

OPINIÓN N° 009-2019/DTN

Solicitante: Municipalidad Provincial de San Pablo

Asunto: Reajuste de Precios

Referencia: Oficio N° 321-2018-MPSP/A

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Alcalde de la Municipalidad Provincial de San Pablo consulta sobre el reajuste de precios, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

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 o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”) y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

De manera previa, debe indicarse que, con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 *-que modifica la Ley N° 30225-* y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF *-que modifica el Decreto Supremo N° 350-2015-EF-*, cuyas disposiciones son de aplicación a partir de la fecha mencionada salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados con anterioridad a ella, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria².

En esa medida, considerando que vuestra solicitud de consulta ha sido formulada después de efectuadas dichas modificatorias, el análisis de la presente opinión se desarrollará bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado vigente.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA del OSCE, “Consultas de Entidades Públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado”, determinándose que la segunda consulta no es clara ni directa, además de plantear un escenario particular; por lo que, ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 89 del TUPA, solo será absuelta la primera consulta.

² De acuerdo a lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1341.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

2.1 “¿Cómo reconocer reajuste de Precios, mediante la Formula Polinomial, cuando existe un error en el expediente Técnico, toda vez que el coeficiente sobrepasa la Unidad, es decir más de lo normado?” (Sic).

2.1.1 De acuerdo a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el OSCE 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; motivo por el cual, este Organismo Técnico Especializado, en vía de opinión, no puede indicar cómo debe realizarse el reajuste de precios en un caso concreto, pues ello excede la habilitación establecida en el literal o) del artículo 52 de la Ley.

No obstante, a continuación se brindarán precisiones de carácter general, sobre la aplicación de fórmulas de reajuste en contratos de obra.

Al respecto, debe señalarse que el artículo 116 del Reglamento establece que “El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.” (El subrayado es agregado).

Por su parte, el literal b) del numeral 27.1 del artículo 27 del Reglamento dispone que las bases³ de la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada y la subasta inversa electrónica deben contener, como mínimo, “(...) Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia, la Ficha de Homologación, la Ficha Técnica o el Expediente Técnico de Obra⁴, según corresponda”; asimismo, el literal g) del citado numeral señala que “(...) Las fórmulas de reajuste, cuando correspondan” también forman parte del contenido de las bases. (El subrayado es agregado).

En esa medida, una vez que las bases quedan integradas⁵, las fórmulas

³ “Bases: Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Simplificada y Subasta Inversa Electrónica que contiene el conjunto de reglas formuladas por la Entidad para la preparación y ejecución del contrato.” De conformidad con lo señalado en el Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones”.

⁴ “Expediente Técnico de Obra: El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.”(el subrayado es agregado). De conformidad con lo señalado en el Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones”.

⁵ “Bases integradas: Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Simplificada que contiene las reglas definitivas del procedimiento de selección cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión, según sea el caso; o, cuyo texto coincide con el de las Bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones, ni se hayan realizado acciones de supervisión.” De conformidad con lo señalado en el Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones”.

polinómicas⁶ para el reajuste de precios en los contratos de obra forman parte de los documentos del procedimiento de selección que establecen reglas definitivas y, en consecuencia, también forman parte del contenido del contrato.

- 2.1.2 Efectuada la precisión anterior, corresponde analizar si la normativa de contrataciones del Estado contempla como un supuesto de modificación contractual a la corrección de los coeficientes de incidencia de las fórmulas polinómicas inicialmente consideradas en el expediente técnico.

Sobre el particular, el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley establece que “*El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. (...)*” (El subrayado es agregado).

En este punto, es importante señalar que la Ley y el Reglamento contemplan una serie de modificaciones que pueden efectuarse respecto del contrato de obra, tales como la aprobación de prestaciones adicionales, la reducción de prestaciones, la ampliación de plazo, entre otros; no obstante ello, ninguna de estas modificaciones se encuentra referida a la corrección de las fórmulas polinómicas señaladas en el expediente técnico de obra, durante la ejecución contractual.

Por su parte, el artículo 34-A de la Ley indica que, “*Sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar, 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 al perfeccionamiento del contrato 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 la variación del precio, debe ser aprobada por el Titular de la Entidad.*” (El subrayado es agregado).

Como se advierte, el artículo 34-A de la Ley tiene como uno de sus presupuestos que el hecho generador de la modificación contractual sea sobreviniente al perfeccionamiento del contrato; en tal sentido, **no** es posible efectuar la corrección de la fórmula polinómica al amparo del dispositivo bajo análisis, toda vez que su elaboración e inclusión en el expediente técnico de obra se efectúa en una oportunidad anterior a la suscripción del contrato.

