

OPINIÓN N° 018-2021/DTN

Solicitante: Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A.

Asunto: Prestaciones adicionales en contratos de servicios en general

Referencia: Formulario S/N de fecha 12.ENE.2021 - Entidades públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el jefe de la Oficina de Asesoría Legal de la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A., formula consultas relacionadas con la figura de prestaciones adicionales en contratos de servicios en general, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

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 en términos genéricos y vinculadas 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 por Ley N° 30225 y modificada por 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 sus modificatorias.

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

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada por Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado,

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que de las cuatro (4) consultas formuladas, dos (2) de ellas se encuentran orientadas a que este Organismo Técnico Especializado determine en qué supuestos resulta posible aprobar prestaciones adicionales en contratos de servicios en general y si la necesidad de continuar con la ejecución de dichos contratos constituya una justificación para aprobar tales prestaciones adicionales; razón por la cual, éstas dos (2) consultas no podrán ser atendidas en vía de opinión debido a que plantean el desarrollo de aspectos particulares que deben ser definidos por cada Entidad contratante a partir del análisis de cada caso en concreto, lo cual excede la habilitación legal otorgada a este despacho, a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

modificada por Decreto Legislativo N° 1444.²

- **“Reglamento”** al aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿Se puede ampliar el plazo de ejecución de un contrato de servicio mediante un adicional, sin que para ello se incorpore prestaciones adicionales ni diferentes a las originalmente pactadas?” [sic].

2.1.1 De manera previa, es necesario reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en esa medida, no es posible definir si en virtud de la aprobación de una prestación adicional en un determinado contrato de servicios en general corresponde -o no- ampliar el plazo de ejecución contractual, toda vez que dicho análisis excede las competencias conferidas por Ley a este despacho.

Sin perjuicio de lo expuesto, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación se brindarán alcances de carácter general sobre la figura de prestaciones adicionales, conforme a lo dispuesto por 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 contrato³, el contratista y la Entidad se encuentran obligados a ejecutar las prestaciones pactadas. Así, el cumplimiento de dichas prestaciones, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato⁴, es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal.

No obstante ello, debe tomarse en cuenta 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, ante las cuales la normativa de contrataciones del Estado ha previsto las modificaciones contractuales 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.

² Con Decreto Supremo N° 082-2019-EF, publicado el 13 de marzo del 2019, se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley.

³ 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.

⁴ 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.

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 ganadora⁵- 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 vigente⁶.

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.

Asimismo, el primer párrafo del artículo 157 del Reglamento establece lo siguiente: *“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.

⁵ De conformidad con el Anexo N° 01 del Reglamento, Anexo de Definiciones.

⁶ Conforme a lo establecido en 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.

Ahora bien, la potestad de disponer la ejecución de prestaciones adicionales responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, que se enmarcan 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 privado⁷.

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

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 cual se aprueba dicha prestación adicional, quedando el contratista obligado a cumplirlas⁸.

Alcances sobre las prestaciones adicionales en contratos de servicios en general

2.1.5. Efectuadas las precisiones anteriores, resulta oportuno mencionar que en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado, las prestaciones adicionales en contratos de servicios en general pueden implicar la realización de servicios que no estaban originalmente considerados en el contrato, pero que resultan necesarios para que se cumpla con la finalidad de éste.

Así, en concordancia con el criterio vertido en la Opinión N° 015-2020/DTN, una Entidad está facultada para ordenar la ejecución de dichas prestaciones adicionales a fin de hacer frente a determinadas circunstancias -ajenas a la voluntad de las partes- y alcanzar la finalidad pública que subyace a la contratación estatal, pudiendo aprobar la ejecución de mayores prestaciones a las originalmente contratadas o prestaciones diferentes⁹ a las originalmente pactadas, siempre que el contrato se encuentre vigente y que el costo de dichas prestaciones adicionales no se supere el límite del 25% del monto del contrato original.

En relación con lo anterior, cabe anotar que según el numeral 157.1 del artículo 157 del Reglamento, el costo de las prestaciones adicionales en contratos de servicios en general se determina sobre la base de los términos de referencia del servicio contratado y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos, dicho costo se determina por acuerdo entre las partes. Asimismo, resulta

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ De acuerdo al criterio establecido en 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.

importante recordar que la aprobación del adicional, de conformidad con el artículo 158 del Reglamento, puede ser una causal de ampliación de plazo.

De esta manera, se advierte que las prestaciones adicionales en contratos de servicios suponen la ejecución de mayores prestaciones a las originalmente contratadas o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas, las cuales resultan necesarias para que se cumpla con la finalidad de la contratación, debiendo –para tal efecto- encontrarse vigente el contrato y cumplirse las condiciones previstas en los artículos 34 de la Ley y 157 del Reglamento.

De los adicionales y las ampliaciones de plazo

- 2.1.6. Sobre el particular, corresponde señalar que la figura de prestaciones adicionales y la de ampliación de plazo constituyen supuestos de modificación contractual distintos entre sí, puesto que afectan por separado a diferentes elementos del contrato: a las prestaciones que son objeto del contrato y al plazo de ejecución contractual, respectivamente.

Sin perjuicio de ello, es importante anotar que en la práctica pueden presentarse situaciones en las que la ampliación de plazo sea una condición indispensable para ejecutar la prestación adicional, tal como lo reconoce el numeral 158.1 del artículo 158 del Reglamento, el cual establece que la ampliación de plazo contractual procede –entre otros supuestos- cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo.

En tal sentido, corresponde a cada entidad evaluar, según la particularidad de cada caso en concreto, si la aprobación de una prestación adicional en un contrato de servicios en general justifica la ampliación de plazo, debiendo –para tal efecto- determinar si se configura la causal de modificación contractual establecida en el artículo 158 del Reglamento.

2.2 “¿Se puede ordenar la ejecución de prestaciones adicionales en los contratos de servicio cuyos plazos de ejecución se encuentran vencidos?”

- 2.2.1. De manera previa, es necesario reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en esa medida, **no** es posible definir –en vía de Opinión- si vencido el plazo de ejecución establecido en un determinado contrato, resulta –o no- posible ordenar la ejecución de prestaciones adicionales, toda vez que dicho análisis corresponde ser efectuado por la propia Entidad sobre la base los elementos particulares del caso concreto, lo cual excede las competencias conferidas por Ley a este despacho.

Sin perjuicio de lo expuesto, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación se brindarán alcances de carácter general respecto de la figura de prestaciones adicionales y las condiciones para su aprobación, conforme a lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado.

2.2.2 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, las prestaciones adicionales en contratos de servicios suponen la ejecución de mayores prestaciones a las originalmente contratadas y/o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas, las cuales resultan necesarias para que se cumpla con la finalidad de la contratación, debiendo –para tal efecto- **encontrarse vigente el contrato** –pues de lo contrario se podrían establecer obligaciones contractuales sin existir relación contractual- **y cumplirse las condiciones previstas en los artículos 34 de la Ley y 157 del Reglamento.**

Ahora bien, en relación con la vigencia del contrato, el artículo 144 del Reglamento establece lo siguiente: “*El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio*”.

Asimismo, tratándose de contratos de servicios, el numeral 144.2 del citado artículo dispone que **el contrato rige**: a) **hasta que el funcionario competente da la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contrato y se efectúe el pago**, salvo que este sea condición para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, **en cuyo caso el contrato se encuentra vigente hasta la conformidad respectiva**; o, b) hasta que se ejecuta la última prestación a cargo del contratista, cuando existan prestaciones que corresponden ser ejecutadas con posterioridad al pago.

Como se advierte, por regla general, **el contrato de servicios tiene vigencia hasta que se emita la conformidad y se realice el pago respectivo**, según sea el caso (dependiendo de las condiciones propias del contrato), situación que supone haber cumplido con ejecutar cabalmente las prestaciones a cargo del contratista, **como condición para el otorgamiento de la conformidad correspondiente.**

Al respecto, debe tomarse en consideración que conforme a lo dispuesto en el numeral 168.2 del artículo 168 del Reglamento, “*La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y **cumplimiento de las condiciones contractuales**, debiendo realizar las pruebas que fueras necesarias*”. (El énfasis es agregado).

De esta manera, la emisión de la conformidad en el marco de un contrato de servicios supone que la ejecución de la prestación se ha realizado satisfactoriamente conforme a lo requerido por la Entidad, **lo que a su vez implica haber alcanzado la finalidad del contrato.**

En ese contexto, considerando que una de las condiciones que debe cumplirse para que resulte posible la aprobación de prestaciones adicionales en contratos de servicios -según lo previsto en los artículos 34 de la Ley y 157 del Reglamento-, es que dichas prestaciones “sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato”, se advierte que tal condición no se verificaría en el supuesto que la Entidad haya otorgado la conformidad respectiva, pues en este caso se entiende que las prestaciones objeto del contrato han sido ejecutadas correctamente y con ello se habría alcanzado la finalidad del contrato.

Por lo expuesto, en el marco de lo establecido por la normativa de Contrataciones del Estado, tratándose de contratos de servicios sólo es posible la aprobación de prestaciones adicionales en la medida que se cumplan las condiciones previstas en los artículos 34 de la Ley y 157 del Reglamento, lo cual implica que el contrato se encuentre vigente y que la ejecución de dichas prestaciones resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Las prestaciones adicionales en contratos de servicios suponen la ejecución de mayores prestaciones a las originalmente contratadas o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas, las cuales resultan necesarias para que se cumpla con la finalidad de la contratación, debiendo –para tal efecto- encontrarse vigente el contrato y cumplirse las condiciones previstas en los artículos 34 de la Ley y 157 del Reglamento.
- 3.2. Corresponde a cada entidad evaluar, según la particularidad de cada caso en concreto, si la aprobación de una prestación adicional en un contrato de servicios en general justifica la ampliación de plazo, debiendo –para tal efecto- determinar si se configura la causal de modificación contractual establecida en el artículo 158 del Reglamento.
- 3.3. En el marco de lo establecido por la normativa de Contrataciones del Estado, tratándose de contratos de servicios sólo es posible la aprobación de prestaciones adicionales en la medida que se cumplan las condiciones previstas en los artículos 34 de la Ley y 157 del Reglamento, lo cual implica que el contrato se encuentre vigente y que la ejecución de dichas prestaciones resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

Jesús María, 24 de febrero de 2021

CARLA GABRIELA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

LAA.