

OPINIÓN N° 038-2022/DTN

Solicitante: Fondo Metropolitano de Inversiones – Invermet

Asunto: Prestaciones adicionales de obra.

Referencia: Formulario S/N de fecha 21.ABR.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Héctor Núñez Del Prado Castro, Gerente de Proyectos del Fondo Metropolitano de Inversiones – Invermet, formula varias consultas vinculadas con la figura de las prestaciones adicionales de obra.

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 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 sus modificatorias.

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 la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias¹.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

¹ La última modificación al Decreto Supremo N° 344-2018-EF ha sido realizada mediante el Decreto Supremo N° 162-2021-EF, publicado el 26 de junio de 2021.

2.1. “La presentación del Expediente Técnico adicional de obra, fuera del plazo legal de 15 días previsto en el art. 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (sea la demora por causas atribuibles o no al contratista), ¿da lugar a un pronunciamiento desfavorable de la solicitud de la prestación adicional de obra por parte de la entidad por el solo incumplimiento de plazos legales? O ¿por el contrario la presentación de expediente técnico fuera del plazo legal, no genera por sí sola la desaprobación de la prestación adicional de obra? (Sic)

2.1.1. De manera previa, debe mencionarse que las consultas que absuelve esta Dirección Técnico Normativa, son aquellas formuladas de forma genérica referidas a la interpretación de las disposiciones de la normativa de Contrataciones del Estado. Siendo así, es pertinente reiterar que la presente opinión no se encuentra vinculada a ninguna situación particular.

Hecha esta aclaración, corresponde mencionar que todo contrato celebrado al amparo de la normativa de Contrataciones del Estado tiene como fundamento la consecución de una finalidad pública y la satisfacción de un interés público, siendo esta la característica que determina la singularidad de este tipo de contrato.

En el marco de la relación jurídica creada por el contrato público, la Entidad es quien se constituye como garante del interés público y dicha condición es la que justifica que la Ley le otorgue la prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato; específicamente, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley, este *ius variandi* consiste en el poder de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales.

2.1.2. Cuando el objeto de contratación es la ejecución de una obra, la normativa de Contrataciones del Estado ha dispuesto que la regla general es que las prestaciones adicionales no pueden exceder el 15% por ciento del monto del contrato original, considerando los deductivos vinculados². Considerando la materia de la consulta, el presente análisis tratará sobre esta regla general.

Dicho esto, es preciso aclarar que, si bien la Ley otorga a las entidades públicas el poder de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, el ejercicio de esta prerrogativa debe ceñirse a los requisitos y procedimiento establecido por la misma Ley y por la norma que lo desarrolla, es decir, el Reglamento.

Los requisitos están contemplados en el numeral 34.4. del artículo 34 de la Ley y son desarrollados con mayor grado de precisión por el numeral 205.1 del artículo 205 del Reglamento. Respecto del procedimiento, resulta pertinente mencionar lo dispuesto en los numerales 205.2 y 205.4 del Reglamento:

“ 205.2. La necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra es anotada en el cuaderno de obra, sea por el contratista, a través de su residente, o por el inspector o supervisor, según corresponda. En un plazo máximo de 5 días contados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el inspector o supervisor según corresponda ratifica a la Entidad la anotación realizada, adjuntado un informe técnico que sustente su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional. Además, se requiere el detalle o sustento de la deficiencia del expediente

² De acuerdo con el numeral 34.5 del artículo 34 de la Ley, las prestaciones adicionales, en determinadas circunstancias pueden exceder el 15% del monto del contrato original, pero nunca el 50% de este.

técnico de obra o del riesgo que haya generado la necesidad de ejecutar la prestación adicional. (...)

205.4. El contratista presenta el expediente técnico del adicional de obra, dentro de los quince (15) días siguientes a la anotación en el cuaderno de obra, siempre que el inspector o supervisor, según corresponda, haya ratificado la necesidad de ejecutar la prestación adicional. De ser el caso, el inspector o supervisor remite a la Entidad la conformidad sobre el expediente técnico de obra formulado por el contratista en el plazo de diez (10) días de presentado este último.”

Como se advierte, cualquiera de las partes del contrato, mediante sus “representantes técnicos” (inspector o supervisor por parte de la Entidad o residente de obra en caso del contratista) puede impulsar el procedimiento para la aprobación y ejecución de prestaciones adicionales. Para estos efectos, quien hubiese advertido la necesidad de ejecutar la prestación adicional de obra, deberá anotar dicha circunstancia en el cuaderno de obra.

Hecho esto, el contratista dispondrá de 15 días para presentar el expediente técnico del adicional de obra, siempre que el supervisor o inspector haya ratificado la necesidad del adicional. Cabe precisar que, desde el momento en que se realiza la anotación, el supervisor dispondrá de 5 días para elevar a la Entidad un informe técnico en el que manifieste su posición respecto de la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra.

- 2.1.3. Como se anotó en la Opinión 038-2021/DTN, la elaboración del expediente técnico del adicional de obra, dentro del plazo de 15 días, se constituye en un deber ineludible del contratista. Sobre esta base, corresponde abordar la presente consulta, en la que se plantea la interrogante de si el incumplimiento del referido plazo tiene como efecto la necesaria improcedencia del adicional de obra.

Para resolver el problema planteado, en primer término, es preciso remitirse a la definición de prestación adicional de obra contemplada en el Anexo N°1, “Definiciones”, del Reglamento. Así, según este dispositivo se trata de “*aquella [prestación³] no considerada en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional” (El énfasis es agregado)*

De la definición reglamentaria se puede inferir que entre la prestación adicional de obra y el cumplimiento de la meta prevista de la obra principal existe **un vínculo de necesidad**, de tal forma que la falta de ejecución del adicional impediría la consecución de la meta de la obra, lo que -a su vez- impediría la consecución de la finalidad de la contratación y también la satisfacción del interés público vinculado con esta.

Ahora bien, de la definición también se advierte que la prestación adicional de obra genera necesariamente un presupuesto adicional, el cual tendrá que ser abonado al contratista -a modo de contraprestación- una vez que dicha prestación adicional haya

³ Nota agregada.

sido ejecutada. Por esta razón, de acuerdo con la normativa de Contrataciones del Estado, una condición indispensable para la procedencia del adicional es que la entidad cuente con la disponibilidad presupuestaria correspondiente.

Resumiendo las ideas antes expuestas, se tiene que cuando una Entidad, a partir del análisis del caso, advierta la necesidad de una prestación adicional de obra y cuente con presupuesto para asumir su pago, tendrá que ordenarla; puesto que de lo contrario comprometería el cumplimiento de la meta de la obra principal y, con ello, la satisfacción del interés público subyacente a la contratación.

Ahora, como se anotó en el numeral precedente, la aprobación de una prestación adicional de obra, se encauza a través de un procedimiento, que supone el cumplimiento de formalidades, plazos y cargas de observancia obligatoria para las partes y sus representantes técnicos, siendo una de estas el deber del contratista de elaborar el expediente técnico del adicional en el plazo de 15 días.

Dicho esto, en relación con la consulta formulada, debe mencionarse que, si bien el contratista debe entregar el expediente técnico del adicional dentro del plazo de 15 días, el incumplimiento de dicho plazo, **podría no incidir en la necesidad de la prestación adicional para alcanzar la meta de la obra**. En tal supuesto, en la medida de que persista dicha necesidad y se cuente con el presupuesto para asumir su pago, la Entidad –**en una decisión de gestión**- podría ordenar el adicional, puesto que -en aplicación del principio de eficacia y eficiencia⁴- haría prevalecer la consecución de la meta y la satisfacción del interés público por encima del incumplimiento del referido plazo que -según el supuesto que se analiza- no resultó esencial al no comprometer la necesidad del adicional.

2.2. “En caso la supervisión y/o inspección de obra, presente su informe técnico de ratificación de la necesidad de ejecución de prestaciones adicionales de obra y/o remita la conformidad del expediente técnico adicional formulado por el contratista, fuera de los plazos legales de 05 y 10 días, respectivamente, ¿da lugar a que la entidad se pronuncie desfavorablemente sobre de la solicitud de prestación adicional de obra, por incumplimiento de los plazos legales previstos? (Sic)

Como se anotó en el desarrollo de la consulta precedente, toda vez que una Entidad, a partir del análisis del caso, advierta la necesidad de una prestación adicional de obra y cuente con presupuesto para asumir su pago, tendrá que ordenarla; puesto que de lo contrario comprometería el cumplimiento de la meta de la obra principal y, con ello, la satisfacción del interés público subyacente a la contratación.

Ahora, como se anotó en el numeral precedente, la aprobación de una prestación adicional de obra, se encauza a través de un procedimiento, que supone el cumplimiento de formalidades, plazos y cargas de observancia obligatoria para las partes y sus representantes técnicos, como -por ejemplo- el deber del supervisor o

⁴ Ley de Contrataciones del Estado, artículo 2, Principio de 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 públicos”

inspector de obra de ratificar la necesidad del adicional dentro del plazo de 05 días de realizada la anotación o de otorgar la conformidad del expediente técnico dentro del plazo de 10 días.

Al respecto debe mencionarse que, si bien el supervisor tiene el deber de cumplir con los plazos reglamentarios para la ratificación del adicional y el otorgamiento de la conformidad del expediente técnico, el incumplimiento de dichos plazos, en determinado caso, podría no revertir la necesidad que puede tener la Entidad de la prestación adicional a fin de alcanzar la meta de la obra principal. En tal supuesto, en la medida de que persista dicha necesidad y se cuente con el presupuesto para asumir su pago, la Entidad –en una decisión de gestión- podría ordenar el adicional, puesto que, en aplicación del principio de eficacia y eficiencia⁵, haría prevalecer la consecución de la meta y la satisfacción del interés público por encima del incumplimiento de los referidos plazos que –según el supuesto que se analiza- no resultaron esenciales al no comprometer la necesidad del adicional. Esta circunstancia no obsta para que se aplique contra el supervisor o inspector las consecuencias jurídicas que se deriven del incumplimiento de sus deberes reglamentarios.

2.3. “De acuerdo a la conclusión 3.2 de la Opinión N°107-2021/DTN de fecha 05 de noviembre de 2021 (...) Al respecto, ¿es necesario qué, para la formulación y nueva presentación del expediente técnico adicional de obra, se realice nuevamente la anotación de la necesidad, así como la ratificación de la misma por parte de la supervisión y/o inspección? O ¿únicamente se deberá volver a presentar el expediente técnico a la supervisión y la supervisión remitir a la entidad la conformidad respectiva?, en mérito al principio de eficiencia y eficacia que rige la contratación pública.” (Sic)

2.3.1. Como se indicó en la absolución de la primera consulta, de acuerdo con el artículo 205 del Reglamento, una vez anotada la necesidad del adicional, el contratista dispondrá de 15 días para presentar el expediente técnico del adicional de obra, siempre que el supervisor o inspector haya ratificado la necesidad del adicional. Cabe precisar que, desde el momento en que se realiza la anotación, el supervisor dispondrá de 5 días para elevar a la Entidad un informe técnico en el que manifieste su posición respecto de la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra.

Asimismo, el artículo en mención dispone que dentro de los diez (10) días siguientes de presentado el expediente técnico del adicional de obra, el inspector o supervisor remite a la Entidad la conformidad sobre el expediente técnico de obra, siempre que ello corresponda, lo cual ocurrirá cuando se verifique que dicho expediente no presenta deficiencias o incongruencias en los documentos que lo conforman y, además, que cumple con proporcionar información suficiente, coherente y técnicamente correcta.

⁵ Ley de Contrataciones del Estado, artículo 2, Principio de 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 públicos”

De acuerdo con el numeral 205.6, del artículo 205, luego de que el supervisor o inspector -según corresponda- emita su conformidad respecto del expediente técnico, elevándolo a la Entidad, esta última dispone de doce (12) días hábiles para emitir y notificar al contratista la resolución en la que se pronuncie sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra

En relación con esta etapa, esta Dirección Técnico Normativa, mediante Opinión N° 107-2021/DTN indicó: *“En caso la Entidad se pronuncie de manera desfavorable, al no encontrarse conforme respecto de la solución técnica propuesta por el contratista o considerar que dicho expediente técnico contiene deficiencias o incongruencias en los documentos que lo conforman, este último podrá reformularlo según las observaciones planteadas por la Entidad y volver a presentarlo **conforme al procedimiento establecido en el numeral 205.4 del artículo 205 del Reglamento, siempre que se mantenga la necesidad de ejecutar dicha prestación adicional**”* (El énfasis es agregado)

Como se indicó en la referida opinión, en el marco de un pronunciamiento desfavorable de la Entidad respecto de la solución técnica presentada por el contratista o por considerar que el expediente técnico tiene deficiencias o incongruencias, el contratista podrá volver a presentar el expediente técnico del adicional, **conforme al procedimiento establecido en el numeral 205.4 del artículo 205 del Reglamento**, reformulándolo según las observaciones hechas por la Entidad, **siempre que se mantenga la necesidad de ejecutar la necesidad de ejecutar la prestación adicional**. Siendo así, en este supuesto, no resultaría necesario volver a realizar la anotación ni la ratificación respecto de la necesidad del adicional; no obstante, en la medida de que se trata de un hecho relevante en la ejecución de la obra, conforme a lo dispuesto por el artículo 192 del Reglamento, sí resulta razonable que se anote en el cuaderno de obra la presentación del expediente reformulado.

2.4. “¿Puede la entidad dentro del plazo de 12 días hábiles con el que cuenta para emitir su pronunciamiento sobre la solicitud de prestación adicional de obra, formular observaciones al expediente técnico y que estas sean levantadas dentro del mismo plazo legal y luego emitir su pronunciamiento, en merito al principio de eficacia y eficiencia, al ser necesaria la ejecución de la prestación adicional y tratarse de observaciones subsanables?”

Sobre el particular, debe mencionarse que esta Dirección Técnico Normativa carece de competencias para pronunciarse respecto de situaciones particulares o casos concretos. No obstante, conforme a lo indicado en las líneas precedentes en el marco de un pronunciamiento desfavorable de la Entidad respecto de la solución técnica presentada por el contratista o por considerar que el expediente técnico tiene deficiencias o incongruencias, el contratista podrá volver a presentar el expediente técnico del adicional, **conforme al procedimiento establecido en el numeral 205.4 del artículo 205 del Reglamento**, reformulándolo según las observaciones hechas por la Entidad, **siempre que se mantenga la necesidad de ejecutar la necesidad de ejecutar la prestación adicional**.

3. CONCLUSIONES

- 3.1.** Si bien el contratista debe entregar el expediente técnico del adicional dentro del plazo de 15 días, el incumplimiento de dicho plazo, en determinado caso, podría no incidir en la necesidad de la prestación adicional para alcanzar la meta de la obra. En tal supuesto, en la medida de que persista dicha necesidad y se cuente con el presupuesto para asumir su pago, la Entidad –en una decisión de gestión- podría ordenar el adicional, puesto que -en aplicación del principio de eficacia y eficiencia- haría prevalecer la consecución de la meta y la satisfacción del interés público por encima del incumplimiento del referido plazo que -según el supuesto que se analiza- no resultó esencial al no comprometer la necesidad del adicional.
- 3.2.** Si bien el supervisor tiene el deber de cumplir con los plazos reglamentarios para la ratificación del adicional y el otorgamiento de la conformidad del expediente técnico, el incumplimiento de dichos plazos, en determinado caso, podría no revertir la necesidad que puede tener la Entidad de la prestación adicional para alcanzar la meta de la obra principal. En tal supuesto, en la medida de que persista dicha necesidad y se cuente con el presupuesto para asumir su pago, la Entidad – en una decisión de gestión- podría ordenar el adicional, puesto que -en aplicación del principio de eficacia y eficiencia- haría prevalecer la consecución de la meta y la satisfacción del interés público por encima del incumplimiento de los referidos plazos que -según el supuesto que se analiza- no resultaron esenciales al no comprometer la necesidad del adicional. Esta circunstancia no obsta para que se aplique contra el supervisor o inspector las consecuencias jurídicas que se deriven del incumplimiento de sus deberes reglamentarios.
- 3.3.** En el marco de un pronunciamiento desfavorable de la Entidad respecto de la solución técnica presentada por el contratista o por considerar que el expediente técnico tiene deficiencias o incongruencias, el contratista podrá volver a presentar el expediente técnico del adicional, **conforme al procedimiento establecido en el numeral 205.4 del artículo 205 del Reglamento**, reformulándolo según las observaciones hechas por la Entidad, **siempre que se mantenga la necesidad de ejecutar la necesidad de ejecutar la prestación adicional**. Siendo así, en este supuesto, no resultaría necesario volver a realizar la anotación ni la ratificación respecto de la necesidad del adicional; no obstante, en la medida de que se trata de un hecho relevante en la ejecución de la obra, conforme a lo dispuesto por el artículo 192 del Reglamento, sí resulta razonable que se anote en el cuaderno de obra la presentación del expediente reformulado.

Jesús María, 19 de mayo del 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.