

OPINIÓN N° 054-2023/DTN

Solicitante: PETRAMAS S.A.C.
Asunto: Modificaciones al contrato y reajuste de precios
Referencia: Formulario de Solicitud de Consulta de fecha 26.ABR.2023

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante legal de la empresa PETRAMAS S.A.C., formula consultas referidas a las modificaciones al contrato y el reajuste de precios.

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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ***“En un contrato de ejecución periódica o continuada de servicios en general que se ha visto afectado por el incremento del combustible en casi el 100%, y que no incluye una fórmula de reajuste, puede modificarse el contrato, incrementando el precio, con el objetivo de recobrar el equilibrio económico financiero y alcanzar su finalidad de***

¹ En atención a la competencia conferida 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 Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que de las cuatro consultas planteadas, una de estas (consulta N° 4) no se ha planteado en términos genéricos, sino que hace alusión a una situación particular sobre la inclusión de determinado índice en una fórmula de reajuste, aspecto que no puede ser analizado en vía de Opinión, razón por la cual, este Organismo Técnico Especializado no podrá pronunciarse al respecto, debido a que su análisis excede la habilitación legal otorgada a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

manera oportuna y eficiente.” (Sic).

- 2.1.1. En primer lugar, es necesario señalar que el artículo 38 del Reglamento, “*En los casos de contratos de ejecución periódica o continuada de bienes, servicios en general, consultorías en general, pactados en moneda nacional, los documentos del procedimiento de selección pueden considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al contratista, así como la oportunidad en la cual se hace efectivo el pago, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que se efectúa el pago*”.

Como se puede advertir, la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de incluir fórmulas de reajuste **dentro de las bases del procedimiento de selección** cuando se trate de contratos de ejecución periódica o continuada de servicios en general, pactados en moneda nacional, con la finalidad de cubrir la variación del precio de las prestaciones pactadas, producto de la distribución de la ejecución de dichas prestaciones en el tiempo. **Cabe hacer la aclaración que la normativa de contrataciones del Estado establece que las fórmulas de reajuste deben ser incluidas —si es que se pretende hacer la inclusión de estas— en las Bases del procedimiento de selección.**

Al respecto, debe precisarse que, la previsión de fórmulas de reajuste en las Bases permitirá que durante la ejecución del contrato pueda mantenerse una adecuada relación de equivalencia entre las prestaciones ejecutadas por el contratista y el pago que la Entidad debe realizar por dichas prestaciones, resguardándose el equilibrio económico que debe existir en todo contrato.

De esta manera, corresponde que cada Entidad determine si en las contrataciones que realiza —refiriéndonos a los contratos de ejecución periódica o continuada de servicios en general—, resulta necesario, o no, considerar fórmulas de reajuste **en las Bases**, a efectos de cubrir una posible variación de precios durante la ejecución contractual.

Así, la **inclusión de las fórmulas de reajuste** en una determinada contratación de servicios, es una **facultad que corresponde a cada Entidad** y, por tanto, no es obligatorio que sean incluidas en los documentos del procedimiento de selección.

En ese orden de ideas, debe advertirse que, con posterioridad a la celebración del contrato, no es posible que el contratista solicite la aplicación de fórmulas de reajuste si es que estas no fueron incorporadas en las Bases del procedimiento de selección en su oportunidad.

- 2.1.2 Realizados los alcances anteriores, debe indicarse que, el artículo 34 de la Ley establece los supuestos bajo los que es posible realizar modificaciones a los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado.

Así, de acuerdo con lo establecido en el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley, el contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: (i) la ejecución de prestaciones adicionales, (ii) la reducción de prestaciones, (iii) la autorización de ampliaciones de plazo y (iv) otros contemplados en la Ley y el Reglamento.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, “*Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las*

partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique el incremento del precio debe ser aprobada por el Titular de la Entidad”.

Por su parte, el artículo 160 del Reglamento establece que, las modificaciones a las que se refiere el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley deben cumplir con los siguientes requisitos y formalidades:

- “a) Informe técnico legal que sustente: i) la necesidad de la modificación a fin de cumplir con la finalidad pública del contrato de manera oportuna y eficiente, ii) que no se cambian los elementos esenciales del objeto de la contratación; y, iii) que sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no son imputables a las partes.*
- b) En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, corresponde contar con la opinión favorable del supervisor.*
- c) La suscripción de la adenda y su registro en el SEACE, conforme a lo establecido por el OSCE.*

160.2. Cuando la modificación implique el incremento del precio, adicionalmente a los documentos señalados en los literales precedentes, corresponde contar con lo siguiente:

- a) Certificación presupuestal; y*
- b) La aprobación por resolución del Titular de la Entidad”.*

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado vigente permite efectuar modificaciones al contrato relacionadas a su precio, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, entre los que se tiene que, **el hecho generador de tal modificación sea sobreviniente al perfeccionamiento de la presentación de ofertas y no sea imputable a alguna de las partes.**

Cabe mencionar que, el diccionario de la lengua española define “*sobreviniente*” como algo que se dice de una cosa que acaece o sucede después de otra. En ese sentido, la condición de “hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato” se refería a que la modificación que pactaran las partes al amparo del numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley debía derivar de una situación o hecho que hubiese acontecido de manera posterior a la etapa de presentación de ofertas.

En tanto, si se requiere efectuar modificaciones al contrato, que se encuentren relacionadas con el precio ofertado por el contratista, debe cumplirse con las condiciones establecidas en el artículo 160 del Reglamento, es decir, entre otras condiciones, debe realizarse el análisis correspondiente y emitir el sustento respectivo, siendo necesario que dicha modificación debe ser aprobada por el Titular de la Entidad.

