

OPINIÓN N° 228-2019/DTN

Entidad: Mariana Jannina Ganoza Grey
Asunto: Prestaciones adicionales en Contrataciones Complementarias.
Referencia: Comunicación s/n recibida el 11 de marzo de 2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la ciudadana Mariana Jannina Ganoza Grey, solicita la emisión de una opinión respecto de la posibilidad de que se aprueben prestaciones adicionales en el marco de la ejecución de una contratación complementaria.

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, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444; así como por el acápite 9 del Anexo N°2 de su 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. CONSULTA Y ANÁLISIS¹

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 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por D.S. N°056-2017- EF, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ***“Es posible que se ordenen prestaciones adicionales en contratos complementarios si éstos no han alcanzado el límite del 30% previsto por la Ley para las prestaciones complementarias”***

¹ La Consulta N°2 no podrá ser atendida pues no se encuentra vinculada con la primera. Dicha consulta requiere un análisis de los efectos de las sanciones que impone el Tribunal de Contrataciones del Estado a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas por haber incurrido en alguna de la infracción contemplada en el artículo 50 de la Ley. Sin perjuicio de ello, resulta pertinente mencionar los establecido por el numeral 50.2., del citado artículo *“la inhabilitación o multa que se imponga no exime de la obligación de cumplir con los contratos ya suscritos a la fecha en que la sanción queda firme”*.

- 2.1.1. Cabe la posibilidad de que a pesar de haberse planificado con diligencia un proceso de contratación, el procedimiento de selección correspondiente –por razones de diversa índole– no culmine en el tiempo previsto; circunstancia que –de acaecer– podría afectar el aprovisionamiento oportuno de un determinado bien o servicio.

Asimismo, es posible que una vez culminado un proceso de contratación, hubiese surgido una nueva necesidad que podría ser satisfecha adquiriendo bienes y servicios idénticos a aquellos que fueron objeto del proceso de contratación culminado.

Con la finalidad de enfrentar las situaciones descritas, la normativa de Contrataciones del Estado ha brindado a las entidades públicas una herramienta denominada **“Contratación Complementaria”**.

- 2.1.2. Respecto de la aludida figura, el artículo 150 del Reglamento establece lo siguiente: *“dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del plazo de ejecución del contrato, la Entidad puede contratar, complementariamente, bienes y servicios en general con el mismo contratista, por única vez y en tanto culmine el procedimiento de selección convocado, hasta por un máximo del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original, siempre que se trate del mismo bien o servicio y que el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación*

En aquellos casos en los que con la contratación complementaria se agota la necesidad, la condición de convocar un procedimiento de selección no resulta necesaria; aspecto que debe ser sustentado por el área usuaria al formular su requerimiento.” (El resaltado es agregado)

Como se puede advertir, la normativa de contrataciones del Estado habilita a las entidades públicas a contratar los bienes y servicios mediante una **contratación complementaria**, esto es, sin la necesidad llevar a cabo un procedimiento de selección, siempre que dicha contratación se efectúe: (i) dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del plazo de ejecución del contrato; (ii) **por un monto no mayor al treinta por ciento (30%) del monto del contrato original**; (iii) con el contratista original; (iv) por única vez; (v) en tanto culmine el procedimiento de selección convocado; (vi) que se celebre para obtener el mismo bien o servicio del contrato original; (vii) que se preserven las condiciones que dieron lugar a la contratación; y, (viii) que no se celebre respecto de contratos cuyo objeto sea obra o consultoría de obra.

Ahora bien, es preciso añadir que considerando que la contratación complementaria permite que la Entidad satisfaga la necesidad de abastecerse de los bienes y servicios entre una contratación culminada y otra contratación en curso, dicho requisito supone la existencia de un procedimiento de selección competitivo convocado de forma previa a la suscripción del contrato complementario, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo, en tanto se seleccione al proveedor que cubrirá dicho requerimiento. No obstante, **de conformidad con el segundo párrafo del artículo 150 del Reglamento, el referido requisito no será necesario cuando con dicha contratación complementaria se agote la necesidad de la Entidad**, lo que debe ser sustentado por el área usuaria al formular su requerimiento.

- 2.1.3. Expuesto lo anterior, se debe anotar que, en la contratación pública, la regla general para seleccionar al proveedor con quien se suscribirá un contrato es la realización de un procedimiento de carácter competitivo. En tal medida, **la contratación**

complementaria, es decir, la contratación sin procedimiento de selección viabilizada en observancia de las condiciones descritas en el numeral anterior, se constituye como una herramienta de uso excepcional; ello, sin perjuicio, de que hubiese existido un procedimiento competitivo que derivó en la suscripción del contrato original y, a su vez haya un procedimiento competitivo en curso.

Cabe agregar que la celebración de un contrato complementario implica el surgimiento de una nueva relación jurídica, es decir, de un nuevo contrato; ello **independientemente de que los elementos del contrato complementario estén determinados por aquellos que constituían al contrato original (prestaciones, condiciones de ejecución y contratista)**.

- 2.1.4. En otro orden de ideas, es importante anotar que la normativa de contrataciones del Estado otorga a las Entidades una serie de prerrogativas que tienen por finalidad garantizar la satisfacción del interés público subyacente a toda contratación. Una de estas prerrogativas es la facultad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales.

Así, el numeral 34.2 del citado artículo dispone lo siguiente: **“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 subrayado es agregado)

Como se aprecia, la Ley prevé que, de manera excepcional y previa sustentación por el área usuaria, la Entidad puede disponer directamente la ejecución y pago de prestaciones adicionales en contratos de servicios -hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original-, siempre que ello resulte indispensable para alcanzar la finalidad de la contratación.

Por su parte, el numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento precisa: **“Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes”**. (El subrayado es agregado).

En esa medida, se desprende que **una Entidad tiene la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales en los contratos suscritos bajo el ámbito de la normativa de Contrataciones del Estado, a efectos de alcanzar la finalidad pública y satisfacer la necesidad que originó dicha contratación**; lo cual responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, que se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina como “cláusulas exorbitantes” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público como es el régimen de contrataciones del Estado.

- 2.1.5. Como se puede apreciar, pese a que las contrataciones complementarias y la ejecución de prestaciones adicionales, coinciden en que ambas sirven para satisfacer las necesidades de bienes y servicios que pueda tener la entidad, son figuras distintas

Las ***prestaciones adicionales*** tienen su origen en la necesidad de cumplir con el “objetivo” de un contrato en ejecución. Se trata de trabajos adicionales, de cuya ejecución depende la satisfacción efectiva de la necesidad de la entidad pública. Por su parte, ***el contrato complementario*** encuentra su justificación en la necesidad de atender una circunstancia extraordinaria y *externa* a la ejecución de un contrato ya culminado (por ejemplo, la necesidad de bienes y servicios generada por la dilación imprevista del procedimiento de selección convocado). Por tal razón, al margen de que los elementos del primero estén determinados por el segundo, el contrato complementario es considerado un contrato nuevo.

- 2.1.6. En tanto el contrato complementario es uno nuevo, esto es, uno distinto del contrato original, en principio, no existiría obstáculo a efectos de que –durante su ejecución– se le apliquen figuras de ejecución contractual tales como la aprobación de prestaciones adicionales. Sin embargo, para este fin será indispensable que se cumplan las condiciones, requisitos y procedimientos establecidos por la normativa de contrataciones, tanto para la contratación complementaria como para la aprobación de prestaciones adicionales a dicho contrato complementario.

En ese contexto, y en relación con la presente consulta, es importante reiterar dos ideas:

1. Que, de acuerdo con el numeral 34.2., del artículo 34 de la Ley, las prestaciones adicionales pueden ordenarse **siempre que sean necesarias para alcanzar la finalidad de un contrato y hasta por el límite del 25% del monto del contrato original.**
2. Que, de acuerdo con el artículo 150 del Reglamento, **una de las condiciones para viabilizar una contratación complementaria es que su monto no exceda el 30% del monto del contrato original.** La razón de ser de este tope es el carácter de *figura excepcional* que tiene la contratación complementaria.

Por tanto, en el supuesto en que una entidad hubiese determinado la necesidad de aprobar prestaciones adicionales durante la ejecución de un contrato complementario, deberá cuidar –entre otros aspectos²– que: i) los adicionales sean necesarios para alcanzar la finalidad del contrato y no excedan el 25% del monto de la contratación complementaria; y ii) el monto del contrato complementario –incluidos sus adicionales– no exceda el 30% del monto del contrato original, conforme a lo establecido en el artículo 150 del Reglamento.

3. CONCLUSIONES.

3.1. El contrato complementario es un contrato nuevo, esto es, uno distinto del contrato original, en principio, no existiría obstáculo a efectos de que –durante su ejecución– se le apliquen figuras de ejecución contractual tales como la aprobación de prestaciones adicionales. Sin embargo, para este fin será indispensable que se cumplan las condiciones, requisitos y procedimientos establecidos por la normativa de contrataciones, tanto para la contratación complementaria como para la aprobación de prestaciones adicionales a los contratos complementarios.

3.2. En el supuesto en que una entidad hubiese determinado la necesidad de aprobar prestaciones adicionales durante la ejecución de un contrato complementario, deberá

² El énfasis en las condiciones mencionadas, no enerva a la Entidad de observar las demás formalidades o condiciones previstas por la normativa de Contrataciones del Estado, tanto para la aprobación de adicionales como para viabilizar contrataciones complementarias.

cuidar –entre otros aspectos – que: i) los adicionales sean necesarios para alcanzar la finalidad del contrato y no excedan el 25% del monto de la contratación complementaria; y ii) el monto del contrato complementario –incluidos sus adicionales– no exceda el 30% del monto del contrato original, conforme a lo establecido en el artículo 150 del Reglamento.

Jesús María, 18 de diciembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC