

OPINIÓN N° 202-2019/DTN

Solicitante: Danilo Giancarlo Gomero Sevilla

Asunto: Reducción de prestaciones en contratos de obra bajo el sistema de precios unitarios

Referencia: Comunicación S/N recibido el 02.OCT.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Danilo Gomero Sevilla formula varias consultas referidas a la reducción de prestaciones en contratos de obra bajo el sistema a precios unitarios.

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. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

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:

¹ En atención a las competencias conferidas a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE. De esta manera, se advirtió que las dos (2) últimas consultas están orientadas a determinar si, en cada caso planteado, corresponde que la Entidad reconozca pagos a favor del contratista; aspecto que excede las atribuciones de este despacho al implicar el análisis de una contratación de obra en particular. Por tal razón, no es posible atender dichas consultas.

2.1. *“Siguiendo lo indicado en el numeral 2 del artículo 139 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en un contrato de obra a precios unitarios, es posible que la Entidad reduzca partidas que no pueden dividirse; bajo el argumento de deficiencias del expediente técnico, y pese a que ya han sido parcialmente ejecutadas por el Contratista”.* (Sic).

2.1.1. De manera previa, debe reiterarse 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 casos o asuntos particulares; ello, en atención a las atribuciones funcionales conferidas a través del artículo 52 de la Ley.

En esa medida, este despacho no puede pronunciarse sobre las circunstancias particulares contenidas en la consulta que es materia de análisis; sin perjuicio de lo cual, a continuación se brindarán alcances de carácter general relacionados con el marco normativo al que se hace referencia en dicha consulta.

2.1.2. En primer lugar, corresponde señalar que el artículo 14 del Reglamento establece los sistemas de contratación que las Entidades pueden adoptar en los contratos que celebran bajo el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

Al respecto, el numeral 2 del referido artículo contempla el denominado sistema “a precios unitarios”, el cual es aplicable en las contrataciones de bienes, servicios y **obras**, cuando no resulta posible conocer con exactitud las cantidades o magnitudes requeridas de la prestación a contratar.

En ese contexto, tratándose de obras, “(...) el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios considerando las partidas contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas y las cantidades referenciales, que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución”². (El énfasis es agregado).

Como se desprende, el sistema de contratación a precios unitarios aplica para aquellas obras que, por su naturaleza o envergadura, no permiten prever con precisión el cálculo o la cuantificación por partidas de la cantidad de obra a ejecutar, según la unidad de medida establecida; es decir, los metrados.

De lo expuesto, se aprecia que en los contratos de obra bajo el sistema a precios unitarios, si bien los trabajos a ser ejecutados por el contratista están debidamente definidos, sus cantidades y magnitudes (metrados) solo se encuentran señalados de manera “referencial” en el expediente técnico de obra; así, las valorizaciones se efectuarán en relación con la ejecución real de las prestaciones a su cargo.

2.1.3. Preciado lo anterior, y tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, resulta oportuno señalar que –con independencia del sistema de contratación invocado– la potestad de aprobar la reducción de prestaciones le ha sido conferida a la Entidad, en reconocimiento de su calidad de garante del interés

² Tal como lo dispone el segundo párrafo del numeral 2 del artículo 14 del Reglamento.

público, que subyace a la contratación estatal.

Tal 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 régimen de contrataciones del Estado-, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado³.

De esta manera, considerando el rol de representante del interés general que cumple la Administración Pública, la Entidad puede aprobar la reducción de prestaciones siempre que se cumplan los presupuestos legales que la normativa de contrataciones del Estado contempla para dicho fin.

- 2.1.4. Ahora bien, es preciso señalar que el artículo 34 de la Ley establece los supuestos que habilitan a la Entidad a efectuar modificaciones contractuales –tales como la reducción de prestaciones-, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente; sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 34.1 del referido artículo “*Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad*”. (El subrayado es agregado).

Bajo tales consideraciones, el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley, concordante con lo dispuesto en el numeral 139.2 del artículo 139 del Reglamento, establece que, excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede reducir prestaciones de obra hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que dicha medida sea necesaria para alcanzar la finalidad del contrato.

Adicionalmente, conforme al criterio vertido en las Opiniones N° 156-2016/DTN y N° 146-2017/DTN, aun cuando la normativa de contrataciones del Estado no lo haya establecido expresamente, la Entidad solo puede aprobar la reducción de prestaciones en aquellos casos en los que la obligación a cargo del contratista tenga carácter divisible; en consecuencia, la reducción no es posible cuando se trate de obligaciones que sean indivisibles. Sin embargo, el OSCE no puede determinar si una prestación en particular es, o no, divisible.

Sobre el particular, Jaime Santos Briz⁴, citado por Raúl Ferrero Costa, señala que “*El criterio para distinguir las obligaciones divisibles e indivisibles no está en la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas, sino en la naturaleza de la prestación. Las divisibles son aquellas que tienen por objeto una prestación susceptible de ser cumplida por partes sin que se altere la esencia de la obligación; las indivisibles son aquellas otras cuya prestación no puede realizarse por parte sin alterar su esencia.*” (El subrayado es agregado).

³ 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 FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.; Tercera Edición, segunda reimpresión, 2004, página 88.

En esa medida, la Entidad puede aprobar la reducción de prestaciones cuando la obligación a cargo del contratista tenga carácter divisible, lo cual implica que la prestación pueda ser ejecutada parcialmente sin que ello ocasione un detrimento que le impida cumplir la finalidad para la cual fue contratada; aspecto que corresponde ser evaluado por la propia Entidad, a fin de determinar si la obligación asumida por el contratista reviste las características de una obligación divisible, para que pueda proceder con la reducción de prestaciones contemplada en la normativa de contrataciones del Estado.

Asimismo, es importante precisar que la Entidad solo puede disponer la reducción respecto de aquellas prestaciones que no hayan sido ejecutadas por el contratista (aspecto que corresponde ser verificado por la Entidad), y siempre hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.

De esta manera, se advierte que la reducción de prestaciones requiere –en concordancia con los requisitos y condiciones establecidos en los artículos 34 de la Ley y 139 del Reglamento- que la obligación a cargo del contratista tenga carácter divisible y que el objeto de la reducción esté constituido por prestaciones que aún no hayan sido ejecutadas.

- 2.1.5. Por lo expuesto, en el marco de un contrato de obra ejecutado bajo el sistema a precios unitarios, la Entidad puede reducir prestaciones conforme a lo establecido en los artículos 34 de la Ley y 139 del Reglamento, para lo cual debe cautelar que la aprobación de dicha medida permita alcanzar la finalidad de la obra –y que ella no genere un detrimento que pueda afectar el equilibrio económico financiero de la contratación-; además de verificar que la obligación asumida por el contratista revista las características de una obligación divisible y que las prestaciones que fueran objeto de reducción aún no hayan sido ejecutadas⁵.

3. CONCLUSIÓN

En el marco de un contrato de obra ejecutado bajo el sistema a precios unitarios, la Entidad puede reducir prestaciones conforme a lo establecido en los artículos 34 de la Ley y 139 del Reglamento, para lo cual debe cautelar que la aprobación de dicha medida permita alcanzar la finalidad de la obra –y que ella no genere un detrimento que pueda afectar el equilibrio económico financiero de la contratación-; además de verificar que la obligación asumida por el contratista revista las características de una obligación divisible y que las prestaciones que fueran objeto de reducción aún no hayan sido ejecutadas.

Jesús María, 18 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/JDS

⁵ En concordancia con los criterios vertidos en las Opiniones N° 156-2016/DTN y N° 146-2017/DTN.