En definitiva, en los contratos de servicios en general de ejecución periódica o continuada, durante su ejecución, no es posible que se apliquen fórmulas de reajuste si es que estas no fueron incorporadas en las Bases del procedimiento de selección en su oportunidad. Las modificaciones contractuales al amparo del numeral 34.10 del

artículo 34 de la Ley, que impliquen variaciones en el precio que la Entidad debe pagar al contratista -como reajustes en el precio- solo son posibles cuando se cumplen las condiciones previstas en el mencionado dispositivo, lo que involucra -entre otras condiciones- que el hecho generador de la modificación sea sobreviniente a la etapa de presentación de ofertas del respectivo procedimiento de selección y no imputable a las partes y estas deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad.

- 2.2 ***“¿El artículo 38.1 de la ley de contrataciones del estado contempla reajustes de precios en contratos de ejecución periódica o continuada de servicios en general. Ahora bien, cuando el contrato pierde el equilibrio económico financiero por factores externos no imputables a ninguna de las partes, poniendo en riesgo su continuidad. ¿Puede la Entidad a pedido del contratista incluir una fórmula de reajuste en el contrato, cuando no fue incluido en las bases integradas, solo con el único objeto de recobrar el equilibrio económico financiero del contrato?”*** (Sic).

Al respecto, debe indicarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas a la interpretación de la normativa de contrataciones del Estado, sin poder pronunciarse casos particulares o escenarios concretos. En tal medida, no es posible determinar, en un contexto en particular, si corresponde aplicar cierta figura jurídica a efectos con el fin de restituir el equilibrio económico financiero de un contrato, toda vez que ello excedería la habilitación legal prevista en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Corresponde señalar que, la previsión de fórmulas de reajustes en determinados contratos de bienes y servicios constituye una herramienta que la Entidad puede -o no- prever con el propósito de cubrir la variación del precio de las prestaciones pactadas, producto de la distribución de la ejecución de dichas prestaciones en el tiempo y de esa manera mantener una adecuada relación de equivalencia entre las prestaciones ejecutadas por el contratista y el pago que la Entidad debe efectuar a lo largo de la ejecución contractual. Por su parte, las modificaciones contractuales a las que se refiere el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, son una figura distinta, puesto que estas suponen una variación en el contrato por causas sobrevinientes a la presentación de ofertas.

Así, las modificaciones contractuales al amparo del numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, que impliquen variaciones en el precio que la Entidad debe pagar al contratista ***-como reajustes en el precio-*** solo son posibles cuando se cumplen las condiciones previstas en el mencionado dispositivo, lo que involucra -entre otras condiciones- que el hecho generador de la modificación sea sobreviniente a la etapa de presentación de ofertas del respectivo procedimiento de selección y no imputable a las partes y estas deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad.

- 2.3 ***“¿Cómo señalamos en nuestra primera consulta la ley de contrataciones establece modificaciones al contrato conforme a los numerales 34.1, 34.2 y 34.10. Además el Reglamento de la ley de contrataciones en su artículo 38 contempla fórmulas de reajuste al contrato, consultamos: ¿En un contrato de ejecución periódica o continuada que se ha visto afectado por el incremento del combustible en casi 100%, y que no incluye una fórmula de reajuste, puede modificarse el contrato incluyendo una fórmula de reajuste que incremente el componente combustible en la estructura de costos con el objetivo de recobrar el equilibrio económico financiero y alcanzar su finalidad e manera oportuna y eficiente?”*** (Sic).

- 2.3.1 Al respecto, debe reiterarse que, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas a la interpretación de la normativa de contrataciones del Estado, sin poder pronunciarse casos particulares o escenarios concretos. En tal medida, no es posible determinar, en un contexto en particular, cuál sería la figura jurídica que se debe adoptar para restituir el equilibrio económico financiero de un contrato, toda vez que ello excedería la habilitación legal prevista en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante reincidir en que la previsión de fórmulas de reajustes en determinados contratos de bienes y servicios constituye una herramienta que la Entidad puede -o no- prever con el propósito de cubrir la variación del precio de las prestaciones pactadas, producto de la distribución de la ejecución de dichas prestaciones en el tiempo y de esa manera mantener una adecuada relación de equivalencia entre las prestaciones ejecutadas por el contratista y el pago que la Entidad debe efectuar a lo largo de la ejecución contractual. Por su parte, las modificaciones contractuales a las que se refiere el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, son una figura distinta, puesto que estas suponen una variación en el contrato por causas sobrevinientes a la presentación de ofertas.

Así, las modificaciones contractuales al amparo del numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, que impliquen variaciones en el precio que la Entidad debe pagar al contratista *-como reajustes en el precio-* solo son posibles cuando se cumplen las condiciones previstas en el mencionado dispositivo, lo que involucra -entre otras condiciones- que el hecho generador de la modificación sea sobreviniente a la etapa de presentación de ofertas del respectivo procedimiento de selección y no imputable a las partes y estas deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad.

3. CONCLUSION

- 3.1. En los contratos de servicios en general de ejecución periódica o continuada, durante su ejecución, no es posible que se apliquen fórmulas de reajuste si es que estas no fueron incorporadas en las Bases del procedimiento de selección en su oportunidad. Las modificaciones contractuales al amparo del numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, que impliquen variaciones en el precio que la Entidad debe pagar al contratista -como reajustes en el precio- solo son posibles cuando se cumplen las condiciones previstas en el mencionado dispositivo, lo que involucra -entre otras condiciones- que el hecho generador de la modificación sea sobreviniente a la etapa de presentación de ofertas del respectivo procedimiento de selección y no imputable a las partes y estas deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad.

Jesús María, 22 de mayo de 2023



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22.05.2023 18:59:07 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.