

OPINIÓN N° 108-2021/DTN

Solicitante: Instituto Nacional de Innovación Agraria – INIA

Asunto: Sistemas de contratación y contratos celebrados en moneda extranjera.

Referencia: Formulario S/N de fecha 24.SEP.2021 - Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director de la Unidad de Abastecimiento del Instituto Nacional de Innovación Agraria – INIA, formula varias consultas respecto de los sistemas de contratación y los contratos celebrados en moneda extranjera.

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, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculados 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 modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- "**Reglamento**" al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

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

2.1. *"¿El precio pactado en un contrato de servicios (seguros) convocado bajo el sistema "a suma alzada" es invariable?"*

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que 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; en ese sentido, este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse sobre un contrato en particular, sin perjuicio de ello, a continuación, se brindarán alcances generales sobre los temas materia de consulta.

- 2.1.2 Sobre el particular, es importante señalar que el artículo 35 del Reglamento establece los sistemas de contratación que las Entidades pueden emplear para contratar bienes, servicios y obras; siendo estos: **(i) el sistema a suma alzada**; (ii) el sistema de precios unitarios; (iii) el esquema mixto de suma alzada y precios unitarios; (iv) el sistema de tarifas; (v) el sistema en base a porcentajes; y (vi) el sistema en base a un honorario fijo y una comisión de éxito.

Ahora bien, en relación con el sistema de contratación a suma alzada, el numeral a) del artículo en mención dispone que dicho sistema resulta aplicable cuando “(...) *las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas.*”

De ese modo, se aprecia que una Entidad solo puede contratar —ya sea bienes, servicios u obras— bajo el sistema de contratación a suma alzada, cuando es posible determinar con exactitud su magnitud, calidad y cantidad; información que debe encontrarse establecida en las especificaciones técnicas, términos de referencia o el expediente técnico de obra, según corresponda al objeto de la contratación.

En adición a ello, corresponde señalar que en virtud del sistema de contratación a suma alzada “*El postor formula su oferta por un **monto fijo integral** y por un **determinado plazo** de ejecución, para cumplir con su requerimiento.*”¹ (El resaltado es agregado).

Así, se desprende que en aquellos contratos ejecutados bajo dicho sistema de contratación, al presentar su oferta durante el proceso de selección, el postor se obliga a realizar el íntegro de los trabajos necesarios para ejecutar las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados, lo cual forma parte del contrato²; por su parte, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado.

Al respecto, PODETTI se refiere a la contratación de obra a suma alzada como un tipo de contrato con precio inmodificable, por el que “(...) *ambas partes han establecido sus obligaciones de modo definitivo, con la aspiración de que ni el objeto, ni el precio, ni las condiciones externas en que aquellos pactaron, cambien hasta el momento de la finalización de los trabajos, entrega de la obra y liquidación final de cuentas (...)*”³.

¹ Tal como lo establece el numeral a) del artículo 35 del Reglamento.

² De conformidad con lo dispuesto en el numeral 138.1 del artículo 138 del Reglamento “*El contrato está 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.*” (El subrayado es agregado).

³ Podetti, H. (2004) “*Contrato de Construcción*”. Argentina, Ed. Asterea, p.251.

De esa manera, y de conformidad con lo señalado en diversas Opiniones emitidas por este despacho⁴, **la invariabilidad del precio pactado⁵ constituye la regla general en los contratos ejecutados bajo el sistema de contratación a suma alzada.**

De ese modo, los contratos que se ejecuten bajo el sistema de suma alzada implican la “invariabilidad del precio pactado”, así como la “invariabilidad de los términos contractuales” en sí mismos, conceptos que se encuentran directamente relacionados, de forma tal que, sólo cuando se presenten modificaciones o variaciones en los términos y condiciones pactados inicialmente, podrá producirse la correspondiente modificación del precio o monto contractual.

- 2.1.3 En relación con este último punto, debe indicarse que, excepcionalmente, una Entidad puede modificar el precio o monto de un contrato, **independientemente de su sistema de contratación**, como consecuencia de la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones, así como de aprobar o celebrar ampliaciones de plazo y modificaciones convencionales, respectivamente, siempre que estas resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, de conformidad con lo señalado por el artículo 34 de la Ley.

Al respecto, es importante precisar que la potestad de disponer este tipo de modificaciones responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina “*cláusulas exorbitantes*” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –*como es el régimen de contrataciones del Estado*–, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado⁶.

De esta manera, resulta perfectamente posible que en contratos a suma alzada, la Entidad contratante pueda ordenar, aprobar o acordar -según corresponda- modificaciones al contrato, siempre que se configuren los requisitos y condiciones necesarios para cada tipo de supuesto; asimismo, dichas modificaciones, en la mayoría de casos, conllevarán al incremento del precio o monto contratado.

Por consiguiente, y conforme a todo lo expuesto, en los contratos bajo el sistema a suma alzada, el postor se obliga a ejecutar la totalidad de la prestación -o prestaciones- requerida por la Entidad; a su vez, esta última se obliga a pagar al contratista el precio o monto total de su oferta económica, **salvo que**, en su oportunidad se hubiese dispuesto algún tipo de modificación contractual (que incrementara el precio) con el

⁴ Tales como las Opiniones N° 049-2018/DTN, N° 023-2018/DTN y N° 174-2017/DTN.

⁵ En concordancia con lo señalado por diversos autores, CRIVELLI (2005 p.51) define a la contratación de obra a suma alzada como un contrato para una obra cuyo alcance está totalmente determinado, y para la cual el precio, también lo estará. Crivelli, J.C. (2005) “*El Ajuste del Precio en la Locación de Obra*”. Argentina, Ed. Ábaco, p. 51.

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las cláusulas exorbitantes*, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7.

objeto de alcanzar la finalidad del contrato, verificándose los requisitos y condiciones establecidos para cada supuesto en la normativa de contrataciones del Estado.

2.2 “En mérito a lo señalado en la Opinión N° 004-2019/DTN: ¿Es aplicable un contrato que contraviene la naturaleza del sistema de contratación a suma alzada, en donde el contratista está obligado a ejecutar el íntegro de las prestaciones previstas a favor de la entidad, mientras que esta última se encuentra obligada a pagar el precio pactado conforme a lo establecido en el contrato?”

Conforme a lo señalado en el numeral anterior, en los contratos bajo el sistema a suma alzada, el postor se obliga a ejecutar la totalidad de la prestación -o prestaciones- requerida por la Entidad; a su vez, esta última se obliga a pagar al contratista el precio o monto total de su oferta económica, salvo que, en su oportunidad se hubiese dispuesto algún tipo de modificación contractual (que incrementara el precio) con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, verificándose los requisitos y condiciones establecidos para cada supuesto en la normativa de contrataciones del Estado.

2.3 “¿Una entidad puede pagar un monto mayor o diferente al pactado en el contrato – bajo las reglas del sistema a suma alzada- alegando el incremento del tipo de cambio de moneda extranjera a moneda nacional?”

2.3.1 Antes de iniciar el presente análisis, es importante reiterar 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; en ese sentido, no es posible analizar las particularidades de cierto contrato a efecto de definir el monto que la Entidad debería cancelar, pues ello obedecerá a las circunstancias propias de cada caso; de igual forma, cabe recalcar que los criterios emitidos en la presente opinión no se encuentran vinculados necesariamente a situación particular alguna.

En ese sentido, el presente análisis se limitará a brindar alcances generales relacionados con el tenor de la consulta planteada, correspondiendo que cada Entidad evalúe las implicancias y la repercusión de dichos criterios respecto de su caso concreto.

2.3.2 De manera preliminar, corresponde analizar ciertas particularidades que revisten tanto los contratos pactados en moneda nacional como aquellos pactados en moneda extranjera.

Al respecto, debe indicarse que durante la primera fase de la contratación -fase de actuaciones preparatorias-, las Entidades realizan ciertas actuaciones destinadas a definir el objeto de contratación, determinar su valor o precio, destinar un presupuesto para tal efecto y, en general, establecer las características y condiciones bajo las cuales se suscribirá el contrato.

Uno de los aspectos a definir es la moneda bajo la cual se pactará la contratación. Por regla general, la mayoría de contratos suscritos en el territorio nacional son valorizados y pagados en moneda nacional, por lo que tanto la tramitación de la disponibilidad

presupuestal como la gestión contractual no revisten mayores particularidades, al no requerirse la aplicación de tipos de cambio para la conversión de alguna moneda extranjera.

Sin embargo, en determinados casos, atendiendo a la naturaleza particular de la prestación y las condiciones propias del mercado, determinados bienes y servicios pueden requerir que su contratación se realice en moneda extranjera⁷.

Atendiendo a esta necesidad, la gestión del presupuesto correspondiente podrá realizarse también en moneda extranjera, sin perjuicio de la conversión a moneda nacional que realicen las herramientas informáticas de los sistemas de gestión administrativa correspondientes⁸.

Sobre la base de estas premisas, el artículo 48 del Reglamento, al establecer los requisitos mínimos que deben contener los documentos del procedimiento de selección (Bases), dispone en su literal d) que se precise la **moneda en que se expresa la oferta económica**.

De esta manera, una vez adjudicada la buena pro y suscrito el contrato, su monto deberá valorizarse en la moneda prevista en los documentos del procedimiento de selección. Del mismo modo, **independientemente del sistema de contratación adoptado**, el pago por la prestación ejecutada deberá ser calculado tomando como base dicha moneda, sin perjuicio de la conversión a moneda nacional *-según el tipo de cambio correspondiente-* cuando esta sea diferente al Sol (S/).

Finalmente, cabe reiterar que en los contratos celebrados bajo el sistema a suma alzada (**independientemente de la moneda en que se hubiesen pactado**), el postor se obliga a ejecutar la totalidad de la prestación -o prestaciones- por el precio o monto establecido en su oferta económica, dicho monto, por regla general se mantiene invariable, salvo que, en su oportunidad se hubiese dispuesto algún tipo de modificación contractual (que incrementara el precio) con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, debiéndose verificar para ello los requisitos y condiciones establecidos para cada supuesto en la normativa de contrataciones del Estado⁹.

2.4 “Una entidad puede pagar un monto mayor o diferente al pactado en el contrato – bajo las reglas del sistema a suma alzada- aunque no exista prestación adicional o reducción de prestaciones? De ser afirmativa la respuesta, ¿Cuál es el procedimiento a seguir?”

2.4.1 Al respecto, debe reiterarse que este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse sobre la gestión particular de cierto tipo de contratos, pues ello obedecerá a las circunstancias propias de cada caso.

⁷ Dicha necesidad puede ser advertida a partir de la información que arroje la indagación de mercado.

⁸ Para mayor información pueden revisarse las normas pertenecientes al Sistema Nacional de Presupuesto Público.

⁹ Asimismo, cierto tipo de contratos pueden encontrarse sujetos a reajustes, los cuales al ser aplicados varían el monto de las valorizaciones correspondientes.

Sin perjuicio de ello, cabe reiterar que en los contratos celebrados bajo el sistema a suma alzada (**independientemente de la moneda en que se hubiesen pactado**), el postor se obliga a ejecutar la totalidad de la prestación -o prestaciones- por el precio o monto establecido en su oferta económica, dicho monto, por regla general se mantiene invariable, salvo que, en su oportunidad se hubiese dispuesto algún tipo de modificación contractual (que incrementara el precio) con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, debiéndose verificar para ello los requisitos y condiciones establecidos para cada supuesto en la normativa de contrataciones del Estado.

En relación con lo anterior, el artículo 34 de la Ley contempla los siguientes supuestos de modificación contractual: prestaciones adicionales, reducciones, ampliaciones de plazo y modificaciones convencionales. Ahora bien, al no considerarse los adicionales y reducciones (conforme a lo planteado en la presente consulta), así como tampoco las ampliaciones de plazo (dado que el plazo no es un tema en discusión, según la consulta formulada), se desarrollará de manera general los requisitos y condiciones para la aplicación de la modificación convencional, debiendo reiterar que dichos alcances no están vinculados a situación particular alguna, toda vez que corresponde a cada Entidad evaluar sus implicancias y definir si resultan aplicables a su caso concreto.

Al respecto, el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley dispone 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.”*

Como puede apreciarse, para la procedencia de las modificaciones convencionales, es decir, cambios en las obligaciones contractuales derivadas de los documentos del procedimiento de selección, las bases integradas y la oferta del contratista, es necesaria la concurrencia de las siguientes condiciones: i) *que no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones;* ii) *que las modificaciones deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes;* iii) *que dichas modificaciones permitan alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente;* y, iv) *que no cambien los elementos determinantes del objeto.*

Por su parte, el artículo 160 del Reglamento, dispone que las modificaciones previstas en 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 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.

Asimismo, el numeral 160.2 del mencionado artículo detalla que: “*Cuando la modificación implique el incremento de precio, adicionalmente a los documentos señalados en los literales precedentes, corresponde contar con los siguiente: a) Certificación presupuestal; y b) La aprobación por resolución del Titular de la Entidad.*”

De esta manera, la normativa permite efectuar modificaciones convencionales al contrato, únicamente si se configuran las condiciones contempladas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley y se cumple con las formalidades y requisitos establecidos en el artículo 160 del Reglamento.

- 2.4.2 Finalmente, de acuerdo a lo desarrollado al absolver la consulta anterior, es importante reiterar que, **independientemente del sistema de contratación adoptado**, el pago que realice la Entidad al contratista deberá ser calculado en base a la moneda bajo la cual se pactó el contrato, sin perjuicio de la conversión a moneda nacional *-según el tipo de cambio correspondiente-* cuando esta sea diferente al Sol (S/).

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Los contratos que se ejecuten bajo el sistema de suma alzada implican la “invariabilidad del precio pactado”, de forma tal que, sólo cuando se presenten modificaciones o variaciones en los términos y condiciones pactados inicialmente, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, podrá producirse la correspondiente modificación del precio o monto contractual.
- 3.2 El pago que realice la Entidad al contratista deberá ser calculado en la moneda bajo la cual se pactó el contrato, sin perjuicio de la conversión a moneda nacional *-según el tipo de cambio correspondiente-* cuando esta sea diferente al Sol (S/).

Jesús María, 9 de noviembre de 2021

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RMPP.