

OPINIÓN N° 081-2022/DTN

Entidad: Consorcio Adú

Asunto: Representación en el marco de la ejecución del contrato

Referencia: Formulario S/N de fecha 07.SEP.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal del Consorcio Adú, señor Gilmar Edilberto Muguerza Montoya, formula una consulta sobre la representación en el marco de la ejecución de un contrato de obra, para efectos de efectuar modificaciones contractuales.

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 sus modificatorias; 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 sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

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

- 2.1. “¿Es posible que el Representante Legal del Contratista otorgue poder expreso y suficiente a favor del Residente de Obra para que en su representación solicite la ampliación de plazo, en aplicación del numeral 126.1 del artículo 126° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente a los contratos de obra pública?” (Sic).

2.1.1. En principio, es pertinente señalar —como se indica en los antecedentes de la presente Opinión—, 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, es competencia del OSCE absolver las consultas referidas a las disposiciones que comprende la normativa de contrataciones del Estado¹.

En relación con lo señalado en el párrafo precedente, debe aclararse que el OSCE no es competente para indicar lo que una persona de derecho privado debe hacer —o no— en lo que respecta a otorgar facultades o poderes en el marco de los contratos de los cuales es parte. Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el literal n) del artículo 52 de la Ley, a continuación se brindarán alcances generales respecto al tratamiento establecido en la normativa de contrataciones del Estado para las solicitudes de ampliación de plazo de ejecución contractual.

2.1.2. Realizadas las precisiones anteriores, corresponde señalar que de conformidad con el numeral 34.9 del artículo 34 de la Ley, *“El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento”*.

Al respecto, para el caso de contratos de ejecución de obras, el artículo 197 del Reglamento establece lo siguiente: *“El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a su voluntad, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación: a) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuible al contratista. b) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. (...). c) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados, en contratos a precios unitarios”*.

Aunado a ello, el artículo 198 del Reglamento establece el procedimiento para la ampliación de plazo, en el marco de los contratos de ejecución de obra, en los siguientes términos:

*“198.1. Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, el contratista, por intermedio de su residente anota en el cuaderno de obra, el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo y de ser el caso, el detalle del riesgo no previsto, señalando en su efecto y los hitos afectados o no cumplidos. Tratándose de mayores metrados en contratos a precios unitarios, el residente anota en el cuaderno de obra el inicio de la causal, luego de la conformidad emitida por el supervisor, y el final de esta a la culminación de los trabajos. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, **el contratista o su representante legal** solicita, cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, con copia a la Entidad,*

¹ La normativa de contrataciones del Estado está conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las demás disposiciones de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.

(...)

198.6. *Cuando se trate de circunstancias que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que es debidamente acreditado y sustentado por **el contratista de obra**, y no se haya suspendido el plazo de ejecución contractual, **el contratista puede solicitar** y la *Entidad otorgar ampliaciones de plazo parciales*, a fin de permitir que el contratista valore los gastos generales por dicha ampliación de parcial, **para cuyo efecto se sigue el procedimiento antes señalado**". (El resaltado y subrayado son agregados).*

De las disposiciones señaladas se desprende que las ampliaciones de plazo de ejecución contractual de los contratos de ejecución de obra deben ser solicitadas **por el contratista o su representante legal**, y solo resultan procedentes cuando dicha solicitud es motivada por una situación o circunstancia ajena a su voluntad que modifique la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de su presentación, conforme se establece en el Reglamento. Cabe añadir que la procedencia para las solicitudes de ampliación de plazo exige que se cumpla con el procedimiento establecido en el artículo 198 del Reglamento para tales efectos.

2.1.3. Por otra parte, es importante indicar que la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento establece que, "*En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado*".

Sobre el particular, debe indicarse 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)².

Aunado a ello, debe indicarse que la aplicación supletoria de una norma presupone un análisis de compatibilidad; es decir, debe realizarse 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.

En tal sentido, la aplicación supletoria de normas de derecho público o derecho privado a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado presupone realizar un análisis comparativo para determinar si estas normas resultan compatibles o no.

2.1.4. En virtud de lo expuesto, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, un contrato es un acuerdo de voluntades a través del cual tanto la Entidad como el proveedor buscan satisfacer su respectivo interés; en este aspecto no existe mayor diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados, salvo por el

² Al respecto, Neves (1997) indica que por supletoriedad se entiende a 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, J. (1997) *Introducción al Derecho del Trabajo*, Lima – Perú, Ara Editores, págs. 131 – 132.

hecho que la Entidad representa el interés público y, por ende, goza de potestades especiales que le permiten, por ejemplo, —entre otros supuestos de modificación contractual— evaluar y determinar si aprueba y concede ampliaciones de plazo.

