

OPINIÓN N° 047-2023/DTN

Solicitante: Unidad Ejecutora 120: Programa Nacional de Dotación de Recursos Humanos

Asunto: Reajuste de precios y modificaciones al contrato.

Referencia: Formulario S/N de fecha 15.MAR.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director de la Dirección de Gestión de Recursos Educativos - DIGERE¹, señor Luis Alberto Manuel Garrido Schaeffer, formula varias consultas sobre la incorporación de las fórmulas de reajuste y la modificación contractual prevista en el artículo 142 del anterior Reglamento.

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

2. CONSULTAS² Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

¹ De acuerdo a la Única Disposición Complementaria Final del Manual de Operaciones (MOP) de la Dirección de Gestión de Recursos Educativos – DIGERE, aprobado por la Resolución Ministerial N° 205-2015-MINEDU, modificado por la Resolución Ministerial N° 384-2015-MINEDU, **“toda referencia que se haga a la Unidad Ejecutora 120: Programa Nacional de Dotación de Materiales Educativos (UE 120), se entiende realizada a la DIGERE, la cual asume el íntegro de sus obligaciones y derechos”**.

² 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° 3 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 que únicamente puede ser dilucidada a partir del conocimiento de los elementos propios del caso en concreto, 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.

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N°30225, vigente a partir del 09 de enero de 2016.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N°350-2015-EF, vigente a partir del 09 de enero de 2016.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “En la normativa anterior constituida por la Ley N° 30225 (sin modificaciones) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (sin modificaciones), el mecanismo previsto para restituir el equilibrio económico financiero de un contrato donde el contratista se ha visto impactado por el considerable aumento de uno o más insumos (como, por ejemplo, el combustible) requeridos para la ejecución de la prestación a su cargo es ¿la fórmula de reajuste prevista en el artículo 17 del Reglamento o la modificación contractual contemplada en el artículo 142 del citado cuerpo legal?” (Sic).

2.1.1 De manera previa, 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 sobre situaciones particulares**. En tal medida, no es competente para determinar, en un contexto en particular, cuál es 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.

2.1.2 Efectuada esta aclaración, debe indicarse que todo contrato celebrado al amparo de la normativa de contrataciones del Estado se rige por el “**principio de equilibrio económico financiero**”, según el cual las prestaciones a cargo de las partes deben mantener una relación de equivalencia o correspondencia entre sí durante la ejecución del contrato, de tal manera que a su terminación, cada una de las partes alcance la finalidad esperada con este³. Así, a efectos de resguardar la vigencia efectiva de dicho principio, la anterior normativa de contrataciones del Estado ha contemplado diversas figuras jurídicas, siendo dos de ellas la incorporación de *fórmulas de reajuste* y las *modificaciones contractuales* previstas en el artículo 142 del anterior Reglamento, las cuales se desarrollarán a continuación.

- **Reajuste de precios**

Al respecto, cabe señalar que el artículo 116 del anterior Reglamento disponía que el contrato estaba conformado por: (i) el documento que lo contenía, (ii) los documentos del procedimiento de selección que establecían reglas definitivas⁴, (iii) la oferta ganadora, y (iv) los documentos derivados del procedimiento de selección que establecieran obligaciones para las partes.

³ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. “*El equilibrio económico en los contratos administrativos*”, Revista Derecho PUCP, N°66, 2011, pp. 57-60.

⁴ Conforme al artículo 26 del anterior Reglamento, “*Los documentos del procedimiento de selección son las bases, las solicitudes de expresión de interés para selección de consultores individuales, así como las solicitudes de cotización para comparación de precios, los cuales se utilizan atendiendo al tipo de procedimiento de selección*”.

En relación con lo anterior, el artículo 17 del anterior Reglamento disponía que 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 podían considerar fórmulas de reajuste de los pagos** que correspondían al contratista, así como la oportunidad en la cual se debía hacer 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 debía efectuarse el pago. Cuando se trataba de **bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio estuviera influido por esta**, no se aplicaba la limitación del Índice de Precios al Consumidor a que se refería el párrafo precedente⁵.

Como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado habilitaba a las Entidades a incluir fórmulas de reajuste dentro de los documentos del procedimiento de selección (Bases) cuando se trataba de contratos de ejecución periódica o continuada de bienes, servicios en general, consultorías 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.

En ese sentido, tratándose de la contratación de bienes, servicios o consultorías en general, la inclusión de fórmulas de reajuste era facultativa, por tanto, correspondía a cada Entidad determinar, de acuerdo a la naturaleza y características de cada prestación, si resultaba necesario considerar fórmulas de reajustes en los documentos del procedimiento de selección, a fin de que durante la ejecución contractual se mantuviera una adecuada relación de equivalencia entre las prestaciones ejecutadas por el contratista y el pago que la Entidad debía realizar por éstas, resguardándose de esta manera el equilibrio económico financiero que debía existir en todo contrato.

En consecuencia, la previsión de fórmulas de reajuste –cuando así lo determinaba la Entidad– en los contratos de bienes, servicios y consultorías en general, tenía como finalidad cubrir una posible variación de precios durante la ejecución del contrato, garantizándose de esta manera el mantenimiento de una adecuada equivalencia entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes.

Adicionalmente, debe precisarse que de haberse previsto las fórmulas de reajuste en las bases integradas, la Entidad, durante la ejecución contractual, estaba obligada a aplicarlas en caso de presentarse variaciones en el precio de las prestaciones del contrato. De lo contrario, cuando los documentos del procedimiento de selección **no** incorporaban fórmulas de reajuste, el proveedor, al presentar su oferta, se

⁵ El referido precepto también disponía que tratándose de contratos de obras pactados en moneda nacional, los documentos del procedimiento de selección establecían las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectuaban a precios originales del contrato y sus ampliaciones eran ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste “K” que se obtenía de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publicaba el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debía ser pagada la valorización. Una vez publicados los índices correspondientes al mes en que debió efectuarse el pago, se realizaban las regularizaciones necesarias. De ahí que en los contratos de ejecución de obra era obligatoria la incorporación y aplicación de fórmulas de reajustes.

sometía a dichas reglas, debiendo respetarlas en la ejecución del contrato, sin considerar incrementos o reducciones en los precios. Así, con posterioridad a la celebración del contrato no era posible la aplicación de fórmulas de reajuste de precios si es que éstas no fueron incorporadas en los documentos del procedimiento de selección (Bases) oportunamente.

- **Modificaciones contractuales previstas en el artículo 142 del anterior Reglamento.**

En otro orden de ideas, cabe anotar que el numeral 34.1 del artículo 34 de la anterior Ley disponía que el contrato podía modificarse en los supuestos contemplados en la anterior Ley y el anterior Reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente.

Al respecto, el artículo 142 del anterior Reglamento establecía que cuando **no** resultaran aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes podían acodar otras modificaciones al contrato **siempre que** las mismas derivaran de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, permitieran alcanzar la finalidad el contrato de manera oportuna y eficiente, y no cambiaran los elementos determinantes del objeto del contrato, **precisándose que cuando la modificación implicara la variación del precio**, debía ser aprobada por el Titular de la Entidad.

De las disposiciones citadas puede advertirse que la anterior normativa de contrataciones del Estado permitía efectuar modificaciones al contrato –distintas a los adicionales, reducciones y ampliaciones– que podían producir la variación del precio, no obstante, para que dicha modificación fuera aplicable, **era necesario** que: i) el hecho generador fuera sobreviniente⁶ al perfeccionamiento del contrato, ii) que dicha situación no fuera imputable a alguna de las partes, iii) que la modificación que se fuera a realizar sirviera para que el contrato alcanzara u finalidad de manera oportuna y eficiente, y iv) que la modificación no cambiara los elementos determinantes del objeto contractual.

En tal sentido, a efectos de salvaguardar el equilibrio económico financiero de un contrato, las partes podían realizar modificaciones al contrato que pudieran implicar la variación del precio ofertado por el contratista, teniendo en consideración las particularidades del caso que es materia de análisis, y **siempre que** se configuraran las condiciones previstas en el artículo 142 del anterior Reglamento, precisándose que dichas modificaciones debían ser aprobadas por el Titular de la Entidad.

En este punto, es necesario precisar que la modificación contractual prevista en el artículo 142 del anterior Reglamento **era una figura distinta** a la aplicación de fórmulas de reajustes dentro del contrato, toda vez que la primera de estas suponía una variación del contrato que estaba supeditada al cumplimiento de las condiciones previstas en dicho precepto; mientras que la segunda era una herramienta que la Entidad podía prever en las bases del procedimiento, con el propósito de mantener

⁶ 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 artículo 142 del anterior Reglamento debía derivar de una situación o hecho que hubiese acontecido de manera posterior a la etapa de perfeccionamiento del contrato.

una adecuada relación de correspondencia entre las prestaciones ejecutadas por el contratista y el pago que la Entidad debía efectuar, a lo largo de la ejecución contractual.

2.1.3 De todo lo expuesto se puede advertir que, en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, a fin de preservar el equilibrio económico financiero de un contrato, correspondía a cada Entidad evaluar y determinar –de acuerdo a los elementos propios del caso concreto– si resultaba aplicable las fórmulas de reajuste de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del anterior Reglamento, o, la figura de la modificación contractual prevista en el artículo 142 de dicho cuerpo normativo, para lo cual se debía cumplir con las condiciones previstas en este artículo.

2.2 “En el supuesto que la respuesta a la consulta anterior sea la fórmula de reajuste, ¿cómo debe restituirse el equilibrio económico financiero de un contrato cuyos documentos del procedimiento de selección del cual deriva no contemplaron una fórmula de reajuste?”.

2.2.1 Tal como se indicó anteriormente, las consultas que absuelve el OSCE son aquellas de carácter genérico referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, y no aquellas que hacen alusión a situaciones particulares.

2.2.2 Sin perjuicio de ello, cabe reiterar que con posterioridad a la celebración del contrato no era posible la aplicación de fórmulas de reajuste de precios si es que éstas no fueron incorporadas en los documentos del procedimiento de selección (Bases) oportunamente. De otro lado, a efectos de salvaguardar el equilibrio económico financiero de un contrato, las partes podían realizar modificaciones al contrato que pudieran implicar la variación del precio ofertado por el contratista, teniendo en consideración las particularidades del caso que es materia de análisis, y siempre que se configuraran las condiciones previstas en el artículo 142 del anterior Reglamento, precisándose que dichas modificaciones debían ser aprobadas por el Titular de la Entidad

2.3 “En el supuesto que no se hubiera establecido una fórmula de reajuste de precios, ¿a efectos de restituir el equilibrio económico financiero del contrato, es posible acudir a la modificación convencional, con el único objeto de modificar los precios en favor del contratista?”.

2.3.1 Como se ha indicado en los párrafos precedentes, las consultas que absuelve el OSCE son aquellas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, y no aquellas que hacen alusión a situaciones o casos particulares.

No obstante, cabe reiterar que el artículo 142 del anterior Reglamento permitía efectuar modificaciones al contrato –distintas a las adicionales, reducciones y ampliaciones– relacionadas con el precio, no obstante para que dicha modificación fuera aplicable, **era necesario** que se configuraran las condiciones previstas en el citado precepto.

En consecuencia, si una Entidad requería efectuar modificaciones al contrato, que se encontraran relacionadas con el precio ofertado por el contratista, debía cumplir con efectuar el análisis del caso concreto, de conformidad con lo señalado en el artículo 142 del anterior Reglamento, debiendo precisarse que dicha modificación debía ser aprobada por el Titular de la Entidad.

Adicionalmente, debe recordarse que la modificación contractual prevista en el artículo 142 del anterior Reglamento era una figura distinta a la aplicación de reajustes dentro del contrato, toda vez que la primera de estas implicaba una variación en el contrato supeditada al cumplimiento de las condiciones previstas en el citado precepto; mientras que la segunda era una herramienta que la Entidad podía prever en las bases del procedimiento, con la finalidad de mantener el equilibrio entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes.

3. CONCLUSIONES

- 3.1** En el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, a fin de preservar el equilibrio económico financiero de un contrato, correspondía a cada Entidad evaluar y determinar –de acuerdo a los elementos propios del caso concreto– si resultaba aplicable las fórmulas de reajuste de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del anterior Reglamento, o, la figura de la modificación contractual prevista en el artículo 142 de dicho cuerpo normativo, para lo cual se debía cumplir con las condiciones previstas en este artículo.
- 3.2** Con posterioridad a la celebración del contrato no era posible la aplicación de fórmulas de reajuste de precios si es que éstas no fueron incorporadas en los documentos del procedimiento de selección (Bases) oportunamente.
- 3.3** Si una Entidad requería efectuar modificaciones al contrato previstas en el artículo 142 del anterior Reglamento, que se encontraran relacionadas con el precio ofertado por el contratista, debía cumplir con efectuar el análisis del caso concreto, de conformidad con lo señalado en el citado precepto, modificación que debía ser aprobada por el Titular de la Entidad.

Jesús María, 3 de mayo de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

SSV.