

OPINIÓN N° 036-2021/DTN

Entidad: La Positiva Seguros y Reaseguros

Asunto: Contratación Directa por desabastecimiento y prestaciones adicionales

Referencia: Formulario S/N de fecha 09.MAR.2021 - Consultas del Sector Privado sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Empresa La Positiva Seguros y Reaseguros, formula varias consultas relacionadas con las prestaciones adicionales en el marco de los contratos de servicios derivados del procedimiento de contratación directa por causal de desabastecimiento.

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 numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF vigente desde el 15 de diciembre de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “De requerirse una prestación adicional en un contrato de servicios, que tiene

como origen una contratación directa por causal de desabastecimiento:

i) ¿Dicha prestación adicional debe estar sustentada en un nuevo hecho o situación “extraordinaria e imprevisible” distinto al hecho que dio origen a la contratación directa adicional? ¿O puede estar sustentado en el mismo hecho en caso tal causa “extraordinaria e imprevisible” no haya sido debidamente calculada o cuantificada al momento de su aprobación original?” (Sic).

2.1.1. De manera previa, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado tiene competencia para absolver las consultas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos. En esa medida, el OSCE no puede determinar, en vía de opinión, cuál debe ser el sustento que elabore una Entidad para aprobar una prestación adicional, razón por la cual el análisis de la presente Opinión se limitará a brindar alcances generales respecto de las prestaciones adicionales en el marco de los **contratos de servicios en general** —tomando en consideración lo señalado en las consultas planteadas, que excluye a los bienes y a las consultorías— derivados de los procedimientos de contratación directa por la causal de desabastecimiento.

2.1.2. Realizadas las precisiones anteriores, corresponde señalar que el artículo 27 de la Ley establece las causales que facultan a las Entidades a emplear el procedimiento de selección de contratación directa; dicho procedimiento permite que las Entidades, de manera excepcional, puedan contratar directamente con un determinado proveedor, sin la competencia de los procedimientos de selección clásicos.

Así, entre las causales de contratación directa se encuentra el previsto en el literal c) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley, el cual habilita a la Entidad a emplear la contratación directa “*Ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada, que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones*”.

En concordancia con el dispositivo citado, el literal c) del artículo 100 del Reglamento establece que “*La situación de desabastecimiento se configura ante la **ausencia inminente** de determinado bien, servicio en general o consultoría, debido a la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, que compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo. // Dicha situación faculta a la Entidad a contratar bienes, servicios en general o consultorías solo por el tiempo y/o cantidad necesario para resolver la situación y llevar a cabo el procedimiento de selección que corresponda. Cuando no corresponda realizar un procedimiento de selección posterior, se justifica en el informe o informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa*” (el resaltado es agregado).

Como es de verse, la “*situación de desabastecimiento*” que faculta a la Entidad a emplear la contratación directa —en el marco del literal c) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley— se configura cuando se reúnen los siguientes elementos: (i) que se trate de un hecho o situación extraordinaria e imprevisible que determina la “ausencia inminente” de un bien, servicio en general o consultoría; y (ii) que dicha

ausencia comprometa en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo.

Respecto del primer elemento señalado, por “extraordinario” se entiende a algún hecho o situación fuera del orden o regla natural o común¹ y por “imprevisible” se entiende al hecho o situación que no puede ser previsto². En ese orden de ideas, la causal se configuraría cuando se trata de un hecho o situación fuera del orden natural o común de un contexto, que no pudo ser previsto.

En relación con el segundo elemento, debe tenerse en cuenta que la ausencia del bien, servicio en general o consultoría compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que se encuentran relacionadas con el ejercicio de las facultades que, por ley expresa, son atribuidas a la Entidad.

En consecuencia, cada Entidad, a efectos de definir si puede realizar una contratación directa en virtud del literal c) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley, debe verificar la configuración de los elementos antes señalados.

2.1.3. En otro orden de ideas, el artículo 34³ de la Ley establece los supuestos en los que es posible realizar modificaciones al **contrato**, siendo pertinente recordar que en la normativa de contrataciones del Estado el contrato es el resultado de un procedimiento de selección. Entre dichos supuestos de modificación se encuentra el de la ejecución de prestaciones adicionales; al respecto, y **siempre en el marco de los contratos de servicios en general**, el numeral 34.2 establece que, **excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación**, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, **siempre que** sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato⁴. Es pertinente dejar claro que las prestaciones adicionales son modificaciones al contrato, es decir, no constituyen nuevas relaciones jurídico patrimoniales, sino que modifican la ya existente.

Asimismo, corresponde añadir que el numeral 101.5 del artículo 101 del Reglamento establece que, de ser necesarias prestaciones **adicionales** en las

¹ De acuerdo con la primera acepción del término “extraordinario” del Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, de la Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/extraordinario>

² De acuerdo con la acepción del término “imprevisible” del Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, de la Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/imprevisible?m=form>

³ El artículo 34 de la Ley establece que el contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: (i) ejecución de prestaciones adicionales, (ii) reducción de prestaciones, (iii) autorización de ampliaciones de plazo y (iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento.

⁴ En concordancia con el artículo 34 de la Ley, el artículo 157 del Reglamento establece, entre otras disposiciones, que para la ejecución de prestaciones adicionales debe contarse previamente con la resolución del Titular de la Entidad y debe contarse con la asignación presupuestal necesaria. Asimismo, se indica que 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 consultorías y de las condiciones y precios pactados en el contrato; y que en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.

contrataciones directas por desabastecimiento, debe contarse previamente —a su ejecución— con la emisión de una nueva resolución del Titular de la Entidad o un nuevo acuerdo del Consejo Regional, Concejo Municipal o Acuerdo de Directorio en caso de empresas del Estado, según corresponda.

En este punto es importante señalar que la potestad de aprobar prestaciones adicionales responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca en aquello que la doctrina denomina “*cláusulas exorbitantes*” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público —como lo es el régimen general de contratación pública—, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado⁵.

Como puede advertirse, la Entidad tiene la potestad de ordenar prestaciones adicionales durante la ejecución de los contratos de servicios que provienen de los procedimientos de selección denominados “contrataciones directas”⁶. Para que proceda la aprobación de los adicionales, será necesario cumplir con las condiciones y requisitos establecidos en la Ley y el Reglamento para tales efectos, entre los cuales se encuentra la sustentación del área usuaria que deberá estar orientada a acreditar que son prestaciones indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Cabe anotar que una revisión integral de la normativa de contrataciones del Estado permite comprobar que ella no ha previsto que el sustento para aprobar adicionales deba referirse, o no, a situaciones extraordinarias e imprevisibles.

Por tanto, durante la ejecución de un contrato proveniente del procedimiento de contratación directa por situación de desabastecimiento, la Entidad tiene la potestad de aprobar prestaciones adicionales, para lo cual será necesario que cumpla con las condiciones y requisitos establecidos en la Ley y el Reglamento para tales efectos, entre los cuales se encuentra la sustentación del área usuaria que acredite que son prestaciones indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que el sustento para la aprobación de los adicionales deba basarse, o no, en situaciones extraordinarias e imprevisibles.

- 2.2. ***“De requerirse una prestación adicional en un contrato de servicios, que tiene como origen una contratación directa por causal de desabastecimiento:***
ii) ¿Dicha prestación adicional puede tener como única y exclusiva finalidad la extensión del plazo de la contratación directa para que esta pase de un plazo X (plazo inicial) a uno X=Y (plazo ampliado), o debe estar sustentado en una nueva circunstancia o en una nueva prestación que justifique dicha extensión del plazo para la prestación del servicio?” (Sic).

2.2.1. De manera previa, debe reiterarse que este Organismo Técnico Especializado absuelve las consultas referidas al sentido y alcance de la normativa de

⁵ De La Puente, M. (1999), *Cláusulas exorbitantes*, Themis: Revista de Derecho N° 39, págs. 7-11.

⁶ En concordancia con lo señalado en el artículo 21 de la Ley.

contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en tal sentido, no es posible definir cuál debe ser el contenido de una prestación adicional en el marco de un contrato de servicios en general.

Por otro lado, es pertinente mencionar que —como se señaló al absolver la consulta anterior— durante la ejecución de un contrato proveniente del procedimiento de contratación directa por situación de desabastecimiento, la Entidad tiene la potestad de aprobar prestaciones adicionales, para lo cual será necesario que cumpla con las condiciones y requisitos establecidos en la Ley y el Reglamento para tales efectos, entre los cuales se encuentra la sustentación del área usuaria que acredite que son **prestaciones indispensables para alcanzar la finalidad del contrato**, debiendo precisarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que el sustento para la aprobación de los adicionales deba basarse, o no, en situaciones extraordinarias e imprevisibles.

2.2.2. Aclarado lo anterior, es preciso añadir que los adicionales son un supuesto de modificación contractual por el que la Entidad ordena la ejecución de prestaciones que no estaban originalmente consideradas en el contrato; así, —en el marco de los adicionales— la Entidad está facultada para ordenar la ejecución de *mayores prestaciones a las originalmente contratadas o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas*, siempre que el contrato se encuentre vigente y no supere, en el caso de los contratos de servicios en general, el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original. Como puede inferirse, la finalidad de los adicionales es que se ejecuten prestaciones que originalmente no estaban previstas en el contrato, para que éste, a su vez, alcance su finalidad.

Por otra parte, debe mencionarse que otro supuesto de modificación contractual —distinto al de los adicionales— es el de la ampliación de plazo de ejecución contractual. Para el caso de los contratos de servicios, el artículo 158 del Reglamento establece que **la aprobación de prestaciones adicionales, siempre y cuando afecte el plazo de ejecución del contrato, puede ser una causal⁷ para que el contratista solicite la ampliación de plazo**. Así, la finalidad de la ampliación de plazo es extender el plazo de ejecución originalmente previsto en el contrato, para lo cual deben cumplirse alguna de las causales, condiciones, requisitos y el procedimiento previsto en el artículo 158 del Reglamento.

De esta forma, queda claro que la ejecución de prestaciones adicionales y la ampliación de plazo constituyen supuestos distintos de modificación contractual, puesto que afectan a distintos elementos del contrato: (i) modificación de las prestaciones pactadas originalmente y (ii) el plazo de ejecución, respectivamente.

2.2.3. Como es posible apreciar, pueden presentarse situaciones en las que la ampliación de plazo sea una condición indispensable para la ejecución del adicional. Aunque

⁷ El artículo 158 del Reglamento establece las causales de ampliación de plazo en el caso de los contratos de bienes y servicios: (i) cuando se aprueba el adicional, siempre que afecte el plazo y (ii) por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.

no son las únicas, estas situaciones pueden ser recurrentes en ciertos contratos de duración, es decir, aquellos que sólo pueden ejecutarse y lograr su finalidad si es que se “dilatan en el tiempo”⁸.

Por tanto, la aprobación de una prestación adicional cuya ejecución afecta el plazo de ejecución contractual, es una causal para que el contratista solicite una ampliación de plazo, para lo cual deben cumplirse las condiciones, requisitos y el procedimiento previsto en el artículo 158 del Reglamento. Corresponde a cada Entidad evaluar, según la particularidad de cada caso, si la aprobación de una prestación adicional exige una ampliación de plazo.

**2.3. “De requerirse una prestación adicional en un contrato de servicios, que tiene como origen una contratación directa por causal de desabastecimiento:
iii) En la resolución que aprueba el adicional en un contrato que tiene como origen una contratación directa por desabastecimiento ¿El titular puede omitir en su parte resolutive el inicio de acciones para la determinación de responsabilidades” (Sic).**

2.3.1. En principio, corresponde indicar que este Organismo Técnico Especializado no puede definir si en el marco de una determinada contratación, algún funcionario o servidor interviniente en el proceso de contratación incurrió en alguna situación que exija la determinación de responsabilidades pues ello excede las competencias conferidas por la Ley al OSCE.

2.3.2. Sin perjuicio de lo señalado, como ya se mencionó al absolver la primera consulta, la contratación directa por situación de desabastecimiento es un procedimiento de selección (fase de selección) de naturaleza excepcional⁹, cuya configuración se verifica cuando concurren los elementos señalados en el literal c) del artículo 100 del Reglamento. Adicionalmente, debe señalarse que el último párrafo del literal c) del artículo 100 del Reglamento establece que “Cuando del sustento del desabastecimiento se desprenda que la conducta de los servidores de la Entidad hubiese originado la presencia o la configuración de la causal, la autoridad competente para autorizar la Contratación Directa ordena, en el acto aprobatorio de la misma, el inicio del análisis para determinar las responsabilidades que correspondan”.

Como puede apreciarse, en el marco de la **aprobación de la contratación directa por desabastecimiento**, cuando de su sustento se desprenda que la conducta de los servidores de la Entidad hubiese originado la presencia o la configuración de la causal, la autoridad competente para autorizar la contratación directa ordena, en el acto de su aprobación, el inicio del análisis para la determinación de responsabilidades.

⁸ Al respecto, la Opinión N° 015-2020/DTN expuso un ejemplo: “(...) es posible que, en determinados casos, la adquisición de mayores prestaciones del servicio de vigilancia exija, por su naturaleza, una extensión del tiempo para su ejecución. En tal circunstancia, podría ocurrir, que la obtención del referido “mayor tiempo” sólo sea posible mediante una ampliación de plazo”.

⁹ El Anexo de Definiciones del Reglamento establece, entre otros aspectos, que el Procedimiento de Selección –uno de cuyos tipos es la contratación directa- es un “procedimiento administrativo especial”

2.3.3. Por otra parte, las prestaciones adicionales son un supuesto por el cual puede modificarse el contrato durante su ejecución (fase de ejecución contractual), es decir, cuando ya ha concluido del procedimiento de selección denominado “contratación directa”.

Como es de advertirse, en el marco de la **aprobación de prestaciones adicionales** durante la ejecución de los contratos provenientes de las contrataciones directas por situación de desabastecimiento, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que en el instrumento que aprueba dichos adicionales se ordene el inicio del análisis para la determinación de responsabilidades de ningún tipo.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Durante la ejecución de un contrato proveniente del procedimiento de contratación directa por situación de desabastecimiento, la Entidad tiene la potestad de aprobar prestaciones adicionales, para lo cual será necesario que cumpla con las condiciones y requisitos establecidos en la Ley y el Reglamento para tales efectos, entre los cuales se encuentra la sustentación del área usuaria que acredite que son prestaciones indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que el sustento para la aprobación de los adicionales deba basarse, o no, en situaciones extraordinarias e imprevisibles.
- 3.2. La aprobación de una prestación adicional cuya ejecución afecta el plazo de ejecución contractual, es una causal para que el contratista solicite una ampliación de plazo, para lo cual deben cumplirse las condiciones, requisitos y el procedimiento previsto en el artículo 158 del Reglamento. Corresponde a cada Entidad evaluar, según la particularidad de cada caso, si la aprobación de una prestación adicional exige una ampliación de plazo.
- 3.3. En el marco de la aprobación de prestaciones adicionales durante la ejecución de los contratos provenientes de las contrataciones directas por situación de desabastecimiento, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que en el instrumento que aprueba dichos adicionales se ordene el inicio del análisis para la determinación de responsabilidades de ningún tipo.

Jesús María, 7 de abril de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS