

OPINIÓN N° 096-2021/DTN

Entidad: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional –
Provías Nacional

Asunto: Suspensión del plazo de ejecución contractual y prestaciones
adicionales de obra

Referencia: Formulario S/N de fecha 7.SEP.2021 – Consultas sobre
la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional, señor Luis César Palacios García formula varias consultas sobre la suspensión del plazo de ejecución contractual y las prestaciones adicionales en el marco de los contratos de ejecución de obras.

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, 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 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.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ***“Si el contratista debe elaborar un expediente de prestación adicional, ¿los costos que se generan para su elaboración, deben considerarse como costos necesarios***

para viabilizar la suspensión?, tal como lo establece el artículo 178.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado”.

- 2.1.1. De manera previa, debe señalarse que el artículo 34 de la Ley establece los supuestos en los que es posible modificar el contrato, siendo estos: (i) la ejecución de prestaciones adicionales, (ii) la reducción de prestaciones, (iii) la autorización de ampliaciones de plazo, y (iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento.

Así, con relación a las prestaciones adicionales en los contratos de ejecución de obra, el numeral 34.4 del artículo 34 del Reglamento establece que, excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenarlas y pagarlas directamente hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados.

En relación con ello, y siempre en el marco de los contratos de ejecución de obra, el artículo 205 del Reglamento dispone que sólo procede la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal —obtenidas 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. Asimismo, el referido artículo establece el procedimiento que debe realizarse para la procedencia y aprobación de prestaciones adicionales de obra.

Sobre el referido procedimiento (para la procedencia y aprobación de prestaciones adicionales de obra), debe mencionarse que este inicia con la anotación de la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra en el cuaderno de obra — sea por el contratista, su residente, o por el inspector o supervisor, según corresponda—, acto seguido, 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 adicional¹.

Al respecto, es importante traer a colación el numeral 205.4 del artículo 205 del Reglamento, el cual establece: **“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”** (el énfasis es agregado). Asimismo, el numeral 205.16 establece que *“En los casos en los que el contratista, para la elaboración del expediente técnico del adicional de obra, requiera realizar ensayos especializados de alta complejidad y/o la participación de algún especialista que no esté*

¹ Asimismo, 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.

contemplado en la relación de su personal clave, corresponde incluir su costo en los gastos generales propios del adicional”.

Finalmente, en el caso que el inspector o supervisor emita la conformidad sobre el expediente técnico del adicional 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 obra².

- 2.1.2. De lo señalado hasta este punto, queda claro que la elaboración del expediente técnico del adicional de obra es una condición indispensable para que pueda ser posible la ejecución de la prestación adicional de obra, dado que dicho expediente técnico contiene el conjunto de documentos de ingeniería en los que se describen sus características técnicas. En definitiva, resulta materialmente imposible aprobar y ejecutar una prestación adicional de obra sin contar con expediente técnico.

Por otro lado, corresponde indicar que la normativa de contrataciones del Estado le ha conferido a la Entidad el poder de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, situación que, desde la perspectiva del contratista, implica **el deber de ejecutar dichas prestaciones cuando la Entidad así lo dispone**. Al respecto, como ya se indicó, no es posible aprobar ni ejecutar las prestaciones adicionales de obra sin que se cuente con un expediente técnico que defina sus características técnicas; en tal contexto, el artículo 205 del Reglamento, en un desarrollo específico del artículo 34 de la Ley que otorga a la Entidad la potestad de ordenar prestaciones adicionales de obra, dispone que **el contratista debe encargarse también de elaborar el expediente técnico del adicional de obra**.

Así, se advierte que la elaboración del expediente técnico del adicional de obra se constituye como un deber ineludible del contratista³, el cual tiene que ser cumplido dentro del plazo de 15 días calendario, que se computan desde el día siguiente de realizada la anotación en el cuaderno de obra sobre la necesidad del adicional de obra, siempre que el inspector o supervisor haya ratificado la necesidad de su ejecución. Cabe precisar que el deber del contratista de elaborar el expediente técnico del adicional de obra, responde a la potestad de la Entidad de ordenar prestaciones adicionales, al tratarse de un mandato imperativo de la normativa de contrataciones del Estado no puede ser modificado por las partes, ni tampoco el plazo para cumplirlo; en tal sentido, **las implicancias de elaborar el expediente técnico del adicional de obra son asumidas por el contratista**, como parte del deber que la propia normativa le atribuye a este, debiendo tenerse en consideración que si para la elaboración del expediente técnico del adicional se requiere realizar ensayos especializados de alta complejidad o la participación de algún especialista que no está contemplado en la relación de su personal clave, corresponde incluir su costo

² De conformidad con lo previsto en el numeral 205.7 del artículo 205 del Reglamento, “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”.

³ En concordancia con los criterios vertidos en las Opiniones N° 045-2021/DTN y N° 051-2021/DTN.

en los gastos generales propios del adicional, de conformidad con lo establecido en el numeral 205.16 del artículo 205 del Reglamento.

- 2.1.3. Por otra parte, en relación con el plazo de ejecución contractual debe indicarse que el numeral 142.7 del artículo 142 del Reglamento establece la posibilidad de que cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la ejecución de las prestaciones, estas **pueden acordar** por escrito la suspensión del plazo de ejecución contractual, hasta que dicho evento culmine, sin que dicha situación suponga el reconocimiento de mayores gastos generales ni costos directos, según corresponda al objeto de la contratación, **salvo** aquellos que resulten **necesarios para viabilizar la suspensión** (directamente relacionados con lo necesario para viabilizar la suspensión del contrato de obra).

Al respecto, —y en relación con lo indicado en la consulta planteada— el numeral 178.1 del artículo 178 del Reglamento señala que *“Cuando se produzca la suspensión del contrato de obra según lo previsto en el numeral 142.7 del artículo 142, corresponde también la suspensión del contrato de supervisión. Esta disposición también se aplica en caso la suspensión de la ejecución de la obra se produzca como consecuencia del sometimiento a arbitraje de una controversia”*.

De lo expuesto hasta este punto, se advierte que la ejecución de prestaciones adicionales de obra es **distinta a** la figura de la suspensión del contrato de obra. La elaboración del expediente técnico del adicional de obra es un deber ineludible del contratista que se origina como consecuencia de la anotación en el cuaderno de obra de la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra y la ratificación de dicha necesidad por parte del inspector o supervisor de la obra. Por otro lado, la suspensión del plazo de ejecución de obra, en el marco de lo previsto en el numeral 142.7 del artículo 142 del Reglamento, **sólo es posible cuando se producen eventos no atribuibles a las partes** que originen la **paralización de la ejecución contractual** y sólo hasta que dicho evento culmine, sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales ni costos directos, salvo aquellos que están directamente relacionados con lo necesario para viabilizar la suspensión del contrato de obra.

De lo expuesto queda claro que la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra es un deber ineludible del contratista establecido por la normativa de contrataciones del Estado que responde a la potestad de la Entidad de ordenar prestaciones adicionales de obra, en consecuencia, los costos de la elaboración de dicho expediente técnico son asumidos por el contratista —considerando la salvedad prevista en el numeral 205.16 del artículo 205 del Reglamento— y no pueden ser considerados como costos para viabilizar una suspensión del plazo del contrato de obra de acuerdo con lo establecido en el artículo 178 del Reglamento.

- 2.2. *“En relación a la pregunta anterior, en caso si la respuesta es negativa. ¿los costos en los que incurra el Contratista (a través de su personal clave) por la elaboración del expediente técnico del adicional de obra, pueden ser incluidos en los gastos generales propios del adicional que permita resarcir al Contratista?, teniendo en cuenta el artículo 2 de la Ley de Contrataciones con el Estado (Principio de Equidad); y el artículo 205.16 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que solo por casos cuando la elaboración*

del expediente técnico de obra, requiera pruebas o ensayos especializados o la participación de especialistas que no estén contemplados en el personal clave del contratista, entonces deberá incluir sus costos en los gastos generales del adicional en cuestión” (Sic.).

Como se indicó al absolver la consulta anterior, la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra es un deber ineludible del contratista establecido por la normativa de contrataciones del Estado que responde a la potestad de la Entidad de ordenar prestaciones adicionales de obra, en consecuencia, las implicancias de elaborar el expediente técnico del adicional de obra son asumidas por el contratista. Sólo en el caso que para la elaboración del expediente técnico del adicional se requiera realizar ensayos especializados de alta complejidad o la participación de algún especialista que no esté contemplado en la relación del personal clave del contratista, tales costos se incluirán en los gastos generales propios del adicional, de conformidad con lo previsto en el numeral 205.16 del artículo 205 del Reglamento.

2.3. *“¿Los costos que se generen por la revisión y trámite del adicional por parte del Supervisor de obra, pueden ser considerados en los costos propios de la suspensión o se deberá generar un adicional al servicio de Supervisión?”*

2.3.1. De manera preliminar, es pertinente reiterar que el OSCE carece de competencia para pronunciarse sobre situaciones particulares como definir si cierto tipo de costos corresponden a un determinado concepto; asimismo cabe indicar que el artículo 186 del Reglamento establece que durante toda la ejecución de la obra, debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o un supervisor, según corresponda. Al respecto, el inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica **especialmente contratada para dicho fin.**

En relación con ello, el artículo 187 del Reglamento establece que *“La Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien es el **responsable de** velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, **además de** la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra, debiendo absolver las consultas que formule el contratista (...).”*

Como se advierte, en virtud de lo establecido en el Reglamento, el supervisor es el representante técnico de la Entidad en la obra, teniendo el **deber de** cumplir de velar directa y permanentemente por su correcta ejecución técnica, económica y administrativa y del cumplimiento del contrato.

2.3.2. Por otra parte, como se indicó al absolver la primera consulta, la elaboración del expediente técnico del adicional de obra es una condición indispensable para que pueda ser posible la ejecución de la prestación adicional de obra. La ejecución y aprobación de prestaciones adicionales de obra resulta materialmente imposible sin contar con el expediente técnico.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el numeral 205.4 del artículo 205 del Reglamento —ya citado—, el contratista presenta el expediente técnico del adicional y **dentro del plazo de diez (10) días de su presentación, el inspector o supervisor**, según corresponda, **debe remitir a la Entidad la conformidad sobre dicho expediente**.

Como es de verse, el Reglamento establece funciones y deberes que tienen que ser cumplidos por la persona que ejerza el cargo de inspector o supervisor de la obra. El inspector por su **designación**⁴ o el supervisor por su **contrato**, tienen la obligación de cumplir —además de las obligaciones de naturaleza contractual, en el caso del supervisor— con los deberes establecidos en las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, entre otros, la remisión de su conformidad respecto de los expedientes técnicos de las prestaciones adicionales de obra que pudieran necesitarse durante la ejecución de la obra.

- 2.3.3. En este punto, es importante citar el Anexo N° 01 del Reglamento que define la “Prestación adicional de supervisión de obra” como: *“Aquella no considerada en el contrato original, que resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la finalidad de la contratación, que puede provenir de: i) deficiencias u omisiones en los términos de referencia de supervisión de obra; ii) prestaciones adicionales de obra; y, iii) variaciones en el plazo de obra o en el ritmo de trabajo de obra distintas a las prestaciones adicionales de obra”*.

Así, toda vez que el Reglamento ha establecido el deber del supervisor de la obra de remitir su conformidad respecto de los expedientes técnicos de las prestaciones adicionales de obra que pudieran necesitarse durante la ejecución de la obra, se advierte que dicha situación no calificaría como una prestación adicional de supervisión de obra. Sin embargo, esta evaluación deberá ser realizada por la propia Entidad en el marco de sus responsabilidades relacionadas con la administración del contrato y en concordancia con las disposiciones contenidas en este.

Así, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido como una obligación del supervisor de la obra, que remita a la Entidad la conformidad sobre los expedientes técnicos de las prestaciones adicionales de obra cuya ejecución pueda ser necesaria durante esta, siendo necesario que, en cumplimiento de sus funciones —previstas en el artículo 187 del Reglamento— realice y asuma todas las acciones y evaluaciones técnicas que sean necesarias para tales efectos. El deber del supervisor de la obra previsto en el numeral 205.4 del artículo 205 del Reglamento no calificaría, en consecuencia, como prestación adicional de supervisión de obra.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra es un deber ineludible del contratista establecido por la normativa de contrataciones del Estado que responde a la potestad de la Entidad de ordenar prestaciones adicionales de obra; los costos de la elaboración de dicho expediente técnico son asumidos por el contratista —salvo los supuestos expresamente previstos en el numeral 205.16 del

⁴ Como ya se ha señalado, el inspector de obra es una persona que labora en la Entidad y que es designada por esta; si bien no cuenta con un contrato, sus funciones, deberes y atribuciones emanan de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

artículo 205 del Reglamento— y no podrían ser considerados como costos para viabilizar una suspensión del plazo del contrato de obra de acuerdo con lo establecido en el artículo 178 del Reglamento.

- 3.2. La elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra es un deber ineludible del contratista establecido por la normativa de contrataciones del Estado que responde a la potestad de la Entidad de ordenar prestaciones adicionales de obra, en consecuencia, las implicancias de elaborar el expediente técnico del adicional de obra son asumidas por el contratista. Sólo en el caso que para la elaboración del expediente técnico del adicional se requiera realizar ensayos especializados de alta complejidad o la participación de algún especialista que no esté contemplado en la relación del personal clave del contratista, tales costos se incluirán en los gastos generales propios del adicional, de conformidad con lo previsto en el numeral 205.16 del artículo 205 del Reglamento.
- 3.3. La normativa de contrataciones del Estado ha establecido como una obligación del supervisor de la obra, que remita a la Entidad la conformidad sobre los expedientes técnicos de las prestaciones adicionales de obra cuya ejecución pueda ser necesaria durante la obra, siendo necesario que, en cumplimiento de sus funciones —previstas en el artículo 187 del Reglamento— realice y asuma todas las acciones y evaluaciones técnicas que sean necesarias para tales efectos. El deber del supervisor de la obra previsto en el numeral 205.4 del artículo 205 del Reglamento no calificaría, en consecuencia, como prestación adicional de supervisión de obra.

Jesús María, 13 de octubre de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS