

OPINIÓN N° 115-2019/DTN

Entidad: Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima - EMAPE
Asunto: Reducción de prestaciones
Referencia: Oficio N° 374-2019-EMAPE/GG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima – EMAPE S.A., formula varias consultas vinculadas a la reducción de prestaciones en obras contratadas bajo el sistema de suma alzada.

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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, los criterios señalados en la presente opinión no se encuentran vinculados necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ 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 desde el 3 de abril del 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril del 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿En los contratos bajo el sistema a suma alzada se permite la reducción de la obra, a fin de no generar perjuicio económico a la Entidad, respecto de tramos que no se van a construir por interferencias no liberadas?”

¹ Las presentes consultas serán absueltas en un orden distinto al formulado, a efectos de poder estructurar un mejor análisis.

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, motivo por el cual este Organismo Técnico Especializado no puede definir si corresponde que una Entidad aprobara la reducción de prestaciones en una situación en particular, pues ello excedería las atribuciones que confiere el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que el artículo 14 del Reglamento establece los sistemas de contratación que las Entidades pueden emplear para contratar bienes, servicios y obras; siendo estos: **(i) el sistema a suma alzada**; (ii) el sistema de precios unitarios; (iii) el esquema mixto de suma alzada y precios unitarios; (iv) el sistema de tarifas; (v) el sistema en base a porcentajes; y (vi) el sistema en base a un honorario fijo y una comisión de éxito.

En relación con el sistema de contratación a **suma alzada**, el numeral 1) del artículo en mención dispone que dicho sistema resulta aplicable cuando “(...) las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas.”

De ese modo, se aprecia que una Entidad solo puede contratar —ya sea bienes, servicios u obras— bajo el sistema de contratación a suma alzada, **cuando es posible determinar con exactitud la magnitud, calidad y cantidad de la prestación**; información que debe encontrarse establecida en las especificaciones técnicas, términos de referencia o el expediente técnico de obra, según corresponda al objeto de la contratación.

Precisando este punto, el último párrafo del referido numeral dispone que “**No puede emplearse el sistema de contratación a suma alzada en obras de saneamiento y viales.**”, ya que en estos casos, la naturaleza misma de la prestación, no permite determinar con exactitud su magnitud, calidad y cantidad, debiéndose aplicar para tales casos el sistema a precios unitarios.

Cabe mencionar que existen diferencias sustanciales entre los sistemas de contratación a suma alzada y precios unitarios, siendo una de las más importantes que, en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada -*dado que existe un bajo riesgo de variación de las cantidades, magnitudes y calidades definidas en el expediente técnico*- el contratista asume los costos derivados de la ejecución de mayores metrados² (en el caso que resulten necesarios), mientras que la Entidad asume las implicancias económicas que se deriven de la ejecución de menores metrados (cuando ello corresponda), debiéndose pagar el íntegro de la contraprestación fijada, en cualquiera de los dos casos.

2.1.2 Abundando en lo anterior, corresponde señalar que en virtud del sistema de contratación a suma alzada “*el postor formula su oferta por un **monto fijo integral** y por un **determinado plazo** de ejecución, para cumplir con el requerimiento.*” (El resaltado es agregado).

² De acuerdo con el Anexo de Definiciones del Reglamento, el “**metrado**” es “...*el cálculo o la cuantificación por partidas de la cantidad de obra a ejecutar, según la unidad de medida establecida.*”

Así, se desprende que en aquellos contratos ejecutados bajo dicho sistema de contratación, al presentar su oferta durante el procedimiento de selección, el postor se obliga a realizar el íntegro de los trabajos necesarios para ejecutar las prestaciones requeridas por la Entidad, **en el plazo y por el monto ofrecidos** en sus ofertas técnica y económica, respectivamente, las cuales forman parte del contrato³; por su parte, **la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.**

En virtud de lo señalado, cuando en los contratos de obra a suma alzada las condiciones contractuales se mantengan invariables y el contratista cumpla con ejecutar la obra con sujeción a las mismas, la Entidad no podrá pagar un monto menor al contratado; pues, como se ha señalado en el numeral anterior, en caso se ejecuten un menor número de metrados a los previstos en el presupuesto de obra, la Entidad es quien deberá asumir las implicancias económicas que ello conlleve, debiendo pagar el íntegro de la contraprestación fijada.

De ese modo, las obras que se ejecuten bajo el sistema de suma alzada implican, como regla general, la “*invariabilidad del precio pactado*”⁴, así como la “*invariabilidad de la obra*” en sí misma, elementos que se encuentran directamente relacionados⁵, de forma tal que, **sólo cuando se presenten modificaciones o variaciones en la obra –por lo general, en los planos y/o especificaciones técnicas–, podrá producirse la correspondiente modificación del precio o monto contractual.**

- 2.1.3 En relación con este último punto, debe indicarse que, excepcionalmente, una Entidad puede modificar el precio o monto de un contrato, **independientemente de su sistema de contratación**, como consecuencia de la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o **reducciones**, **siempre que estas resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato**, de conformidad con lo señalado por el artículo 34 de la Ley.

Al respecto, es importante precisar que la potestad de aprobar prestaciones adicionales o reducciones responde 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 régimen de contrataciones del Estado*–, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado⁶.

³ De conformidad con lo dispuesto en el numeral 116.1 del artículo 116 del Reglamento “*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes*”. (El subrayado es agregado).

⁴ El criterio referido a la “*invariabilidad del precio pactado*” en contrataciones realizadas bajo el sistema a suma alzada ha sido desarrollado en diversas opiniones, como por ejemplo, las Opiniones N° 049-2018/DTN, N° 023-2018/DTN y N° 174-2017/DTN, entre otras.

⁵ En opinión de Osvaldo Máximo Bezzi, la contratación a suma alzada o “*ajuste alzado consiste en la realización de una obra cuyo precio se fija en forma global. Sin duda ello exige que a esa invariabilidad del precio corresponda una invariabilidad de la obra*”. BEZZI, Osvaldo Máximo. Op. Cit. Pág. 20.

⁶ 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.

Como se advierte, la potestad de disponer la ejecución de prestaciones adicionales, así como su reducción, ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para cumplir con las funciones que le ha asignado la ley.

En tal sentido, conforme a lo dispuesto en el numeral 139.2 del artículo 139 del Reglamento, de manera excepcional y **con la debida sustentación del caso**, el Titular de la Entidad mediante una resolución previa podía disponer la reducción de prestaciones en una obra, hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que con ello se alcance la finalidad de la contratación⁷.

Cabe precisar que, la reducción de prestaciones en una obra implica la ejecución de menores trabajos y actividades a los originalmente previstos en el expediente técnico o en el contrato. En ese sentido, si se aprueba la reducción de prestaciones de un contrato, éstas dejan de ser consideradas como parte del mismo, en virtud de la resolución de la Entidad que ordenó dicha reducción.

De esta manera, es perfectamente posible que la Entidad ordene la reducción de prestaciones al contratista cuando la contratación se lleve a cabo bajo el sistema a suma alzada; así también, dicha modificación podría conllevar a una reformulación de los documentos que integran el expediente técnico de obra, como por ejemplo, los planos, las especificaciones técnicas o el presupuesto de obra.

De acuerdo con todo lo expuesto, en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, el postor se obliga a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para ejecutar las prestaciones requeridas por la Entidad; a su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el precio o monto total de su oferta económica, **salvo que**, en su oportunidad, la Entidad hubiera ejercido la potestad de ordenar la reducción de prestaciones, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, y se hubiera verificado las condiciones previstas para ello, tal como se ha descrito en los párrafos precedentes.

2.2 “¿Se puede modificar el plano de ejecución de obra que forma parte del expediente técnico, para alcanzar la finalidad pública de la contratación, en contratos de obra bajo el sistema a suma alzada?” (sic).

2.2.1 De manera previa, debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, motivo por el cual este Organismo Técnico Especializado no puede definir si corresponde que una Entidad efectuara modificaciones al expediente técnico de una

⁷ Cabe precisar que normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento específico para la aprobación de una reducción de obra, no obstante ello, para dicho fin, resulta necesario que se adopten una serie de acciones, como por ejemplo: i) la anotación en el cuaderno de obra de las circunstancias que ameritan la reducción, ii) la elaboración del o los informes que contengan el sustento técnico y legal de dicha reducción, iii) la formulación de la documentación donde se detalle el listado de partidas que se dejarían de ejecutar, el presupuesto de la reducción, la afectación de la ruta crítica (de ser el caso), entre otra información de carácter relevante.

obra ante una situación en particular, pues ello excedería las atribuciones que confiere el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, conforma a lo señalado previamente, en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, por regla general, debía pagarse el íntegro de la contraprestación fijada en el contrato, el mismo que correspondía al monto de la oferta económica. Excepcionalmente, dicho monto *-originalmente pactado-* podía modificarse si la Entidad ejercía la potestad de ordenar la reducción de prestaciones, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, siempre que se verificaran las condiciones previstas para ello en la normativa de contrataciones del Estado.

En ese sentido, la reducción de prestaciones podría conllevar a una reformulación de ciertos documentos que integran el expediente técnico de obra, como por ejemplo, los planos, las especificaciones técnicas, el presupuesto de obra, entre otros.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, el postor se obliga a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para ejecutar las prestaciones requeridas por la Entidad; a su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el precio o monto total de su oferta económica, salvo que, en su oportunidad, la Entidad hubiera ejercido la potestad de ordenar la reducción de prestaciones, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato y siempre que se hubieran verificado las condiciones previstas para ello.
- 3.2 La reducción de prestaciones podría conllevar a una reformulación de ciertos documentos que integran el expediente técnico de obra, como por ejemplo, los planos, las especificaciones técnicas, el presupuesto de obra, entre otros.

Jesús María, 12 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativo

RMPP.