

OPINIÓN N° 052-2023/DTN

Solicitante: Cámara de Comercio de Lima

Asunto: Modificaciones convencionales y fórmulas de reajustes

Referencia: Formulario S/N de fecha 28.ABR.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de la Cámara de Comercio de Lima, señor José Rosas Bernedo, formula una consulta referida a la posibilidad de incorporar fórmulas de reajuste al contrato mediante las “otras modificaciones” que contempla el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley 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 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. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnica Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia a efecto de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que las consultas 1 y 3 no cumplen con los referidos requisitos, toda vez que no versan sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que buscan que el OSCE determine cómo es que una Entidad debe restablecer el equilibrio económico financiero de un contrato y qué índices de precios pueden emplearse como parte de una fórmula de reajustes, aspectos que deben ser determinados a partir de la evaluación de los elementos que son parte del caso materia de análisis. En tal sentido, se atenderán solo las consultas que cumplen con todos los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA.

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

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

2.1. *“El artículo 38.1 del reglamento de la ley de contrataciones contempla reajustes de precios en contratos de ejecución periódica o continuada de servicios en general. Ahora bien, cuando existe el desequilibrio económico financiero en el contrato por factores externos no imputable a ninguna de las partes. ¿Puede la entidad a pedido del contratista incluir fórmula de reajuste, cuando no fue incluido inicialmente en el contrato, solo con el único objeto de recobrar el equilibrio económico financiero?”* (Sic.).

2.1.1. En principio, 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 es de verse, 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.**

Por 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.

Corresponde señalar que las modificaciones contractuales a las que se refiere el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley son distintas a la aplicación de reajustes en el marco del contrato, puesto que la primera situación supone una variación en el contrato por causas sobrevinientes a la presentación de ofertas; mientras que el segundo supuesto es una herramienta que la Entidad puede —o no— prever en las bases del procedimiento de selección, con el propósito de 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.

2.1.3. 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 deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad.

3. CONCLUSIÓN

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 deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad.

Jesús María, 17 de mayo de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS