

OPINIÓN N° 071-2023/DTN

Solicitante: Gobierno Regional de Tacna

Asunto: Aprobación de prestaciones adicionales

Referencia: Formato S/N de fecha 13.JUN.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Jaime Lizardo Carpio Camacho, Gerente General Regional del Gobierno Regional de Tacna, formula diversas consultas referidas a la aprobación de prestaciones adicionales, en el marco de 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 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 sus modificatorias.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas 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 sus modificatorias (en adelante, la “Ley”).
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento”).

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

2.1. “La resolución o acto que aprueba una prestación adicional de supervisión, es una actuación que se realiza dentro y forma parte de la ejecución de los contratos celebrados por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento?” (Sic).

2.1.1 En principio, debe indicarse que los procesos de contratación regulados en la Ley y el Reglamento se desarrollan observando ciertas etapas que, para efectos explicativos, podemos agrupar en tres grandes fases:

- Fase de actuaciones preparatorias, que comprende: i) la definición de necesidades y la formulación del requerimiento; ii) la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, iii) la realización de la indagación de mercado y posterior determinación del tipo de procedimiento de selección a convocarse; iv) la determinación del órgano a cargo del procedimiento de selección; v) la elaboración y aprobación de las Bases; entre otros actos.
- Fase de Selección, que comprende, entre otras actuaciones: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación de consultas y observaciones; iv) absolución de consultas y observaciones e integración de bases; v) presentación de ofertas; vi) calificación y evaluación de propuestas; y, vii) otorgamiento de la buena pro; y,
- Fase de Ejecución contractual, que comprende desde el perfeccionamiento del contrato respectivo hasta la conformidad y pago de las prestaciones ejecutadas, en el caso de los contratos de bienes y servicios, y con la liquidación y pago correspondiente, tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras.

Precisado lo anterior, debe indicarse que durante el transcurso de la fase de ejecución contractual puede presentarse una serie de circunstancias que impliquen una variación a las condiciones iniciales bajo las cuales se celebró el contrato, generándose la necesidad de realizar modificaciones al mismo, entre estas se encuentra, por ejemplo, la aprobación de prestaciones adicionales, cuando ello resulte indispensable para cumplir con la finalidad del contrato y se cumplan los requisitos y condiciones previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

2.2. “Teniendo en consideración lo indicado en la Opinión 99-2022/DTN y la Opinión N°111-2022/DTN, ¿La resolución o acto que aprueba una prestación adicional de supervisión puede ser declarada nula de oficio, revocada y/o dejada sin efecto en sede administrativa?” (Sic).

2.2.1 De manera preliminar, corresponde indicar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones particulares; en tal sentido, en vía de opinión, no es posible determinar qué actuaciones debe adoptar a una Entidad frente a determinadas circunstancias surgidas durante la ejecución del contrato.

Sin perjuicio de ello, se brindarán alcances de carácter general sobre los temas vinculados a vuestra consulta, como lo son la aplicación supletoria de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, a los contratos regulados por la Ley y el Reglamento.

2.2.2. Al respecto, debe indicarse que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley establece que *“La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables (...)”* (El subrayado es agregado).

Por su parte, la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento dispone que *“En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado”*. (El subrayado es agregado).

Sobre el particular, debe señalarse que la aplicación supletoria de normas implica la existencia de una normativa que, siendo aplicable a determinada relación o situación jurídica de manera obligatoria, no regula un caso o supuesto particular (norma suplida), por lo que resulta necesario recurrir a otra normativa distinta con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente (norma supletoria)¹.

- 2.2.3. No obstante, la aplicación supletoria de una norma presupone un análisis de compatibilidad; esto es, realizar un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si la naturaleza de ambas es semejante y, por tanto, si son normas compatibles.

A lo señalado debe agregarse que, mediante la Consulta Jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos ha precisado lo siguiente:

"55. El proceso de contratación, en general, consta de varias etapas, empezando por los actos preparatorios, el desarrollo del proceso de contratación y finalmente la ejecución del contrato. Durante los actos preparatorios, no hay ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. De igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación, los postores no cambian su estatus jurídico frente a la Administración, pues también son considerados como administrados.

56. Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General (...)." (El subrayado es agregado).

En relación con lo anterior, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto reglas específicas que se aplican a los contratos que suscriben las Entidades con los proveedores, dentro del ámbito de su aplicación, en el Capítulo IV del Título II de la Ley, "El Contrato y su Ejecución"², y en el Título VII del Reglamento, "Ejecución Contractual". Estas disposiciones tienen por objeto regular las relaciones contractuales que se instauran entre las Entidades y los contratistas, hasta su culminación.

- 2.2.4. En contraposición a lo señalado en el párrafo precedente, la Ley N° 27444, Ley del

¹ Entiéndase por supletoriedad la situación que implica la existencia de“(…) la norma uno, a la que le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y a la norma dos, que sí contiene una regulación para tal hecho, llamada supletoria”, las que comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Ara Editores, año 1997, Pág. 131 y 132.

² Al respecto, debe indicarse que el artículo 138 del Reglamento establece que 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.

Procedimiento Administrativo General, no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado³ y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar.

Realizadas las precisiones precedentes, debe indicarse que el Código Civil, en su Artículo IX del Título Preliminar, establece que "*Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza*"; por consiguiente, debe reconocerse la aplicación supletoria del Código Civil a los contratos celebrados por las Entidades con sus proveedores en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, en los aspectos que resulten compatibles.

Por ello, en concordancia con el criterio desarrollado en diversas opiniones⁴, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la relación contractual entre Entidad y contratista, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

Es importante mencionar que la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan la ejecución contractual, no afecta ni excluye -cuando corresponda- la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las actuaciones que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

Respecto de este último punto, cabe precisar que, si bien entre el contratista y la Entidad existe una relación de naturaleza contractual, la formación de los actos a través de los cuales esta última manifiesta sus decisiones –durante la gestión de un contrato- deben cumplir ciertos requisitos indispensables que los doten de validez.

- 2.2.5. En tal sentido, dado que tales decisiones se generan en el desempeño de prerrogativas propias de la administración, corresponde aplicar aquellas disposiciones que regulan la función administrativa del Estado. Así, por ejemplo, en el marco de una relación contractual –entre la Entidad y el contratista–, las actuaciones que debe realizar la Entidad para expresar su voluntad (sea mediante decisiones o declaraciones) a efectos de que tengan validez deben ser emitidos por el órgano facultado para ello -según su competencia-, deben expresar su respectivo objeto (que deberá ajustarse al ordenamiento jurídico), deben estar debidamente motivados, deben perseguir las finalidades de interés público⁵, entre otros aspectos, ello conforme al Principio de

³ Uno de los elementos diferenciales de la función administrativa, según Christian Guzmán Napurí, es que manifiesta una "(...) relación directa con los administrados, de tal manera que las actividades que desempeña la Administración Pública los afectan de manera directa. Asimismo, dicha función se encuentra sometida al principio de legalidad, y en especial, a la ley emanada del Parlamento (...)" (El subrayado es agregado). Un Acercamiento al Concepto de Función Administrativa en el Estado de Derecho. Revista Asociación Civil Derecho & Sociedad. Publicación N° 31. Pág. 291.

⁴ Por ejemplo, las Opiniones N° 107-2012/DTN, N° 130-2018/DTN, N° 065-2019/DTN y N° 001-2020/DTN.

⁵ "*Son requisitos de validez de los actos administrativos:*

1. *Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo*

Legalidad⁶.

Ahora bien, lo anteriormente señalado no busca afirmar que las actuaciones que adopte la Entidad durante la ejecución contractual deben considerarse actos administrativos como tal –con todos los efectos que ello implicaría–, sino más bien, reconoce que tales actos y/o decisiones se generan en el ejercicio de la función administrativa, por lo que, de manera supletoria –es decir, en aquello no regulado en la normativa de contrataciones del Estado– pueden aplicarse las reglas propias de dicha función, contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, siempre que, previo análisis de compatibilidad, se determine, entre otros aspectos, que no contravienen disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado y/o no sean incompatibles con la naturaleza de aquella figura que se pretende aplicar.

2.3. *La resolución o acto que aprueba una prestación adicional de supervisión debido a variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, cuyo monto supera el 15% del monto contractual original, y que cuenta con opinión desfavorable por parte de la Contraloría General de la República para su ejecución y pago, por no cumplir la finalidad del contrato, o no ser considerada dentro de la definición de prestación adicional de supervisión (según la Contraloría General de la República). ¿Es una actuación que, se realiza dentro y forma parte de la ejecución de los contratos celebrados por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento?*

De conformidad con lo señalado al absolver la primera consulta, debe indicarse que durante el transcurso de la fase de ejecución contractual puede presentarse una serie de circunstancias que impliquen una variación a las condiciones iniciales bajo las cuales se celebró el contrato, generándose la necesidad de realizar modificaciones al mismo, entre estas se encuentra, por ejemplo, la aprobación de prestaciones adicionales (tanto aquellas menores como mayores al 15% del monto del contrato de supervisión original), cuando ello resulte indispensable para cumplir con la finalidad del contrato y se cumplan los requisitos y condiciones previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación”

⁶ “Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

2.4. De acuerdo a la consulta anterior, aquella misma resolución o acto que aprueba una prestación adicional de supervisión en tales condiciones. ¿Puede ser declarada nula de oficio, revocada y/o dejada sin efecto, en sede administrativa?

2.4.1. Sobre el particular, cabe anotar que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar.

Por ende, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la relación contractual entre Entidad y contratista, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, dada su naturaleza, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

En relación con lo anterior, cabe anotar que, esto último no afecta ni excluye, cuando corresponda, la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las actuaciones internas que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

Así, por ejemplo, en el marco de una relación contractual –entre la Entidad y el contratista–, las actuaciones que debe realizar la Entidad para expresar su voluntad (sea mediante decisiones o declaraciones) a efectos de que tengan validez deben ser emitidos por el órgano facultado para ello –según su competencia–, deben expresar su respectivo objeto (que deberá ajustarse al ordenamiento jurídico), deben estar debidamente motivados, deben perseguir las finalidades de interés público, entre otros aspectos, ello conforme al Principio de Legalidad.

2.5. “¿Es posible aplicar la Ley N°27444 a la resolución o acto que aprueba una prestación adicional de supervisión, cuyo monto supera el 15% del monto contractual original, y que cuenta con opinión desfavorable por parte de la Contraloría General de la República para su ejecución y pago por no cumplir la finalidad del contrato o no ser considerada dentro de la definición de prestación adicional de supervisión (según la Contraloría General de la República), a efectos que el Titular de la Entidad en sede administrativa, de oficio la declare nula? (Sic).

2.5.1. Al respecto, debe reiterarse que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, **no** regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar.

Por tanto, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la relación contractual entre Entidad y contratista, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, dada su naturaleza, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual. Cabe precisar que, esto último no afecta ni excluye –cuando corresponda– la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las actuaciones internas que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual

bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General no regula relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común.
- 3.2 Ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la relación contractual entre Entidad y contratista, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, dada su naturaleza, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual. Esto último no afecta ni excluye -cuando corresponda- la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las actuaciones que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.3 Si bien entre el contratista y la Entidad existe una relación de naturaleza contractual, la formación de los actos a través de los cuales esta última manifiesta sus decisiones – durante la gestión de un contrato- deben cumplir ciertos requisitos indispensables que los doten de validez. En ese sentido, dado que tales decisiones se generan en el desempeño de prerrogativas propias de la administración, corresponderá, en dicho caso, aplicar supletoriamente aquellas disposiciones que regulan la función administrativa del Estado.

Jesús María, 11 de julio de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/.