En ese orden de ideas, puede concluirse que dentro de las modificaciones que la normativa de contrataciones del Estado prevé para el contrato de obra no se encuentra la corrección de fórmulas polinómicas; por lo tanto, **durante la ejecución contractual, no pueden modificarse las fórmulas polinómicas contenidas en el expediente técnico**.

⁶ Se entiende por “fórmula polinómica” a la representación matemática de la estructura de costos de un presupuesto de obra y está constituida por la sumatoria de términos, denominados monomios, que consideran la participación o incidencia de los principales recursos (mano de obra, materiales, equipo, gastos generales) dentro del costo o presupuesto total de la obra. SALINAS SEMINARIO, Miguel “Costos, Presupuesto, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra”. Lima: Fondo Editorial del Instituto de la Construcción y Gerencia, 2003, 2º Edición, Pág. 7.

2.1.3 No obstante lo expuesto, el numeral 17.2 del artículo 17 del Reglamento establece que *“En el caso de contratos de obra pactados en moneda nacional, los documentos del procedimiento de selección establecen las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones son ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste “K” que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización. Una vez publicados los índices correspondientes al mes en que debió efectuarse el pago, se realizan las regularizaciones necesarias.”*; precisando que, *“Tanto la elaboración como la aplicación de las fórmulas polinómicas se sujetan a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.”* (El subrayado es agregado).

Al respecto, es importante señalar que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-79-VC señala que los coeficientes de incidencia son cifras decimales con aproximación al milésimo que representan el grado de participación de determinados elementos (mano de obra, materiales, equipos de construcción, gastos generales, utilidad, entre otros) en el costo de la obra; estableciendo que **la suma de todos los coeficientes de incidencia siempre será igual a la unidad (1).**

De esta manera, **cuando la sumatoria de todos los coeficientes de incidencia arroje como resultado a la unidad (1) ⁷, se podrá concluir que la fórmula polinómica ha sido elaborada cumpliendo una de las condiciones previstas por el Decreto Supremo N° 011-79-VC.**

2.1.4 En esa línea, es importante indicar que el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a *“(…) contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”* (El subrayado es agregado).

Sobre el particular, Rubio Correa⁸ al comentar el referido numeral señala que este consagra la libertad de contratar y le pone dos limitaciones *“La primera es que los fines del contrato tienen que ser lícitos. Este requisito quiere decir que el ámbito de acuerdo puede ser todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley (…) En otras palabras, la ilicitud tendrá que emerger claramente de la ley para invalidar el ejercicio de esta libertad. (…) La segunda limitación consiste en que no debe contravenir las leyes de orden público. (…)”* (El subrayado es agregado).

Asimismo, el fundamento 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de enero de 2004, Expediente N° 2670-2002-AA/TC, indica que *“(…) si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza*

⁷ Es importante señalar que **los postores podían presentar consultas y observaciones, durante el procedimiento de selección, respecto de la información contenida en el expediente técnico -dentro de la que se encontraba la fórmula polinómica- a efectos que la Entidad aclarase dicha información.**

⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo I.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Primera Edición, 1999, página 343.

que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2º, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; (...)límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos". (El subrayado es agregado).

De conformidad con lo expuesto, las contrataciones en general -y por consiguiente aquellas que realizan las Entidades para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones- deben ajustarse a las disposiciones del ordenamiento legal vigente; por lo tanto, la suma de los coeficientes de incidencia de la fórmula polinómica necesariamente debe ser igual a la unidad (1) a efectos de no contravenir las disposiciones del Decreto Supremo N° 011-79-VC⁹ ni -en consecuencia- las de la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.5 En ese orden de ideas, si bien la normativa de contrataciones del Estado no prevé que, durante la ejecución contractual, puedan modificarse las fórmulas polinómicas contenidas en el expediente técnico de obra; la Entidad puede aprobar la corrección de los coeficientes de incidencia de la fórmula polinómica a efectos de que la sumatoria de estos sea igual a la unidad (1); ello con la única finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente¹⁰.

Finalmente, cabe agregar que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución del contrato se resuelven a través de los mecanismos de solución de controversias contemplados por la normativa de contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIÓN

Si bien la normativa de contrataciones del Estado no prevé que, durante la ejecución contractual, puedan modificarse las formulas polinómicas contenidas en el expediente técnico de obra; la Entidad puede aprobar la corrección de los coeficientes de incidencia de la fórmula polinómica a efectos de que la sumatoria de estos sea igual a la unidad

⁹ Adicionalmente, es importante indicar que el requerimiento y -por tanto- el expediente técnico que en el caso de obras lo conforma debe incluir las exigencias previstas en leyes, reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias, reglamentos y demás normas que regulan el objeto de la contratación con carácter obligatorio.

¹⁰ Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que resulten aplicables por la contravención del ordenamiento legal vigente.

(1); ello con la única finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente.

Jesús María, 14 de enero de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.