

OPINIÓN N° 090-2019/DTN

Entidad: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Asunto: Prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%) del monto del contrato original

Referencia: Oficio N° 1041-2019-JUS/OGA recibido el 24.ABR.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Jefa de la Oficina General de Administración del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos formula diversas consultas sobre las prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

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 acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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 modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente hasta el 29 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. "¿Se indique en qué plazo la Entidad deberá definir si existe o no la necesidad para ejecutar la prestación adicional de obra, y cuál es el plazo para notificar dicha definición al contratista (numeral 175.2 del artículo 175 del anterior RLCE);**

ello considerando, que de existir la necesidad de ejecutar la prestación adicional, se proseguirá con el procedimiento de aprobación; por el contrario, de no existir la necesidad, se denegará la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional y consecuentemente también de la ejecución de la prestación adicional?" (Sic.).

- 2.1.1. En primer lugar, conforme a los antecedentes de la presente Opinión, 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, es competencia del OSCE absolver consultas respecto a las disposiciones que comprende la normativa de contrataciones del Estado.
- 2.1.2. Sobre el particular, es importante señalar que, en el caso de obras, el primer párrafo del numeral 34.3 del artículo 34 de la Ley otorga a la Entidad -y solo a ella- la potestad de ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados¹, siempre que respondan a la finalidad del contrato original.

El numeral 175.1 del artículo 175 del Reglamento, desarrolla la referida "potestad" de la Entidad y precisa 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 normativa del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con 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"*. (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, la normativa ha previsto determinados requisitos que deben cumplirse antes de la aprobación de una prestación adicional de obra.

- 2.1.3. Al respecto, el numeral 175.2 del artículo 175 del Reglamento establece que *"La necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra debe ser 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, debe comunicar 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 o del riesgo que haya generado la necesidad de ejecutar la prestación adicional"*. (El subrayado es agregado).

¹ Resulta pertinente identificar el criterio desarrollado en la Opinión N° 208-2016/DTN que define los "presupuestos deductivos vinculados" como aquella valoración económica o costo de las prestaciones de obra que, habiendo estado consideradas inicialmente en el contrato original, ya no se ejecutarán, al haber sido sustituidas por las prestaciones adicionales de obra a las que se vinculan directamente. Un ejemplo de ello se presenta cuando en el presupuesto contratado existe una partida para la construcción de una pared y se modifica directamente por la aprobación de prestaciones adicionales para la construcción de una puerta en dicho espacio, generándose la sustitución de la primera por la segunda al estar directamente vinculadas.

De esta manera, la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra por el inspector o supervisor o por el contratista (a través de su residente de obra) para poner en conocimiento de la otra parte las circunstancias que la originan y, de ser el caso, para que la Entidad determine la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra.

Posteriormente, la Entidad, en ejercicio de su "potestad" -legalmente conferida- de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, dispone su ejecución en caso lo considere conveniente, para lo cual emite y notifica al contratista la resolución en la que se consigna su decisión².

- 2.1.4. Así, la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra ha sido conferida exclusivamente a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público, así, de considerar que la ejecución de dichos adicionales resulta conveniente y ajustada a ley, ordena su realización mediante la emisión y notificación al contratista de la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra.

En esa medida, tal resolución es la única comunicación que realiza la Entidad al contratista sobre la procedencia o necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra, según lo dispuesto en el artículo 175 del Reglamento.

En consecuencia, en relación con las prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%) del monto del contrato original, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que la Entidad esté obligada a realizar alguna notificación, al contratista, con anterioridad a la resolución que ordena la ejecución de la prestación adicional de obra.

2.2. "¿Se indique en qué plazo la Entidad deberá definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra estará a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del Inspector o Supervisor? (Sic.)."

- 2.2.1. De conformidad con lo indicado al absolver la consulta anterior, la potestad de la Entidad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales responde al reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra con los proveedores³ que le ha conferido la ley.

- 2.2.2. Ahora bien, el artículo 175 del Reglamento establece el procedimiento para la aprobación de prestaciones adicionales de obra, precisando, entre otras cuestiones, las actuaciones de los sujetos que deben intervenir para tal efecto.

² Para tal efecto, es necesario que -previamente- se de cumplimiento al procedimiento previsto en el artículo 175 del Reglamento.

³ Siguiendo a Manuel de la Puente, esta potestad respondería al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el que subyace a las contrataciones del Estado– en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. 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.

Así, el numeral 175.2 del referido dispositivo señala que *"La necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra debe ser 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, debe comunicar a la Entidad la anotación realizada, adjuntando un informe técnico que sustente su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional (...)"*.

Asimismo, en caso la Entidad determine que es necesario elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra, el numeral 175.4 del citado artículo establece que *"La Entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra está a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del inspector o supervisor, (...). Para dicha definición, la Entidad debe tener en consideración la naturaleza, magnitud, complejidad, entre otros aspectos relevantes de la obra principal, así como la capacidad técnica y/o especialización del inspector o supervisor, cuando considere encargarle a este la elaboración del expediente técnico".⁴*

En ese orden de ideas, luego de notificada la procedencia del adicional, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la Entidad tiene que definir si la elaboración del expediente técnico del adicional de obra se encontrará a su cargo -por el inspector o supervisor, según corresponda-, o a cargo de un consultor externo; para lo cual se debe tener en consideración la naturaleza, magnitud, complejidad, entre otros aspectos relevantes de la obra principal, así como la capacidad técnica y/o especialización del inspector o supervisor, cuando considere encargarle a éste la elaboración del expediente técnico.

- 2.2.3. Precisado lo anterior, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto ningún plazo para que la Entidad determine quién tendrá a cargo la elaboración del expediente técnico de adicional de obra; no obstante, independientemente de a quién decida encargar su elaboración, dicha decisión deberá tomarse atendiendo los Principios de Eficacia y Eficiencia que rigen las contrataciones públicas a efectos de satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra ha sido conferida exclusivamente a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público, así, de considerar que la ejecución de dichos adicionales resulta conveniente y ajustada a ley, ordena su realización mediante la emisión y notificación al contratista de la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra.
- 3.2. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que la Entidad esté obligada a realizar alguna notificación, al contratista, con anterioridad a la

⁴ El Reglamento vigente desde el 30 de enero de 2019 dispone, en el artículo 205, que el expediente del adicional lo elabora el contratista.

resolución que ordena la ejecución de la prestación adicional de obra.

- 3.3. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto ningún plazo para que la Entidad determine quién tendrá a cargo la elaboración del expediente técnico de adicional de obra; no obstante, independientemente de a quién decida encargar su elaboración, dicha decisión deberá tomarse atendiendo los Principios de Eficacia y Eficiencia que rigen las contrataciones públicas a efectos de satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

Jesús María, 4 de junio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

TAM.