

OPINIÓN N° 026-2021/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de La Joya

Asunto: Fórmula polinómica en los contratos de ejecución de obra

Referencia: Formulario S/N de fecha 15.MAR.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Distrital de La Joya, señor Yasmani Rosmel Cardeña Merma, formula una consulta sobre la posibilidad de modificar la fórmula polinómica de los contratos de ejecución de obra celebrados al amparo de 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 en términos genéricos y vinculadas 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. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias¹.

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

“¿Procede la modificación de los índices unificados de la fórmula polinómica en

¹ La última modificación al Decreto Supremo N° 344-2018-EF ha sido realizada mediante el Decreto Supremo N° 162-2021-EF, publicado el 26 de junio de 2021.

contratos a suma alzada, durante la ejecución de la obra?” (Sic).

- 2.1. De manera previa, debe indicarse que el artículo 138 del Reglamento establece que el contrato se encuentra conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Por su parte, el artículo 48 del Reglamento establece que las bases del procedimiento de selección para la contratación de ejecución de obras deben contener como mínimo —entre otros documentos— el Expediente Técnico de Obra, así como las fórmulas de reajuste. Cabe señalar que dicha situación es aplicable independientemente del sistema de contratación que se emplee en el contrato de ejecución de obra que sea materia de análisis².

En este punto, es importante señalar que las bases del procedimiento de selección son elaboradas por el comité de selección, y son requisito indispensable para convocar el procedimiento; posteriormente, una vez que es otorgada la buena pro, las bases pasan a formar parte del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 138 del Reglamento.

Así, considerando que el contrato se encuentra conformado por las bases integradas que comprenden el expediente técnico de obra, así como las fórmulas polinómicas aplicables, puede deducirse que éstas (las fórmulas polinómicas) forman parte del contrato de ejecución de obra.

- 2.2. Realizadas las precisiones anteriores, debe analizarse si la normativa de contrataciones del Estado contempla como supuesto de modificación contractual a la modificación de las fórmulas polinómicas inicialmente previstas en el expediente técnico de obra.

Al respecto, debe indicarse que el artículo 34 de la Ley establece los supuestos en los cuales es posible modificar los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del estado, siendo éstos: (i) la ejecución de prestaciones adicionales, (ii) la reducción de prestaciones, (iii) las ampliaciones de plazo y (iv) otros contemplados en la Ley y el Reglamento.

Respecto del último supuesto de modificación contractual previsto en el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley, cabe indicar que el numeral 34.10³ de dicho dispositivo establece lo siguiente: *“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*

² De conformidad con el artículo 35 del Reglamento, en el caso de los contratos de ejecución de obra, pueden emplearse el sistema a suma alzada, el cual resulta aplicable cuando los trabajos necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida se encuentran en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva, presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico de obra, o el sistema a precios unitarios, el cual es aplicable cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.

³ Cabe señalar que el documento de la referencia hace alusión a dicho dispositivo.

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”.

Como se aprecia, —una vez que se verifica que no son aplicables los adicionales, las reducciones y las ampliaciones de plazo— para que sea posible realizar una modificación contractual en el marco de lo previsto en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, deben reunirse los siguientes requisitos: (i) que la modificación derive de un hecho o situación sobreviniente (posterior) a la etapa de presentación de ofertas del procedimiento de selección, (ii) que dicha situación no sea imputable a alguna de las partes, (iii) que la modificación permita alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y (iv) no cambie los elementos determinantes del objeto del contrato.

Como es posible advertir, el supuesto de modificación contractual previsto en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley no es aplicable para la modificación de aquellos elementos que fueron establecidos con anterioridad a la etapa de presentación de ofertas del procedimiento de selección y que sea consecuencia de las acciones de una de las partes, en consecuencia, no es aplicable para la modificación de las fórmulas polinómicas contenidas en el expediente técnico de obra. Cabe precisar que ninguno de los supuestos de modificación contractual previstos en la Ley y el Reglamento se encuentra referido a la subsanación de las fórmulas polinómicas.

Así, se concluye que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, no se encuentra prevista la posibilidad de modificar las fórmulas polinómicas, por tanto, en principio, durante la ejecución contractual no es posible subsanar las fórmulas polinómicas contenidas en el expediente técnico de obra, que forma parte integrante del contrato.

- 2.3. Sin perjuicio de ello, es pertinente tener en cuenta que el artículo 38 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 en su numeral 34.8 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 normas modificatorias, ampliatorias y complementarias”**. (El resaltado es agregado).

En esa medida, en aquellas situaciones en las que la fórmula polinómica hubiera sido elaborada contraviniendo las disposiciones del Decreto Supremo N° 011-79-VC y, en consecuencia, las contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, la Entidad, de forma excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede corregir sus alcances con la única finalidad de ajustar el

contenido del contrato a lo dispuesto por el ordenamiento legal aplicable, independientemente del sistema de contratación que se emplee en éste.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, no se encuentra prevista la posibilidad de modificar las fórmulas polinómicas, por tanto, en principio, durante la ejecución contractual no es posible subsanar las fórmulas polinómicas contenidas en el expediente técnico de obra, que forma parte integrante del contrato.
- 3.2. En aquellas situaciones en las que la fórmula polinómica hubiera sido elaborada contraviniendo las disposiciones del Decreto Supremo N° 011-79-VC y, en consecuencia, las contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, la Entidad, de forma excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede corregir sus alcances con la única finalidad de ajustar el contenido del contrato a lo dispuesto por el ordenamiento legal aplicable, independientemente del sistema de contratación que se emplee en éste.

Jesús María, 8 de abril de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS