser aplicadas o interpretadas de forma tal que se prioricen los fines, metas y objetivos de la Entidad por encima de la realización de formalidades no esenciales; de igual forma, debe cautelarse el principio de Equidad, con el fin de que las prestaciones y derechos de las partes guarden una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad.

Sobre la base de dichas premisas, corresponde reiterar que es posible que, en determinados casos resulte imprescindible implementar de manera simultánea o inmediatamente previa a la suscripción de la adenda, las nuevas medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 a las que hace alusión el numeral IX de la Directiva. En tal circunstancia, la Entidad, en una decisión de gestión debidamente sustentada y de su exclusiva responsabilidad, podría reconocer, de manera excepcional, en la adenda que se suscriba, aquellos conceptos económicos en los que el contratista hubiese podido incurrir para la referida aplicación inmediata de los protocolos sanitarios u otras medidas dictadas por los sectores competentes en tanto sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, para lo cual deberá cumplirse con los requisitos y formalidades previstos en los numerales 9.2 y 9.3 de la Directiva.

Adicionalmente, para este tipo de modificaciones, aquellos conceptos económicos que pague la Entidad -bajo su propia responsabilidad- deberán encontrarse debidamente acreditados, sustentándose mediante facturas, boletas de pago u otros documentos que permitan acreditar fehacientemente que el contratista ha incurrido en tales conceptos, ello con el fin de salvaguardar el correcto uso de los recursos públicos.

3. CONCLUSIONES

- 3.1** Si luego de la aprobación de la cuantificación a la que hace referencia el numeral 7.4.1 de la Directiva, alguna de las partes hubiese advertido que hay determinados conceptos económicos derivados de la implementación de medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 aplicables al contrato que no fueron contemplados o que, luego de contrastarlos con la ejecución real, se concluye que fueron contemplados de manera errónea o inexacta, las partes podrían acordar la modificación de dicha cuantificación con el fin de mantener el equilibrio económico financiero del contrato, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el numeral 7.5.3. de la Directiva.
- 3.2** En consideración de lo establecido en la Directiva, las partes pueden acordar la modificación del contrato, cuando se advierta la necesidad de revisar el plazo contractual resultante de la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo; así también, podrán revisar la cuantificación a la que hace alusión el numeral 7.4.1 de la Directiva, con el fin de incluir determinados conceptos no contemplados en dicha cuantificación pero que resultan necesarios para la continuación de la ejecución de la obra hasta su culminación. Ambos tipos de modificaciones podrían realizarse de manera conjunta en atención al principio de eficiencia y eficacia, debiendo cumplirse con los siguientes requisitos: i) informe que justifique la necesidad de realizar la modificación, así como, la opinión favorable del inspector o supervisor de obra; ii) la certificación presupuestal correspondiente, cuando la modificación implique un incremento del precio; iii) la aprobación de la modificación por el Titular de la Entidad, cuando la modificación implique una revisión de los conceptos a los que alude el numeral 7.4.1. de la Directiva; y iv) la suscripción por las partes del documento que exprese la modificación.
- 3.3** Es posible que, en determinados casos resulte imprescindible implementar de manera simultánea o inmediatamente previa a la suscripción de la adenda, las nuevas medidas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 a las que hace alusión el numeral IX de la Directiva. En tal circunstancia, la Entidad, en una decisión de gestión debidamente sustentada y de su exclusiva responsabilidad, podría reconocer, de manera excepcional, en la adenda que se suscriba, aquellos conceptos económicos en los que el contratista hubiese podido incurrir para la referida aplicación inmediata de los protocolos sanitarios u otras medidas dictadas por los sectores competentes en tanto sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, para lo cual deberá cumplirse con los requisitos y formalidades previstos en los numerales 9.2 y 9.3 de la Directiva.
- 3.4** Independientemente de que se trate de una revisión en los términos del numeral 7.5.2 de la Directiva o del reconocimiento de las medidas destinadas evitar la propagación del COVID-19 dictadas con posterioridad a la reactivación del contrato, cualquier concepto económico que se pague en favor del contratista debe encontrarse debidamente acreditado, con el fin de resguardar el correcto uso de los recursos públicos.

- 3.5** La ampliación excepcional del plazo fue una figura de carácter excepcional que – de conformidad con lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final del D.L. N°1486 y el numeral III de la Directiva- sólo resultaba aplicable a aquellos contratos de ejecución y supervisión de obra cuya ejecución fue paralizada por efecto de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional. En consecuencia, si tras la reactivación del contrato, esto es, tras la aprobación de la ampliación excepcional de plazo y del “reajuste” a los costos del contrato al que hace referencia el numeral 7.4.1 de la Directiva, acaecieran circunstancias que pudiesen generar nuevas ampliaciones de plazo (paralizaciones, retrasos, adicionales, etc.), estas deberán atenderse conforme a los requisitos, formalidades y procedimiento que prevé la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Jesús María, 14 de octubre de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC