

OPINIÓN N° 126-2019/DTN

Solicitante: J. Palomino & E S.A.C.

Asunto: Sometimiento a medios de solución de controversias de la ejecución contractual

Referencia: Comunicación S/N con fecha de recibido 07.JUN.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante de la empresa J. Palomino & E S.A.C., formula varias consultas referidas a la posibilidad de someter la decisión de la Entidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra a los medios de solución de controversias, según lo previsto en la normativa de contrataciones del Estado.

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 2 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada 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 de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, y

¹ De la revisión del documento de la referencia, se advierte que las consultas formuladas no precisan cuál es el marco normativo aplicable al proceso de contratación que motiva dichas consultas; por tanto, considerando que estas refieren lo dispuesto en “el tercer párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley”, el análisis de la presente Opinión se efectuará bajo los alcances de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado vigente hasta el 29 de enero de 2019.

Asimismo, tomando en cuenta que las dos últimas consultas plantean la posibilidad de aplicar, en supuestos específicos, uno de los criterios vertidos en la Opinión N°151-2015/DTN, y que ello implica el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE; no resulta posible absolver dichas consultas en sentido estricto, por lo que solo se brindarán alcances generales relacionados con el tenor de las mismas.

modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“En el caso de que el Adicional sea tramitado durante el plazo de ejecución contractual y que se apruebe (el adicional) y se comuniquen, tal aprobación, al contratista, durante la etapa de recepción de obra. ¿El contratista puede rechazar o someter a controversia tal aprobación de adicional?”* (Sic).

2.1.1. De manera previa, corresponde reiterar 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, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en esa medida, no es posible determinar si un contratista “puede”, o no, someter a un medio de solución de controversias la decisión de la Entidad de aprobar la ejecución de una prestación adicional de obra, o rechazar esta, en el marco de un supuesto en particular.

Sin perjuicio de lo expuesto, a continuación se brindarán alcances de carácter general relacionados con el tenor de la consulta planteada, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. Al respecto, es importante señalar que el artículo 45 de la Ley, concordado con el numeral 182.1 del artículo 182 del Reglamento, establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato **se resuelven a través de los medios de solución de controversias previstos en dicho marco normativo**².

No obstante ello, cabe anotar que el tercer párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley dispone lo siguiente: *“**La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas.** Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnización o cualquier otra que se derive u origine en la **falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial.** Todo pacto en contrario es nulo”*. (El resaltado es agregado).

En tal sentido, se advierte que la decisión de la Entidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales -en el marco de un contrato de obra-, no puede ser sometida a ninguno de los medios de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones del Estado (es decir, ni conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas), conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley.

² Entre ellos, conciliación, arbitraje o junta de resolución de disputas, según corresponda.

2.1.3. Precisado lo anterior, es pertinente indicar que el artículo 34 de la Ley³ otorga a la Entidad la potestad de, excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria, ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, **siempre que tales prestaciones resulten indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.**

Al respecto, el Anexo Único del Reglamento, “Anexo de Definiciones”, define a la prestación adicional de obra como: “*Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.*” (El énfasis es agregado).

En ese contexto, el primer párrafo del artículo 175 del Reglamento precisa lo siguiente: “*Solo procede la ejecución de obras adicionales 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*”. (El subrayado es agregado).

Respectivamente, los numerales 175.2 y 175.6 del referido artículo del Reglamento establecen el procedimiento para la aprobación de prestaciones adicionales de obra, según el siguiente detalle:

“175.2 La necesidad de tramitar 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.

(...)

175.6 Recibida la comunicación del inspector o supervisor, la Entidad cuenta con

³ “**Artículo 34. Modificaciones al contrato**

(...)

34.2 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

34.3 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad. (...)

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. La demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, puede ser causal de ampliación de plazo.” (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado regula el procedimiento y plazos para tramitar y aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, a partir de lo cual, se determina que estas deben realizarse durante el plazo de ejecución de obra; esto es, **en tanto la obra siga en ejecución.**

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 178 del Reglamento, ***“En la fecha de la culminación de la obra, el residente anota tal hecho en el cuaderno de obra y solicita la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informa a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente, previa anotación en el cuaderno de obra de los alcances de su informe”.*** (El énfasis es agregado).

De conformidad con lo señalado, la recepción de la obra se da una vez culminada su ejecución, lo cual debe ser ratificado por el inspector o supervisor, conforme a lo dispuesto en el citado numeral.

En esa medida, la ejecución de prestaciones adicionales de obras se aprueba para cumplir con la finalidad del contrato, se entiende que aquellas solo pueden aprobarse durante la ejecución de la obra, hasta su efectiva conclusión; es decir, en tanto la obra no haya culminado y no cumpla con la meta prevista.

En consecuencia, **considerando que la obra ha culminado**, no resulta procedente la aprobación de prestaciones adicionales de obra cuando esta se encuentre en etapa de recepción⁴.

- 2.2. ***“En el caso de que su respuesta sea negativa, es decir, que el contratista no puede rechazar o someter a controversia dicho adicional, ¿Resulta de aplicación la Opinión N° 151-2015/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, donde en la parte final del numeral 2.3) concluye que “no procede la aprobación de prestaciones adicionales de obra cuando esta se encuentre en etapa de recepción” o simplemente dicho criterio del OSCE no resulta aplicable por existir ya una aprobación y notificación del adicional por parte de la Entidad, estando obligado el contratista a ejecutar la prestación adicional y la Entidad a recepcionar la misma una vez concluida su ejecución”*** (Sic).

Tal como se indicó precedentemente, debe recalcar 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, **sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos**; en esa medida, no es posible determinar si, en el marco de un caso en particular, resultan aplicables, o no, los criterios vertidos en una Opinión del año 2015, toda vez que ello excede las atribuciones conferidas por Ley a este despacho.

⁴ En concordancia con los criterios vertidos a través de las Opiniones N° 151-2015/DTN y 108-2019/DTN.

Al respecto, debe anotarse que las Opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) desarrollan criterios interpretativos de alcance general sobre la normativa de contrataciones del Estado, los cuales responden a lo dispuesto en la legislación vigente o aquella que sea materia de consulta; razón por la cual, a fin de determinar la aplicación de tales criterios, en una contratación específica, debe tomarse en cuenta el marco normativo sobre el que cada opinión desarrolla su análisis y el contexto de cada situación en particular.

Precisado lo anterior, corresponde anotar que la Opinión N° 151-2015/DTN establece criterios interpretativos sobre las disposiciones contempladas en el Decreto Legislativo N° 1017 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF⁵, cuerpo normativo que se encontró vigente hasta el 8 de enero de 2016.

- 2.3. *“Y, en el caso de que el adicional haya sido tramitado durante la recepción de obra y la Entidad haya aprobado y comunicado su decisión de autorizar el adicional ¿el contratista puede rechazar o someter a controversia tal decisión, argumentando la aplicación de la Opinión N° 151-2015/DTN o similar, o tiene la obligación de ejecutar el adicional y la Entidad por su parte, estará obligada a recepcionar el adicional una vez concluido?”* (Sic).

De conformidad con lo indicado anteriormente, cabe reiterar 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, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en esa medida, no es posible determinar si, en el marco de un caso en particular, resultan aplicables, o no, los criterios vertidos en una Opinión del año 2015, toda vez que ello excede las atribuciones conferidas por Ley a este despacho.

Las Opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) desarrollan criterios interpretativos de alcance general sobre la normativa de contrataciones del Estado, los cuales responden a lo dispuesto en la legislación vigente o aquella que sea materia de consulta; por ello, a fin de determinar la aplicación de tales criterios, en una contratación específica, debe tomarse en cuenta el marco normativo sobre el que cada opinión desarrolla su análisis y el contexto de cada situación en particular⁶.

Sin perjuicio de lo expuesto y de acuerdo a lo señalado al absolver la primera consulta, se recalca que la decisión de la Entidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales -en el marco de un contrato de obra-, **no puede ser sometida a ninguno de los medios de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones del Estado** (es decir, ni conciliación, ni arbitraje ni

⁵ Debe tenerse en cuenta que en la Opinión N° 151-2015/DTN se hace referencia al procedimiento de aprobación de prestaciones adicionales, así como al procedimiento de recepción de obras, los cuales han sido modificados en algunos aspectos con el devenir de las legislaciones que entraron en vigencia posteriormente al Decreto Legislativo N° 1017 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

⁶ A mayor abundamiento sobre la oportunidad para el trámite y aprobación de prestaciones adicionales de obra, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado vigente, sírvase revisar los criterios vertidos en la Opinión N° 108-2019/DTN.

a la Junta de Resolución de Disputas), conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La decisión de la Entidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales -en el marco de un contrato de obra-, no puede ser sometida a ninguno de los medios de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones del Estado (es decir, ni conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas), conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley.
- 3.2. No resulta procedente la aprobación de prestaciones adicionales de obra, en etapa de recepción, cuando la obra se encuentra culminada.

Jesús María, 18 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/JDS