

Expediente: 004395-2020
122087-2019
T.D.: 16306489
16154113

OPINIÓN N° 015-2020/DTN

Solicitante: MAPFRE PERÚ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS

Asunto: Prestaciones adicionales en bienes y servicios

Referencia: a) Comunicación s/n recibida el 14.ENE.2020
b) Comunicación s/n recibida el 20.DIC.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia el Gerente de la Sub-Central Cuentas Institucionales de MAPFRE PERÚ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS realiza consultas referidas a la ejecución de prestaciones adicionales en la contratación de bienes y servicios.

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, Ley N° 30225, y el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente a partir del 15 de diciembre de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1** *“Cuando el artículo 34.3 establece que la Entidad puede ordenar que se ejecuten ciertas prestaciones adicionales, ¿ello significaría que el contratista está obligado a realizarlas?”. (Sic.)*

2.1.1 En atención a la referida consulta, mediante la presente opinión se brindarán alcances generales sobre la figura de prestaciones adicionales para la contratación de bienes y/o servicios en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

Prestaciones adicionales como supuesto de modificación del contrato

2.1.2 En principio, debe señalarse que una vez perfeccionado el contrato¹, el contratista y la Entidad se encuentran obligados a ejecutar las prestaciones pactadas. El cumplimiento de dichas prestaciones, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato², es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal.

No obstante ello, tomando en consideración que durante la ejecución del contrato pueden surgir determinadas situaciones *-no atribuibles a las partes-* que dificulten la consecución del objetivo o finalidad que se persigue a través de la contratación; la normativa de contrataciones del Estado ha previsto las *modificaciones* que pueden realizarse en el marco de una contratación pública, tales como la ejecución de prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, autorización de ampliación de plazo, entre otros.

Así, el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley establece que “*El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente*”. (El subrayado es agregado).

En ese contexto, el contrato original, es decir el suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en los documentos del procedimiento de selección y la oferta ganadora³, puede modificarse siempre que dicha modificación permita alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, sea ordenada por la Entidad y no afecte el equilibrio económico financiero del contrato –tal como lo establece el artículo 34 de la Ley-, generando así el contrato actualizado o vigente⁴.

2.1.3 Ahora bien, dentro de los supuestos que permiten la modificación del contrato, el artículo 34 de la Ley establece que, excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar la ejecución de “prestaciones adicionales”, siempre que tales prestaciones resulten indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.

¹ De conformidad con el artículo 137 del Reglamento el contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene o con la recepción de la orden de compra o de servicio, según las situaciones previstas en el referido artículo.

² El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes, de conformidad con el artículo 138 del Reglamento.

³ De conformidad con el Anexo N° 01 del Reglamento, Anexo de Definiciones.

⁴ Conforme lo establece el Anexo N° 01 del Reglamento, Anexo de Definiciones, el contrato actualizado o vigente es el contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción del plazo, u otras modificaciones del contrato.

Asimismo, el primer párrafo del artículo 157 del Reglamento establece que: *“Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.*”(El subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, las prestaciones adicionales constituyen un supuesto de modificación contractual en virtud del cual la Entidad aprueba, de manera previa a su ejecución, determinadas prestaciones — *no contenidas en el contrato original* — que resultan necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, lo cual implica que se cumpla con el propósito de satisfacer la necesidad que originó la contratación, en otras palabras, la finalidad perseguida por la Entidad al realizar el contrato.

Obligatoriedad de ejecución de las prestaciones adicionales

2.1.4 Tal como se indicó en el numeral anterior, **una Entidad tiene la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales** en los contratos suscritos bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, **a efectos de alcanzar la finalidad pública y satisfacer la necesidad que originó dicha contratación**.

Ahora bien, la potestad de disponer la ejecución de prestaciones adicionales responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, que se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina como “cláusulas exorbitantes” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el régimen de contrataciones del Estado-, en los que la Administración Pública representa al interés general –el servicio público-, y su contraparte representa al interés privado⁵.

Al respecto, MORÓN⁶ señala que *“La potestas variandi o ius variandi, consiste en la prerrogativa ordinaria de los contratos públicos por la cual la entidad contratante posee la capacidad suficiente -apreciando eventos sobrevinientes objetivamente valorados- para disponer la modificación necesaria y a su solo criterio de algunos de los términos pactados, cambiando -en el modo, el plazo o la forma- las prestaciones convenidas originalmente con el contratista privado con el objeto de adaptarse y perseguir de mejor manera el interés público aspirado con la colaboración del contratista”*

Siendo ello así, dicho “*ius variandi*” permite realizar una modificación cuantitativa a las prestaciones inicialmente pactadas incorporando prestaciones no previstas en el contrato original pero que permiten alcanzar la finalidad de éste.

⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las cláusulas exorbitantes*, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7.

⁶ Morón Urbina Juan Carlos. *La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2016.

En ese sentido, de considerar la Entidad que la ejecución de las prestaciones adicionales resulta conveniente y ajustada a ley, **ordena** su realización mediante la emisión y notificación al contratista de la resolución mediante la que se aprueba dicha prestación adicional, quedando el contratista obligado a cumplirlas⁷.

2.2 "¿Las prestaciones solicitadas por la Entidad, tienen que referirse a una actividad no prevista en el contrato original?"

De conformidad con lo indicado al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que durante la ejecución del contrato, la Entidad cuente con las herramientas necesarias para atender una eventual inviabilidad del proyecto o hacer frente a determinadas circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que, como única solución, exijan la ejecución de determinadas prestaciones — no contenidas en el contrato original — para alcanzar el interés principal de la Administración, que es la satisfacción de sus necesidades y, con ella, el cumplimiento de la finalidad pública.

En esa medida, la normativa considera las prestaciones adicionales como aquellas entregas de bienes y/o servicios que no estaban originalmente consideradas en el contrato, sin embargo, éstas resultan necesarias para que se cumpla con su finalidad.

Siendo así, la Entidad está facultada para ordenar la ejecución de prestaciones adicionales a fin de hacer frente a determinadas circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, lo que supone la ejecución de *mayores prestaciones a las originalmente contratadas* o *prestaciones diferentes a las originalmente pactadas*, siempre que el contrato se encuentre vigente y no se supere el 25% del monto del contrato original.

En el marco de lo anteriormente expuesto, de conformidad con la Opinión N° 043-2017/DTN por prestaciones nuevas o diferentes se deben entender como aquellas distintas a las originariamente pactadas, no previstas en el contrato pero que resultan necesarias para que se cumpla con la finalidad para la que fue celebrado.

Adicionalmente, el numeral 157.1 del artículo 157 del Reglamento establece que el costo de las prestaciones adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de esto se determina por acuerdo entre las partes.



⁷ Al respecto, es preciso mencionar que, de conformidad con el numeral 45.4 del artículo 45 de la Ley, la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas.

Conforme a lo anterior, las prestaciones adicionales suponen la ejecución de mayores prestaciones a las originalmente contratadas y/o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas que son necesarias para que se cumpla con la finalidad del contrato. Para dicho efecto, el contrato debe encontrarse vigente y cumplirse las condiciones previstas en los artículos 34 de la Ley y 157 del Reglamento.

2.3 *"Las prestaciones adicionales solicitadas por la Entidad, ¿pueden consistir específicamente en una ampliación del plazo del contrato, ya que, al vencimiento de éste, lo que procedería sería que la Entidad recurra a una contratación complementaria para un nuevo contrato?"*

2.3.1 De manera previa, conforme a los antecedentes de la presente Opinión, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado absuelve las consultas relacionadas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en tal sentido, se brindarán alcances generales bajo el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

2.3.2 De lo expuesto hasta este punto se puede inferir que la aprobación de adicionales y la ampliación de plazo constituyen supuestos distintos de modificación contractual, puesto que afectan a distintos elementos del contrato (prestaciones pactadas y plazo de ejecución, respectivamente).

No obstante lo anterior, pueden presentarse situaciones en las que la ampliación de plazo sea una condición indispensable para la ejecución del adicional. Aunque no son las únicas, estas situaciones podrían ser recurrentes en ciertos contratos de duración, es decir, en aquellos contratos que sólo pueden ejecutarse y lograr su finalidad si es que se “dilatan en el tiempo”.

Por ejemplo, es posible que, en determinados casos, la adquisición de mayores prestaciones del servicio de vigilancia exija, por su naturaleza, una extensión del tiempo para su ejecución. En tal circunstancia, podría ocurrir, que la obtención del referido “mayor tiempo” sólo sea posible mediante una ampliación de plazo.

Para finalizar se debe anotar que, independientemente del ejemplo propuesto, corresponde a cada entidad evaluar, según la particularidad de cada caso, si la aprobación de una prestación adicional exige una ampliación de plazo. En relación con ello, cabe precisar que de acuerdo con el artículo 158 del Reglamento, la aprobación de prestaciones adicionales constituye una de las causales de ampliación de plazo.

3. CONCLUSIONES

3.1 Las prestaciones adicionales constituyen un supuesto de modificación contractual en virtud del cual la Entidad aprueba, de manera previa a su ejecución, determinadas prestaciones — *no contenidas en el contrato original* — que resultan necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, lo cual implica que se cumpla con el propósito de satisfacer la necesidad que originó la contratación, en otras palabras, la finalidad perseguida por la Entidad al realizar el contrato.

- 3.2 De considerar la Entidad que la ejecución de las prestaciones adicionales resulta conveniente y ajustada a ley, **ordena** su realización mediante la emisión y notificación al contratista de la resolución mediante la que se aprueba dicha prestación adicional, quedando el contratista obligado a cumplirlas.
- 3.3 Las prestaciones adicionales suponen la ejecución de mayores prestaciones a las originalmente contratadas y/o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas que son necesarias para que se cumpla con la finalidad del contrato. Para dicho efecto, el contrato debe encontrarse vigente y cumplirse las condiciones previstas en los artículos 34 de la Ley y 157 del Reglamento.
- 3.4. La aprobación de adicionales y la ampliación de plazo constituyen supuestos distintos de modificación contractual, puesto que afectan a distintos elementos del contrato (prestaciones pactadas y plazo de ejecución, respectivamente). No obstante, pueden presentarse situaciones en las que la ampliación de plazo sea una condición indispensable para la ejecución del adicional.

Jesús María, 10 de febrero de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC/RVC