

OPINIÓN N° 087-2022/DTN

Entidad: Consorcio Aguas de Manchay
Asunto: Procedencia de la ejecución de prestaciones adicionales de obra
Referencia: Formulario de Solicitud de Consulta recibido el 23.SET.2022

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante legal del Consorcio Aguas de Manchay formula varias consultas sobre el pronunciamiento de la Entidad respecto de la procedencia de la ejecución de 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 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, 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 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. *“¿El pronunciamiento que debe emitir la Entidad respecto a la prestación adicional, dentro del plazo establecido en el Art. 205.6 del RLCE, independientemente de que sea favorable total o parcialmente, o desfavorable, tiene que ser mediante una resolución?” (Sic).*

2.1.1. En principio, debe mencionarse que el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley establece que el contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii)

autorización de ampliaciones de plazo, y iv) otros contemplados en la Ley y el Reglamento.

- 2.1.2. Ahora bien, respecto de las prestaciones adicionales de obra, los numerales 34.4 y 34.5 del artículo 34 de la Ley establecen que, excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, precisando que, en este caso, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

En adición a ello, el artículo 205 del Reglamento establece que *“Solo procede la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con **la resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución** y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original”*. Asimismo, el numeral 205.6 del artículo 205 establece que *“En el caso que el inspector o supervisor emita la conformidad sobre el expediente técnico presentado por el contratista, **la Entidad** en un plazo de doce (12) días hábiles **emite y notifica al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra**. La demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, puede ser causal de ampliación de plazo”*. (El resaltado y subrayado son agregados).

Como puede advertirse, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido —entre otros aspectos— las formalidades que deben cumplirse para la procedencia de prestaciones adicionales de obra; así, ha establecido que el pronunciamiento de la Entidad sobre la procedencia de dichos adicionales debe realizarse mediante resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución.

- 2.1.3. Sobre el particular, es importante aclarar que la ejecución de prestaciones adicionales son un supuesto de modificación del contrato, es decir, es una situación que se produce durante la fase de ejecución contractual.

Este Organismo Técnico Especializado ha señalado en sendas opiniones¹ que a la fase de ejecución de los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, le son aplicables las disposiciones previstas en la mencionada normativa y, supletoriamente, las normas del Código Civil y no las disposiciones de la Ley N° 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General” (LPAG) puesto que éstas últimas son incompatibles con la lógica contractual. Dicha situación, sin embargo, no excluye —cuando corresponde— la aplicación de las disposiciones de la LPAG 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.

¹ A mayor abundamiento se recomienda revisar las Opiniones N° 081-2022/DTN, N° 130-2018/DTN y N° 107-2012/DTN.

2.2. “¿La discrepancia que pueda tener el Supervisor respecto a la cuantificación económica de una o más partidas o respecto a los gastos generales considerados en el expediente técnico de la prestación adicional presentada por el Contratista es causal suficiente para denegar la aprobación de la prestación adicional propuesta?” (Sic).

2.2.1. De manera previa, es pertinente señalar que el OSCE tiene competencia para emitir pronunciamiento respecto del sentido y alcance de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado. Así, los alcances que se desarrollan a continuación no pretenden referirse a una situación concreta y particular para determinar la forma en que una Entidad debe pronunciarse respecto de las prestaciones adicionales en el marco de un contrato de ejecución de obra; la aprobación de la ejecución de dichas prestaciones adicionales exigen que se cumplan con requisitos, condiciones y un procedimiento que implica la evaluación por parte de la Entidad, aspectos que corresponden ser verificados en el caso particular que es materia de análisis.

2.2.2. Aclarado lo anterior, sobre la evaluación técnica y económica de las prestaciones adicionales de obra, el artículo 205 del Reglamento —mencionado anteriormente— establece lo siguiente:

“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 cinco (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, adjuntando 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 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.**

205.5. **De existir partidas cuyos precios unitarios no están previstos en el presupuesto de obra, se adjunta al expediente técnico de obra el documento del precio unitario pactado con el contratista ejecutor de la obra. El acuerdo de precios se realiza entre el residente y el supervisor o el inspector, el cual es remitido a la Entidad para su aprobación como parte del presupuesto de la prestación adicional de obra.**

205.6. **En el caso que el inspector o supervisor emita la conformidad sobre el expediente técnico presentado por el contratista, la Entidad en un plazo de doce (12) días hábiles emite y notifica al contratista la resolución mediante la que se**

pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. La demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, puede ser causal de ampliación de plazo.

205.7. A efectos de aprobar la ejecución del adicional de obra la Entidad cuenta con el informe de viabilidad presupuestal y la opinión favorable sobre la solución técnica propuesta en el expediente técnico presentado por el contratista. Para emitir una opinión técnica sobre la solución técnica propuesta, la Entidad solicita el pronunciamiento del proyectista, de no contarse con dicho pronunciamiento o siendo negativo este, el órgano de la entidad responsable de la aprobación de los estudios emite la opinión correspondiente.

(...)

205.9. En los contratos de obra, los presupuestos adicionales de obra se formulan con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual se realiza el análisis correspondiente teniendo como base o referencia el análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, se incluye la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente”.

Como se advierte, luego de haberse hecho la anotación de la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra, y siempre que esta haya sido ratificada por el supervisor o inspector, según corresponda, el contratista ejecutor de obra debe presentar **el expediente técnico del adicional de obra**, el cual incluye —entre otra información— los presupuestos adicionales de obra, los que se formulan con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios del adicional, para lo cual se realiza el análisis correspondiente sobre la base del análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado; en el caso en que existan partidas cuyos precios unitarios no están previstos en el presupuesto de obra (del contrato original), se adjunta al expediente técnico el documento del precio unitario pactado entre el residente y el supervisor o inspector, según corresponda, para que este sea **remitado a la Entidad para su aprobación como parte del presupuesto de la prestación adicional de obra.**

2.2.3. Al respecto, es pertinente señalar que **el expediente técnico del adicional debe contar con la conformidad del inspector o supervisor**; a partir de la emisión de dicha conformidad, la Entidad tiene un plazo de doce (12) días hábiles para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra.

Sobre este punto, es importante tener presente que el inspector o supervisor, conforme al ejercicio de sus funciones, debe revisar el expediente técnico del adicional de obra formulado por el contratista, por tanto, a partir de dicha revisión podría advertir deficiencias o incongruencias en los documentos que conforman dicho expediente. Siendo así, el inspector o supervisor, solo podrá emitir la conformidad del expediente técnico del adicional de obra cuando luego de efectuada la revisión correspondiente no advierta deficiencias o incongruencias en los documentos que lo conforman.

Cabe señalar que, si bien el Reglamento no ha contemplado expresamente la posibilidad de realizar observaciones al expediente técnico del adicional de obra, el supervisor o inspector, como responsable de velar por la correcta ejecución técnica de la obra, en el ejercicio de sus funciones —en aplicación del Principio de Eficacia y Eficiencia— y sin menoscabo de la obligación del contratista de elaborar diligentemente el expediente técnico del adicional, puede formular observaciones a dicho expediente cuando advierta deficiencias o incongruencias en los documentos que lo conforman, debiendo detallar el sentido de cada una de estas a efectos de que el contratista pueda efectuar las correcciones pertinentes y presentar nuevamente el expediente técnico del adicional corregido; tales observaciones deben formularse dentro del plazo de diez (10) días que el supervisor o inspector tiene para dar conformidad sobre el expediente técnico de obra y en tanto dichas observaciones no sean corregidas, no podrá emitirse la conformidad².

- 2.2.4. Aunado a lo anterior, para que la Entidad pueda emitir un pronunciamiento favorable respecto del adicional de obra, **además** de la conformidad del expediente técnico del adicional por parte del inspector o supervisor, (la Entidad) debe contar con la opinión favorable sobre la solución técnica propuesta en el expediente técnico presentado por el contratista, para ello solicita el pronunciamiento del proyectista, en su defecto, el órgano de la Entidad responsable de la aprobación de los estudios emite la opinión correspondiente.

Cabe señalar que, si la Entidad se pronuncia 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.

- 2.2.5. Como se advierte, para que el expediente técnico del adicional de obra, que es presentado por el contratista, proceda a ser evaluado por la Entidad para que esta emita su pronunciamiento respecto de la procedencia de ejecutar la prestación adicional de obra, **(el expediente) debe contar con la conformidad del inspector o supervisor**, según corresponda. La sola conformidad del expediente del adicional por parte del inspector o supervisor no implica que la Entidad se pronuncie a favor de la ejecución del adicional (de manera automática); sino que, además, debe contar con la opinión favorable sobre la solución técnica propuesta en el expediente técnico presentado por el contratista, para lo cual solicita el pronunciamiento del proyectista o, de no contarse con este o si es negativo, el órgano de la entidad responsable de la aprobación de los estudios debe emitir la opinión correspondiente.

- 2.3. *“¿La discrepancia que pueda tener la Entidad respecto a la cuantificación económica de una o más partidas o respecto a los gastos generales considerados en el expediente técnico de la prestación adicional presentada por el Supervisor conforme al Art. 205.4 y 205.6 del RLCE, es causal suficiente que la Entidad deniegue la aprobación de la prestación adicional?”*

² Para mayor abundamiento sobre este punto se recomienda revisar la Opinión N° 107-2021/DTN.

2.3.1. Como se señaló al absolver la consulta anterior, dentro de los quince (15) días siguientes de la anotación en el cuaderno de obra de la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra, y siempre que dicha necesidad haya sido ratificada por el inspector o supervisor, según corresponda, **el contratista ejecutor de obra debe presentar el expediente técnico del adicional de obra.**

2.3.2. Aclarado ello, debe reiterarse que, para que el expediente técnico del adicional de obra, que es presentado por el contratista, proceda a ser evaluado por la Entidad para que esta emita su pronunciamiento respecto de la procedencia de ejecutar la prestación adicional de obra, (el expediente) debe contar con la conformidad del inspector o supervisor, según corresponda. La sola conformidad del expediente del adicional por parte del inspector o supervisor no implica que la Entidad se pronuncie a favor de la ejecución del adicional (de manera automática); sino que, además, debe contar con la opinión favorable sobre la solución técnica propuesta en el expediente técnico presentado por el contratista, para lo cual solicita el pronunciamiento del proyectista o, de no contarse con este o si es negativo, el órgano de la entidad responsable de la aprobación de los estudios debe emitir la opinión correspondiente.

2.4. *“Siendo que es facultad de la Entidad denegar una prestación adicional por no encontrar conforme la solución técnica propuesta por el Contratista, y que esto puede llevar a un proceso de demoras indefinidas en la aprobación de la prestación adicional se consulta. ¿Al emitir su pronunciamiento, la Entidad se encuentra obligada a establecer de manera clara y precisa la norma técnica o legal en la que sustenta su discrepancia respecto a la solución técnica propuesta por el Contratista y los requerimientos de sustento que la Entidad requiere, o bastaría con una declaración general de la Entidad que indique que los sustentos no son adecuados o que no son suficientes?”*

2.4.1. Corresponde precisar que el OSCE no tiene competencia para determinar el contenido del sustento del pronunciamiento de la Entidad respecto de la procedencia de la ejecución de prestaciones adicionales de obra, toda vez que ello depende de los elementos propios del caso concreto que es materia de análisis.

2.4.2. Sin perjuicio de ello, como se indicó anteriormente, además de la conformidad del expediente técnico del adicional por parte del inspector o el supervisor, según corresponda, le Entidad debe contar con la opinión favorable sobre la solución técnica propuesta, para lo cual solicita el pronunciamiento del proyectista o, de no contarse con este o si es negativo, el órgano de la entidad responsable de la aprobación de los estudios debe emitir la opinión correspondiente. De esta manera, el pronunciamiento de la Entidad respecto de la procedencia de ejecutar una prestación adicional de obra —así como toda actuación o decisión en el marco de un proceso de contratación— debe encontrarse debidamente sustentada.

2.4.3. De esta forma, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido cuál debe ser el contenido de la resolución que la Entidad emite para pronunciarse sobre la procedencia de ejecutar prestaciones adicionales de obra. Sin embargo, dicho pronunciamiento —así como toda actuación o decisión en el marco de un proceso de contratación, lo que incluye la ejecución del contrato— debe encontrarse debidamente sustentada, considerando, de ser el caso, las observaciones

que pudiera tener respecto al expediente técnico del adicional o la solución técnica propuesta a fin que el contratista pueda reformularlos.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La normativa de contrataciones del Estado ha establecido —entre otros aspectos— las formalidades que deben cumplirse para la procedencia de prestaciones adicionales de obra; así, se ha establecido que el pronunciamiento de la Entidad sobre la procedencia de dichos adicionales debe realizarse mediante resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución.
- 3.2. El pronunciamiento de la Entidad sobre la procedencia de una prestación adicional de obra requiere que el inspector o supervisor haya dado conformidad al expediente técnico del adicional de obra presentado por el contratista y que el proyectista u órgano competente de la Entidad haya emitido opinión favorable a la solución técnica propuesta. De haber discrepancias cabe la reformulación por parte del contratista con la finalidad de un pronunciamiento favorable por parte de la Entidad.
- 3.3. Se advierte que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido cuál debe ser el contenido de la resolución que la Entidad emite para pronunciarse sobre la procedencia de ejecutar prestaciones adicionales de obra. Sin embargo, dicho pronunciamiento —así como toda actuación o decisión en el marco de un proceso de contratación, lo que incluye la ejecución del contrato— debe encontrarse debidamente sustentada, considerando, de ser el caso, las observaciones que pudiera tener respecto al expediente técnico del adicional o la solución técnica propuesta a fin que el contratista pueda reformularlos.

Jesús María, 20 de octubre de 2022



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.10.2022 17:56:46 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS/.