A esto, debe aunarse que mediante la Consulta Jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR, la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos precisa 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 y resaltado son agregados).*

Al respecto, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto las reglas específicas que se aplican a los contratos “administrativos”³ celebrados por las Entidades Públicas con los proveedores, en el Capítulo IV del Título II de la Ley, “El Contrato y su Ejecución”, y en el Título VI del Reglamento, “Ejecución Contractual”. Estas disposiciones tienen por objeto regular las relaciones contractuales que se instauran entre las Entidades y los proveedores o contratistas, desde los requisitos y procedimiento para el perfeccionamiento de los contratos, hasta su culminación.

En sentido opuesto a lo señalado en el párrafo precedente, 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 Estado⁴ y el procedimiento administrativo común, tal como lo

³ Al respecto, Juan Carlos Cassagne indica que “*En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.)*”. (El subrayado es agregado).

CASSAGNE, J.C. (2005) *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, pág. 21.

⁴ 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*

establece el Artículo II de su Título Preliminar⁵.

Teniendo claro lo anterior, corresponde señalar que el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil 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 tanto, las disposiciones del Código Civil son aplicables supletoriamente 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 consiguiente, y en concordancia con los criterios desarrollados en las Opiniones N° 130-2018/DTN y N° 107-2012/DTN, debe señalarse que ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado respecto de la **ejecución contractual, deberá recurrirse, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que sean compatibles**, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual⁶.

2.1.5. Desarrollados los alcances previos, y continuando el análisis en el marco de los contratos de ejecución de obra celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, debe indicarse que dicha normativa establece que las solicitudes de ampliación de plazo las debe realizar el contratista ejecutor de obra o su representante legal; al respecto debe añadirse que la normativa de contrataciones del Estado no contiene disposiciones que regulen los poderes de representación que pueden otorgar los contratistas en relación con las solicitudes de ampliación de plazo, de acuerdo con lo señalado en el procedimiento establecido en el artículo 198 del Reglamento. De esta forma —y conforme se ha desarrollado—, corresponde que se apliquen las disposiciones del Código Civil que regulan la representación.

Así, el artículo 145 del Código Civil establece que “*El acto jurídico puede ser*

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).

GUZMAN, N. (2008) *Un Acercamiento al Concepto de Función Administrativa en el Estado de Derecho*, Lima – Perú, Revista Asociación Civil Derecho & Sociedad, Núm. 31, pág. 291.

⁵ “Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.

3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley”.

⁶ En relación con lo señalado, la Opinión N° 130-2018/DTN aclara que “(...) la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regula la ejecución contractual, 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 expresar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado”.

realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. // La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley”. Al respecto, el artículo 155 del Código Civil establece que “*El poder general solo comprende los actos de administración. // El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido*”. Asimismo, los artículos 157 y 158 del Código Civil establecen que:

“157.- El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.

158.- El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto. // El representado puede accionar directamente contra el sustituto”.

En relación con ello, Ignacio Galindo menciona lo siguiente “*(...) el poder o “apoderamiento”, como suele llamarse, es de diversa naturaleza, según se trate de la investidura al representante o apoderado para actos de administración o conversión de los bienes o hechos del representado. // Por lo tanto, el facultamiento o conjunto de facultades que corresponden, fija la naturaleza y contenido de la representación, según que se trate del otorgamiento de facultades para disponer de los bienes de aquél y se distingue entre actos de dominio, de administración o de conservación de los bienes o derechos de la persona representada. (...) En otras palabras, la representación como se ha dicho, es el otorgamiento (por convenio o por ley) de facultades al representante. En tanto el apoderamiento fija la naturaleza y límites de ejercicio de la representación”*⁷. (El resaltado es agregado).

- 2.1.6. Así, la presente consulta solicita que se indique si es posible que el representante legal del contratista ejecutor de obra puede investir al residente de obra con un poder de representación para efectos de que solicite la ampliación de plazo de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 198 del Reglamento.

Al respecto, es pertinente señalar que el artículo 179 del Reglamento dispone expresamente que “**Por su sola designación, el residente representa al contratista como responsable técnico de la obra, no estando facultado a pactar modificaciones al contrato**” (el resaltado y subrayado son añadidos). En definitiva, el residente de obra, **por su sola designación no tiene facultades suficientes para realizar la solicitud de ampliación de plazo que prevé el artículo 198 del Reglamento**; no obstante lo señalado, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no impide que el residente de obra pueda ser investido con facultades de representación para efectos de pactar modificaciones contractuales.

Ahora bien, las disposiciones del Código Civil han establecido que, en el marco de una representación legal, el “representante” puede sustituirse cuando se le haya facultado expresamente dicha posibilidad; así, el “representante” puede sustituirse

⁷ GALINDO, I (2002) *Representación, Mandato y Poder*, Lima – Perú, Revista de Derecho Privado, Nueva Época, págs. 20-21.

en la persona que se le designó o en una persona a su elección, cuando se le hubiese concedido la facultad de nombrarlo, en cuyo caso será responsable por incurrir en culpa inexcusable en la elección. Siendo así, es posible que el representante legal del contratista ejecutor de obra pueda sustituirse en otra persona para efectos de pactar modificaciones contractuales, para lo cual será necesario observar el cumplimiento de las disposiciones que regulan los poderes de representación.

Al respecto, debe tenerse en consideración que el poder de representación contiene las características, límites y extensión de las facultades conferidas al apoderado, a efectos de establecer las actuaciones que éste puede realizar a nombre del representado —entre otras, la posibilidad de sustituir al representante—; por tanto, las facultades de representación y sus alcances deben desprenderse indubitablemente del propio contenido y sentido del poder. En ese sentido, el órgano encargado de las contrataciones deberá revisar de manera integral los alcances del poder de representación, a efectos de determinar si dicha persona cuenta con las facultades de representación suficientes para pactar modificaciones al contrato a nombre del contratista ejecutor de obra.

En conclusión, es posible que el representante legal del contratista ejecutor de obra pueda sustituirse en otra persona a efectos de presentar solicitudes de ampliación de plazo en el marco de la ejecución de un contrato, en cuyo caso deben observarse el cumplimiento de las normas del Código Civil que regulan los poderes de representación y la sustitución del representante.

2.2. “¿Es posible que el Representante Legal del Contratista, previo a la decisión de la Entidad respecto a la ampliación de plazo, se ratifique con efectos retroactivos en la solicitud de ampliación de plazo suscrita por el Residente de Obra, en aplicación del artículo 162° del Código Civil, aplicable supletoriamente a los contratos de obra pública?” (Sic).

2.2.1. Como se indicó al absolver la consulta anterior, para la fase de ejecución contractual resultan aplicables, supletoriamente, las normas del Código Civil, siendo necesario, para dicha aplicación supletoria, un previo análisis de compatibilidad; esto es, realizar una comparación entre la norma a ser suplida (en este caso, la normativa de contrataciones del Estado) y la norma supletoria (las disposiciones del Código Civil), a fin de determinar dicha compatibilidad.

2.2.2. Precisado lo anterior, debe indicarse —como ya se hizo anteriormente— que **el artículo 198 del Reglamento establece el procedimiento** para formular una solicitud, evaluación y aprobación de una ampliación de plazo de ejecución contractual en el marco de los contratos de ejecución de obra. Debe precisarse que la sola presentación de la solicitud de ampliación de plazo no genera una modificación en el plazo de ejecución del contrato, sino que **su procedencia y aprobación se encuentra sujeta a cumplir con todos los requisitos y condiciones del procedimiento y a la evaluación que realiza la Entidad**, quien finalmente decide si aprueba —o no— dicha solicitud⁸.

⁸ La consulta 2 hace referencia al artículo 162 del Código Civil que establece: “En los casos previstos por el artículo 161, **el acto jurídico** puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración”. (El resaltado y subrayado son agregados). La solicitud de ampliación de plazo no es un acto jurídico, puesto que su sola presentación no crea,

2.2.3. Al respecto, debe indicarse que dicho procedimiento establece expresamente que **es el contratista o su representante legal quien debe solicitar, cuantificar y sustentar su solicitud de ampliación de plazo** ante el inspector o supervisor dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia que se invoca para formular dicha solicitud; por lo cual, en aplicación de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, la solicitud de ampliación de plazo sólo puede ser formulada por el contratista ejecutor de obra o una persona que cuente con el poder de representación suficiente para tales efectos al momento de la presentación de la solicitud.

En conclusión, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 198 del Reglamento, las solicitudes de ampliación de plazo solo pueden ser formuladas por el contratista ejecutor de obra o una persona que cuente con el poder de representación suficiente para tales efectos al momento de la presentación de la solicitud.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Es posible que el representante legal del contratista ejecutor de obra pueda sustituirse en otra persona a efectos de presentar solicitudes de ampliación de plazo en el marco de la ejecución de un contrato, en cuyo caso deben observarse el cumplimiento de las normas del Código Civil que regulan los poderes de representación y la sustitución del representante.
- 3.2. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 198 del Reglamento, las solicitudes de ampliación de plazo solo pueden ser formuladas por el contratista ejecutor de obra o una persona que cuente con el poder de representación suficiente para tales efectos al momento de la presentación de la solicitud.

Jesús María, 29 de septiembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS

modifica, regula o extingue una relación jurídica. La presentación de la solicitud de ampliación de plazo por parte del contratista o su representante es un hecho que tiene efectos jurídicos en la medida que es un requisito del procedimiento previsto en el artículo 198 del Reglamento.