

OPINIÓN N° 164-2019/DTN

Entidad: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Asunto: Obligación de pago por obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada
Referencia: Oficio N° 802-2019-JUS/OGAJ

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos formula varias consultas referidas

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

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

¹ De la revisión del documento de la referencia, se advierte que tres (3) de las cinco (5) consultas planteadas no cumplen con los requisitos previstos conforme al Procedimiento N° 89 del TUPA del OSCE. Al respecto, cabe indicar que la primera consulta está orientada a determinar “qué acciones puede efectuar la Entidad, una vez suscrito el contrato de obra, en caso advierta que el contratista no formuló su oferta observando el orden de prelación que establece la normativa para contratos a suma alzada”; aspecto que excede las competencias conferidas a este despacho, el cual no puede indicar –vía Opinión- cómo proceder ante un caso concreto.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que de acuerdo al Procedimiento invocado, cuando se formulan varias consultas estas deben estar vinculadas entre sí, en atención al dispositivo legal que es materia en consulta; por tanto, **considerando que el tenor de la presente solicitud versa sobre la naturaleza del sistema de contratación a suma alzada y las implicancias de su aplicación en contratos de ejecución de obras**, mientras que las consultas 2 y 5, respectivamente, están referidas a temas distintos (tales como la posibilidad de formular consultas durante el procedimiento de selección y cuáles son los mecanismos de solución de controversias durante la ejecución contractual), estas últimas no podrán ser atendidas mediante el mismo trámite, al no estar relacionadas con el análisis del numeral 1 del artículo 14 del Reglamento, que es el dispositivo sobre el cual recae la solicitud de consulta normativa.

Por tanto, **mediante la presente Opinión se procederá a absolver dos (2) de las consultas**

Para efectos de la presente opinión, se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1341, vigente 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 hasta el 29 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 *“En los contratos suscritos bajo el sistema a suma alzada, en los que se verifique que la oferta económica presentada por el contratista es mayor a la que hubiera correspondido de haber este cumplido con efectuar su oferta de acuerdo al orden de prelación establecido en el numeral 1 del artículo 14 del Reglamento, ¿resulta exigible a la Entidad el pago del monto total adjudicado pese a que en dicha oferta subyace un error en la contabilización de los metrados en el presupuesto de obra y un incumplimiento del contratista de formular su oferta económica según el orden de prelación establecido en el numeral 1 del artículo 14 del Reglamento?”* (Sic).

2.1.1. Previamente, 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 sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en ese sentido, el análisis de la presente Opinión se circunscribe a lo establecido en dicha normativa **y no al contexto de una contratación en particular**.

Precisado lo anterior, a continuación se brindarán alcances generales relacionados al tenor de la consulta planteada, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. En primer lugar, debe indicarse que dicha normativa² regula los sistemas de contratación que resultan aplicables según la naturaleza de las prestaciones que son objeto del contrato.

Así, tratándose del sistema a suma alzada, el numeral 1) del artículo 14 del Reglamento establece que dicho sistema de contratación resulta aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén debidamente 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. En atención a ello, **el postor debe formular su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución**.

Al respecto, se advierte que el empleo del sistema a suma alzada, en el caso de obras, presupone que las cantidades, magnitudes y calidades de los trabajos necesarios para su ejecución se encuentren correctamente definidas en el Expediente Técnico de

planteadas, sin perjuicio de que el solicitante pueda presentar una nueva solicitud de consulta, en atención al Procedimiento TUPA correspondiente.

² Al respecto, debe indicarse que la normativa de Contrataciones del Estado está conformada por la Ley, el Reglamento y las Directivas que emite el OSCE.

Obra³, de tal manera que el riesgo de variación de los metrados⁴ consignados se vea reducido.

En ese contexto, el postor se obliga a realizar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de la obra requerida por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados; a su vez, **la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado**. De esta manera, **la invariabilidad del precio pactado constituye la regla general en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada**.

Sobre el particular, es importante anotar que la invariabilidad del precio pactado se justifica en el hecho de que las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada presenten un bajo riesgo de variación de las cantidades, magnitudes y calidades definidas en el Expediente Técnico de Obra.

De esta manera, la aplicación del sistema a suma alzada determina que el contratista asuma los costos derivados de la ejecución de mayores metrados y que la Entidad asuma el riesgo de la ejecución de una cantidad de metrados menor a la inicialmente prevista⁵, por la que esta debe pagar el íntegro del precio pactado, en atención a la naturaleza de dicho sistema de contratación.

2.1.3. Por lo expuesto, se advierte que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la regla general del sistema de contratación a suma alzada implica que la Entidad se encuentra obligada a pagar al contratista, como contraprestación por la ejecución de la obra, el íntegro del precio pactado; ello, considerando que la aplicación de dicho sistema presupone que las cantidades, magnitudes y calidades de los trabajos necesarios para su ejecución se encuentran correctamente definidas en el Expediente Técnico de Obra.

2.2. “En contratos bajo el sistema a suma alzada, en los que se advierta un error en la oferta económica que, deviene de un error en alguno de los documentos que conforman el expediente técnico, ¿la Entidad puede realizar la modificación del contrato para sincerar el precio o ambas partes pueden optar por la modificación contractual, a fin de no generar un perjuicio económico a la Entidad y un enriquecimiento indebido del contratista” (Sic).

2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, cabe anotar que en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, la regla general del sistema de contratación a suma alzada implica que la Entidad se encuentra obligada a pagar al contratista, como contraprestación por la ejecución de la obra, el íntegro del precio

³ De conformidad con la definición de “Expediente Técnico de Obra” contemplada en el Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, este es “El conjunto de documento que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios”. (El énfasis es agregado).

⁴ De conformidad con la definición de “Metrado” contenido en el Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, este es “*Es la cantidad de una determinada partida del presupuesto de obra, según la unidad de medida establecida*”.

⁵ En la línea de lo señalado en la Opinión N° 179-2017/DTN.

pactado; ello, considerando que la aplicación de dicho sistema presupone que las cantidades, magnitudes y calidades de los trabajos necesarios para su ejecución se encuentran correctamente definidas en el Expediente Técnico de Obra.

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que la normativa en mención prevé los supuestos ante los cuales una Entidad puede aprobar una modificación contractual, siempre que se cumplan las condiciones para tal efecto.

Al respecto, debe indicarse que, de manera excepcional, una Entidad puede modificar el precio de un contrato de obra ejecutado bajo el sistema a suma alzada al ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra o su reducción, siempre que estas resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, de conformidad con el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley⁶.

Ahora bien, es importante precisar que la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones implica el ejercicio de una prerrogativa pública⁷ de modificación unilateral⁸ del contrato, la cual ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público⁹, para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de las funciones que le ha otorgado la ley.

De esta manera, en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, la Entidad solo puede aprobar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones cuando los planos o especificaciones técnicas deben ser modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato y satisfacer el interés público subyacente.

Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata de una mayor o menor ejecución de metrados, ya que en estos supuestos la liquidación final de obra se realiza tomando en

⁶ Dicho dispositivo señala que "*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.*" (El resaltado es agregado).

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

cuenta los metrados contratados¹⁰, **en atención a que la regla en dicho sistema de contratación es la invariabilidad del precio pactado.**

2.2.2. Por tal razón, y en atención al contexto de la consulta planteada, se advierte que la posibilidad de modificar el precio en contratos de obra suscritos bajo el sistema a suma alzada se limita a las figuras de modificación contractual que regula la normativa de contrataciones del Estado, dentro de las cuales se encuentra la reducción de prestaciones, cuando los planos o especificaciones técnicas deben ser modificados durante la ejecución contractual, con el objeto de alcanzar la finalidad pública que subyace a la contratación.

3. CONCLUSIONES

3.1. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la regla general del sistema de contratación a suma alzada implica que la Entidad se encuentra obligada a pagar al contratista, como contraprestación por la ejecución de la obra, el íntegro del precio pactado; ello, considerando que la aplicación de dicho sistema presupone que las cantidades, magnitudes y calidades de los trabajos necesarios para su ejecución se encuentran correctamente definidas en el Expediente Técnico de Obra.

3.2. La posibilidad de modificar el precio en contratos de obra suscritos bajo el sistema a suma alzada se limita a las figuras de modificación contractual que regula la normativa de contrataciones del Estado, dentro de las cuales se encuentra la reducción de prestaciones, cuando los planos o especificaciones técnicas deben ser modificados durante la ejecución contractual, con el objeto de alcanzar la finalidad pública que subyace a la contratación.

Jesús María, 23 de septiembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA

¹⁰ De acuerdo a lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 179 del Reglamento “(...) *en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practica con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación*”.