

OPINIÓN N° 001-2023/DTN

Empresa: Fuerza Aérea del Perú - FAP

Asunto: Pago por adelantado

Referencia: Formulario S/N de fecha 29.NOV.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina de Asesoría Legal de la Fuerza Aérea del Perú, consulta sobre la procedencia del pago por adelantado.

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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“¿Las partes pueden acordar el cambio de la forma de pago (de único a adelantado) a pesar de que ello no haya sido una condición determinada durante la fase de actuaciones preparatorias?” (sic).*

2.1.1 Sobre el particular, cabe señalar que conforme al artículo 39 de la Ley, por regla general, el pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación y otorgada su conformidad, pudiendo contemplarse, en ciertos casos, pagos a cuenta.

Sin perjuicio de lo anterior, la normativa también reconoce, de manera excepcional, la posibilidad de realizar el pago en su integridad por adelantado, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que el pago adelantado sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios.
- Que se otorgue, de manera previa, la correspondiente garantía por el mismo monto del pago.

En cuanto a la primera condición, la Entidad, de manera previa a la convocatoria, deberá determinar si de acuerdo a las condiciones existentes en el mercado, es una práctica común que el comprador cumpla con realizar el pago antes de ejecutada la prestación a la que se obliga el vendedor.

En cuanto a la segunda condición, dado que la Entidad desembolsará el pago en su integridad antes de iniciada la prestación, es necesario que el contratista otorgue una garantía por el mismo monto.

2.2.1 Ahora bien, la presente consulta busca determinar si resulta posible modificar la forma de pago, de pago único (a realizarse luego de ejecutada la prestación y otorgada su conformidad) a pago por adelantado, en aplicación del numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley.

Al respecto, el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley establece que “*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*”. (El subrayado es agregado).

De esta forma, se tiene que cuando no resultan aplicables los supuestos de ejecución de prestaciones adicionales, reducción de prestaciones y ampliación de plazo, las partes pueden acordar realizar otras modificaciones al contrato, para lo cual deben cumplirse las siguientes condiciones: i) que la causa para realizar la modificación sea una situación sobreviniente a la etapa de presentación de ofertas que no resulte imputable a alguna de las partes, ii) que la modificación que se va a realizar sirva para que el contrato alcance su finalidad de manera oportuna y eficiente, y iii) que la modificación no cambie los elementos determinantes del objeto contractual.

Respecto de la primera condición, referida a “hechos sobrevinientes”, el Diccionario de la Lengua Española define el término “sobreviniente” como algo que se dice de una cosa que acaece o sucede después de otra¹.

En ese sentido, la condición de “hecho sobreviniente a la etapa de presentación de ofertas” prevista en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley se refiere a que la modificación que pacten las partes al amparo de dicho dispositivo debe derivar de una situación o hecho que haya acontecido de manera posterior a la etapa de presentación de ofertas -es decir, una situación o hecho que no existía o no se produjo antes de la etapa de presentación de ofertas- del procedimiento de selección del cual deriva el contrato correspondiente.

En conclusión, la modificación convencional del contrato, prevista en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley procede una vez que se ha verificado la configuración de los supuestos previstos para ello, entre los cuales se encuentra aquel referido a que la modificación a efectuarse derive de un hecho o situación que haya acaecido de manera posterior a la etapa de presentación de ofertas del procedimiento de selección del que proviene el contrato correspondiente² que no resulte imputable a alguna de las partes³.

En ese sentido, para determinar si procede cambiar la forma de pago (de pago único a pago por adelantado) antes de la entrega del bien o del inicio de la prestación del servicio, una de los extremos a analizar por parte de la Entidad estará referido a corroborar si de manera posterior a la presentación de ofertas se han presentado hechos (sobrevinientes) que hubiesen modificado las condiciones de mercado bajo las cuales se convocó el procedimiento, en lo que se refiere a la forma de pago; es decir, si se hubiesen presentado circunstancias extraordinarias en el mercado (escasez de un bien, por ejemplo) que originasen una nueva práctica general en lo que se refiere a la forma de pago. Dicha circunstancia deberá encontrarse debidamente sustentada, a efectos de verificar de manera fehaciente un cambio respecto de las condiciones existentes en el mercado respecto a la forma de pago⁴.

Finalmente, además de la condición de que la modificación propuesta derive de un hecho sobreviniente a la presentación de ofertas que no resulte imputable a alguna de las partes, es necesario verificar el cumplimiento de todas las demás condiciones

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

² En este punto cabe tener en cuenta (aún antes de analizar los supuestos o condiciones previstas para su procedencia) si resulta necesario que determinadas circunstancias originen la necesidad de una modificación contractual, pues ésta busca cambiar condiciones originalmente pactadas entre las partes del contrato a partir de lo establecido por la Entidad en el requerimiento respectivo, en lo previsto en los documentos del procedimiento, en la oferta del postor, así como en el contrato respectivo.

³ El análisis de imputabilidad de la situación de la cual deriva la modificación propuesta debe ser realizado tomando en consideración los elementos que constituyen el caso concreto. Así, cualquiera sea la situación que se presente, debe analizarse si alguna de las partes tiene responsabilidad por lo acontecido. En caso —si a partir del análisis realizado— se llegue a la conclusión que alguna de las partes es responsable del hecho sobreviniente, no se cumpliría la referida condición.

⁴ Para ello se puede realizar, por ejemplo, nuevas indagaciones o averiguaciones en el mercado.

previstas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, es decir, que la modificación permita que el contrato alcance su finalidad de manera oportuna y eficiente y que la modificación no cambie los elementos determinantes del objeto contractual, así como cumplir con las formalidades del artículo 160 del Reglamento. Asimismo, en adición a lo anterior, para que proceda el pago por adelantado, el contratista deberá otorgar la correspondiente garantía por el mismo monto a ser pagado.

2.2. “¿Qué se entiende por “elementos determinantes del objeto”?” (sic)

De acuerdo con lo establecido en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley -y en concordancia con el artículo 160 del Reglamento-, cuando no resultan aplicables los supuestos de ejecución de prestaciones adicionales, reducción de prestaciones y ampliación de plazo, las partes pueden acordar realizar otras modificaciones al contrato, para lo cual deben cumplirse las siguientes condiciones: i) que la causa para realizar la modificación sea una situación sobreviniente a la etapa de presentación de ofertas que no resulte imputable a alguna de las partes, ii) que la modificación que se va a realizar sirva para que el contrato alcance su finalidad de manera oportuna y eficiente, y iii) que la modificación no cambie los elementos determinantes del objeto contractual.

Al respecto, cuando la Ley hace mención a los “elementos determinantes del objeto contractual”, estos se encuentran referidos a la condición de que, a efectos de operar la modificación convencional al contrato: *no se cambien los elementos sustanciales en virtud de los cuales se estableció el objeto de la contratación*⁵, es decir, no se desnaturalice el objeto del contrato o se cambien sus elementos intrínsecos.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Para determinar si procede cambiar la forma de pago (de pago único a pago por adelantado) antes de la entrega del bien o del inicio de la prestación del servicio, una de los extremos a analizar por parte de la Entidad estará referido a corroborar si de manera posterior a la presentación de ofertas se han presentado hechos (sobrevenientes) que hubiesen modificado las condiciones de mercado bajo las cuales se convocó el procedimiento, en lo que se refiere a la forma de pago; es decir, si se hubiesen presentado circunstancias extraordinarias en el mercado (escasez de un bien, por ejemplo) que originasen una nueva práctica general respecto a la forma de pago.
- 3.2 Además de la condición de que la modificación propuesta derive de un hecho sobreviniente a la presentación de ofertas que no resulte imputable a alguna de las partes, es necesario verificar el cumplimiento de todas las demás condiciones previstas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, es decir, que la modificación permita que el contrato alcance su finalidad de manera oportuna y eficiente y que la modificación no cambie los elementos determinantes del objeto contractual, así como cumplir con las formalidades del artículo 160 del Reglamento. Asimismo, en adición a lo anterior, para que proceda el pago por adelantado, el contratista deberá otorgar la correspondiente garantía por el mismo monto a ser pagado.

⁵ De conformidad con las Opiniones N° 269-2017/DTN y N° 098-2018/DTN.

- 3.3 Cuando la Ley hace mención a los “elementos determinantes del objeto contractual”, estos se encuentran referidos a la condición de que, a efectos de operar la modificación convencional al contrato: *no se cambien los elementos sustanciales en virtud de los cuales se estableció el objeto de la contratación*, es decir, no se desnaturalice el objeto del contrato o se cambien sus elementos intrínsecos.

Jesús María, 5 de enero de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/