

OPINIÓN N° 138-2019/DTN

Entidad: Marina de Guerra del Perú

Asunto: Modificación de un Contrato de Obra ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta bajo el sistema a suma alzada

Referencia: Oficios N° 1647/61 y 1872/61

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, la Marina de Guerra del Perú, consulta sobre la posibilidad de aprobar prestaciones adicionales en un contrato de obra ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta a 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 (en adelante, la “Ley”) y el acápite 9 del Anexo 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

De forma previa, es preciso señalar que la presente consulta se encuentra vinculada a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley N° 30225 (en adelante, “la anterior Ley”), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, “el anterior Reglamento”); por tanto, será absuelta bajo sus alcances (en adelante “la anterior normativa de contrataciones del estado”)¹.

La consulta formulada es la siguiente:

2.1 “¿La adquisición de los sistemas y sub sistemas deberían efectuarse hacer como adicionales de obra o se tendría que realizar un nuevo procedimiento de selección para adquirirlos a través de una licitación?” (Sic).

2.1.1 En primer lugar, es preciso señalar 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, motivo por el cual no puede

¹ Vigente hasta el 2 de abril de 2017.

pronunciarse sobre si corresponde o no aprobar una prestación adicional de obra o realizar un nuevo procedimiento de selección.

2.1.2 Sin perjuicio de ello, se brindarán alcances generales sobre adicionales en contratos bajo la modalidad de concurso oferta a suma alzada de acuerdo a lo previsto en la anterior normativa.

2.1.3 En ese sentido tenemos que la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final del anterior Reglamento establecía que *“Mediante Resolución del Titular, las Entidades del Poder Ejecutivo pueden aprobar la ejecución de obras bajo la modalidad de concurso oferta. (...)”*; precisando en su segundo párrafo que, *“Mediante la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta el postor debe ofertar la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra. Ésta modalidad solo puede aplicarse en la ejecución de obras de edificaciones, que por su naturaleza correspondan utilizar el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial de la obra sea superior a los diez millones de Nuevos Soles (S/. 10 000 000,00).”*

De lo expuesto, se advierte que el concurso oferta tenía como finalidad última la ejecución de una obra, para lo cual era necesario ejecutar prestaciones de naturaleza distinta, entre ellas: (i) *una consultoría de obra, al elaborar el expediente técnico* y (ii) *la ejecución de la obra en sí*.

En ese sentido, en un contrato de obra bajo la modalidad de concurso oferta, como parte de las prestaciones del contratista *-además de ejecutarse bajo el sistema a suma alzada, dicho contrato debía ejecutarse de conformidad con las condiciones generales, metas y condiciones de ejecución del contrato establecidas en las Bases, así como aquellas condiciones establecidas por la normativa aplicable en función al objeto de la convocatoria.*

2.1.4 Adicionalmente, es importante señalar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 1) del artículo 14 del anterior Reglamento establecía que en el caso de obras convocadas bajo el sistema de contratación a suma alzada *“(...). El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.”* (El subrayado es agregado).

Así, al presentar sus propuestas, el postor se obligaba a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad -de acuerdo al estudio que determinó el valor referencial de la obra y que formaba parte de las Bases- en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, las que eran parte del contrato²; a su vez, la Entidad se obligaba a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

2.1.5 Preciado lo anterior, resulta pertinente señalar que la anterior normativa de contrataciones del Estado reconocía determinados supuestos bajo los cuales podía modificarse el contrato de obra durante la etapa de ejecución contractual; tales supuestos los constituían: (i) *las prestaciones adicionales de obra*, (ii) *las reducciones de obras*, y (iii) *las ampliaciones de plazo*; conforme a lo establecido en el artículo 34 de la anterior Ley.

Al respecto, sobre la aprobación de prestaciones adicionales, el primer párrafo del

² De conformidad con el primer párrafo del artículo 142 del anterior Reglamento.

numeral 34.3 del artículo 34 de la anterior Ley otorgaba a la Entidad la potestad³ de ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra⁴ hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, siempre que dichas prestaciones respondieran a la finalidad del contrato original.

Asimismo, el segundo párrafo del referido numeral establecía que en caso resultara indispensable la ejecución de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo anterior, el Titular de la Entidad podía decidir autorizarlas, siempre que su monto no superase el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original, debiendo contar previamente con la autorización de la Contraloría General de la República para su ejecución y pago

En ese contexto, el anterior Reglamento regulaba los procedimientos y condiciones que debían observarse a efectos de otorgar **“prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15%)”**, así como para aquellas **“prestaciones adicionales de obra mayores al quince por ciento (15%)”**, en los artículos 175 y 176, respectivamente.

De otro parte, la Entidad podía reducir la ejecución de la obra hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto total del contrato original; conforme a lo establecido en el numeral 34.2 del artículo 34 de la anterior Ley.⁵

En relación con lo expuesto, cabe señalar que la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales, o la reducción de las mismas, implicaba el ejercicio de una potestad o prerrogativa pública⁶ de modificación unilateral⁷ del contrato, la cual ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público⁸, para abastecerse de los bienes, servicios u **obras necesarios para el cumplimiento de las funciones que le ha conferido la ley**.

³ Siguiendo a Manuel de la Puente, esta potestad 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 que subyace a las contrataciones del Estado- en los que la Administración Pública representa al interés general 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.

⁴ Para ejercer esta prerrogativa, además del sustento del área usuaria responsable, se debía contar con certificación de crédito presupuestario a efectos de emitir la resolución aprobatoria del titular de la Entidad, de conformidad con el primer párrafo del artículo 175 del anterior Reglamento.

⁵ **“(…) la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, (...). Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.”**

⁶ LINARES JARA, Mario. *Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa*, en: Revista de Derecho Administrativo N° 7, Pág. 181.

⁷ Según Dromi, por el principio de mutabilidad **“(…) la Administración tiene competencia para variar por sí lo establecido en el contrato y alterar las prestaciones y condiciones de su cumplimiento”**. (El resaltado es nuestro). DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, segunda edición, 1995, pág. 505.

⁸ Del mismo modo, Manuel de la Puente señala que 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.

2.1.6 Ahora bien, respecto de las obras contratadas bajo el bajo la modalidad de concurso oferta a suma alzada, debe precisarse que la Entidad podía aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, o la reducción de dichas prestaciones de obras, cuando los planos o especificaciones técnicas requerían ser modificados durante la etapa de ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.

En este punto, cabe precisar que la necesidad de modificar los planos o especificaciones técnicas de la obra podía originarse en deficiencias del expediente técnico de obra advertidas con posterioridad a la suscripción del contrato; no obstante, debe indicarse que aun cuando el numeral 34.3 del artículo 34 de la anterior Ley⁹ permitía a las Entidades aprobar prestaciones adicionales de obra por deficiencias o errores del expediente técnico, tal prerrogativa no resultaba aplicable a aquellas contrataciones que incluían la elaboración de dicho expediente como una de las prestaciones a cargo del contratista –*tales como la contratación bajo la modalidad de concurso oferta*- puesto que en dichas contrataciones el contratista era proyectista y ejecutor de obra a la vez, por lo que contraía entera responsabilidad de su diseño; debiendo asumir económicamente los errores que se advertían en el mismo, salvo que en los documentos del procedimiento de selección la Entidad no haya contemplado características técnicas y/o condiciones de ejecución de la obra necesarias para cumplir con la finalidad del contrato.

2.1.8 En ese sentido, atendiendo a lo establecido en el artículo 34 de la anterior Ley, una Entidad podía modificar el contrato *-entre otros supuestos-* al autorizar u ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra, siempre que estas fueran necesarias para alcanzar la finalidad del contrato.

En esa medida, en las obras contratadas a suma alzada, la Entidad podía aprobar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones si los planos o especificaciones técnicas o los términos de referencia requieran ser modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.

Así, en las obras ejecutadas a suma alzada podían aprobarse prestaciones adicionales cuando la Entidad modificaba los planos, especificaciones técnicas y alcances originales establecidos en el estudio que determinó valor referencial de la obra y que forma parte de las Bases, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.

2.1.9 Precisando a lo anterior, es importante resaltar que en los contratos de obra bajo la modalidad de concurso oferta, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reducía a aquellas situaciones en las que, con el fin de alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requería modificar las características técnicas y/o condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en el estudio que determinó el valor referencial y en los términos de referencia que formaban parte de las Bases -pues los planos y especificaciones técnicas definitivas no formaban parte de los documentos del proceso de selección, toda vez que su elaboración conformaba una de las prestaciones del contratista durante la ejecución del contrato-, situación que podía tener su origen en el cumplimiento de normas técnicas obligatorias vigentes o de reciente emisión, o cuando

⁹ De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del numeral 34.3 del artículo 34 de la anterior Ley, “*En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas.*”.

el expediente técnico elaborado conforme lo requerido por la Entidad en los documentos del procedimiento de selección requieran ser modificados para incorporar determinadas prestaciones que no contempló en un inicio y que resultan indispensables para cumplir con la finalidad del contrato.

Por tanto, en un contrato de obra bajo la modalidad de concurso oferta, ejecutado a suma alzada, la potestad de aprobar prestaciones adicionales para la elaboración del expediente técnico y/o para la construcción, se reducía a aquellas situaciones en las que, para alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requería modificar las características técnicas y/o las condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en el contrato, situación que podía tener su origen en el obligatorio cumplimiento de normas técnicas o en la inclusión de partidas que no contempló en los documentos del procedimiento de selección.

2.1.6 Ahora bien, para realizar una prestación adicional, para la elaboración del expediente técnico o para la construcción, era menester que la Entidad la hubiera aprobado previamente¹⁰.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En el marco de lo dispuesto en la anterior normativa de contrataciones del Estado, una Entidad se encontraba facultada a modificar un contrato de obra ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta a suma alzada, siempre que se configurara alguno de las causales que habilitaba la modificación de dicha contratación, entra ellas: *(i) las prestaciones adicionales de obra, (ii) las reducciones de obras, y (iii) las ampliaciones de plazo*, conforme a lo establecido en el artículo 34 de la anterior Ley; para lo cual, dicha Entidad debía observar los dispositivos que regulaban tales figuras, previstas en el anterior Reglamento.
- 3.2 En los contratos de obra bajo la modalidad de concurso oferta a suma alzada, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reducía a aquellas situaciones en las que, con el fin de alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requería, modificar las características técnicas y/o condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en el contrato, situación que podía tener su origen en el obligatorio cumplimiento de normas técnicas o en la inclusión de partidas que no contempló en los documentos del procedimiento de selección.

Jesús María, 16 de agosto de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA

Directora Técnico Normativa

PSZ.

¹⁰ De conformidad con lo establecido en el primer párrafo de los artículos 139 y 175 del anterior Reglamento.