

OPINIÓN N° 129-2019/DTN

Entidad: Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida Sin Drogas –
DEVIDA

Asunto: Modificación del precio del contrato con motivo del incremento
de la remuneración mínima vital

Referencia: Oficio N° 000312-2019-DV-GG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida Sin Drogas — DEVIDA, formula varias consultas sobre las modificaciones al precio del contrato con motivo del incremento de la remuneración mínima vital.

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 acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF¹.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas 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° 1341, vigente hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente hasta el 29 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “Si los participantes en la etapa de consulta y/u observaciones cuestionan el

¹ El Decreto Legislativo N° 1444 y el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, entraron en vigencia el 30 de enero de 2019.

valor referencial, respecto al monto de la RMV, teniendo en cuenta que, la norma que establece el incremento de la RMV para las microempresas se encuentra publicada pero no está vigente, ¿la Entidad, debería actualizar el valor referencial, incrementado la RMV?' (Sic).

- 2.1.1. De manera previa, debe reiterarse 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**.

Sin perjuicio de lo expuesto, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación se brindarán alcances de carácter general conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.1.2. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 16.1 del artículo 16 de la Ley, "*El área usuaria requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad*". (El subrayado es agregado).

Asimismo, el artículo 8 del Reglamento señala expresamente que las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico, según corresponda, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que esta debe ejecutarse. El requerimiento debe incluir, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios.

Más adelante este mismo artículo precisa en su numeral 8.9 que el área usuaria es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación

De las disposiciones citadas, se advierte que corresponde al área usuaria definir con precisión en los términos de referencia, especificaciones técnicas o expediente técnico, las características, condiciones, cantidad y calidad de lo que se requiere contratar, de tal manera que satisfagan su necesidad.

Por su parte, el numeral 8.10 del artículo 8 del Reglamento establece que el requerimiento puede ser modificado para mejorar, actualizar o perfeccionar las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el expediente técnico, así como los requisitos de calificación **hasta antes de la aprobación del expediente de contratación, previa justificación** que debe formar parte de dicho expediente, **bajo responsabilidad**. Para tal efecto, **las modificaciones deben contar con la aprobación del área usuaria**.

Así, hasta antes de la aprobación del expediente, podría advertirse la necesidad de efectuar reajustes a las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el

expediente técnico –según se trate del objeto de la contratación-, en cuyo caso, correspondería que el órgano encargo de las contrataciones de la Entidad comunique tal situación al área usuaria, para que esta autorice las precisiones o modificaciones, de ser el caso.

2.1.3. Ahora bien, una vez aprobado el expediente de contratación, el Titular de la Entidad, o funcionario delegado, debe designar al órgano a cargo de conducir el respectivo procedimiento de selección.

Con ocasión de la notificación de la designación de dicho comité, se le entrega el expediente de contratación que contiene todas las actuaciones realizadas desde la formulación del requerimiento hasta su designación; entre estas, las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico de obra – según sea el caso-, con los ajustes que puedan haber sido realizados.

En ese contexto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento, el órgano a cargo del procedimiento de selección es competente para preparar los documentos del procedimiento de selección, así como para adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta su culminación, sin que pueda alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación.

Así, sobre la base de la información técnica y económica (valor referencial) contenida en el expediente de contratación, y empleando las Bases estandarizadas aprobadas por OSCE, dicho órgano elabora los documentos del respectivo procedimiento de selección².

Sobre el particular, cabe anotar que, si bien dicha información se encuentra previamente determinada, puede ocurrir que durante el procedimiento de selección los participantes soliciten la aclaración de cualquier extremo de las Bases, a través de la formulación de consultas o, incluso, cuestionarlas mediante observaciones; de conformidad con el artículo 51 del Reglamento.

En tal sentido, las consultas u observaciones formuladas por los participantes del procedimiento de selección persiguen, en el fondo, que se precise y/o modifique la información contenida en las Bases, la cual podría estar referida a las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico de obra – según sea el caso-, o a cualquier otro extremo de las Bases, por ejemplo, al valor referencial.

Al respecto, conforme a lo señalado en el numeral 12.10 del artículo 12 del Reglamento, cuando el valor referencial es observado por los participantes, el órgano a cargo del procedimiento de selección debe hacerlo de conocimiento del órgano encargado de las contrataciones o de la dependencia encargada de la determinación del valor referencial para su opinión y, si fuera el caso, para que apruebe un nuevo valor referencial.

² De conformidad con el literal b) del numeral 27.1 del artículo 27 del Reglamento, es parte del contenido mínimo de las Bases, “Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia, la Ficha de Homologación, la Ficha Técnica o el Expediente Técnico de Obra, según corresponda”.

2.1.4. Por lo expuesto, se advierte que corresponde al órgano encargado de las contrataciones, o a la dependencia encargada de la determinación del valor referencial, opinar sobre la pertinencia de modificar dicho valor cuando este sea materia de observación y, si el caso lo justifica, aprobar un nuevo valor referencial; aspecto que obedece a una decisión de gestión que debe ser evaluada por cada Entidad.

2.2. *“¿Si el comité de selección en la etapa de absolución de consultas y/u observaciones, señaló que se podrá efectuar reajustes a los pagos en la etapa de ejecución contractual, dicha absolución, generaría que la Entidad obligatoriamente tenga que incrementar el valor referencial, ante el incremento de la RMV, siendo que el contrato se suscribió después de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 04-2018-TR?”*. (Sic).

Tal como se indicó precedentemente, 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 esa medida, **no** es posible indicar si, producto de la absolución de una consulta u observación -en particular- planteada durante el procedimiento de selección, una Entidad debería, o no, proceder a actualizar el valor referencial de la contratación; **toda vez que ello obedece a una decisión de gestión que debe ser evaluada por cada Entidad**, lo cual excede las atribuciones conferidas por Ley a este despacho.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe reiterarse que corresponde al órgano encargado de las contrataciones, o a la dependencia encargada de la determinación del valor referencial, opinar sobre la pertinencia de modificar el valor referencial cuando este sea materia de observación y, si el caso lo justifica, aprobar un nuevo valor.

2.3. *“¿Si el contrato se suscribió después de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 04-2018-TR, la Entidad podría modificar el contrato suscrito con una microempresa, incrementando el monto contractual, conforme a lo establecido en el artículo 34-A de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado modificada por Decreto Legislativo N° 1341 y el artículo 142 del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y su modificatoria, en concordancia con los principios de Equidad, Equilibrio Económico Financiero y de Eficacia y Eficiencia?”*. (Sic).

2.3.1. Sobre el particular, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado aplicable -en el contexto de la presente Opinión- establece en el literal a) del numeral 12.7 del artículo 12 del Reglamento que **"En la contratación de bienes y servicios, el valor referencial se determina conforme a lo previsto en el artículo 11 y para su cálculo debe incluirse todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el valor de los bienes y servicios a contratar"**. (El énfasis es agregado).

Adicionalmente, el penúltimo párrafo del artículo 31 del Reglamento establece que **"Las ofertas deben incluir todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones,**

*pruebas, y, de ser el caso, **los costos laborales conforme a la legislación vigente**, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del bien, servicio en general, consultoría u obra a adquirir o contratar. Aquellos postores que gocen de alguna exoneración legal, no incluirán en su oferta los tributos respectivos." (El énfasis es agregado).*

De las disposiciones citadas se desprende que, tanto el valor referencial de un procedimiento de selección, como las ofertas presentadas por los postores, **deben incluir todos los conceptos que incidan en el precio de la prestación a ser contratada**; entre estos, **los costos labores aplicables conforme a la legislación vigente**. De esta manera, en principio, el postor ganador de la Buena Pro se encuentra obligado a perfeccionar el contrato y ejecutar el íntegro de la prestación o prestaciones a su cargo, por el precio establecido en su oferta.

- 2.1.2. Ahora bien, es importante anotar que las normas legales que emite el gobierno (lo que no es atribuible a las partes) y que incrementan la remuneración mínima vital **son de cumplimiento obligatorio para las Entidades**, en las contrataciones que estas realicen al amparo de la normativa de contrataciones del Estado³.

En ese contexto, si un contrato -cuya estructura de costos se encuentra determinada por los costos laborales- contemplara como obligación el pago de una remuneración inferior a la remuneración mínima vital dispuesta con arreglo a la ley, ello no estaría en concordancia con la normativa que regula dicha materia; en tal sentido, correspondería a la Entidad adoptar las medidas necesarias a fin de cumplir con las disposiciones vigentes que regulan la remuneración mínima vital.

Por tanto, **si el incremento de la remuneración mínima vital se produce luego del consentimiento de la buena pro y antes del perfeccionamiento del contrato** - aspecto que es materia de la presente consulta-, y se hubiera perfeccionado la contratación con el precio previsto en la oferta económica, sin considerar tal incremento; **la Entidad podrá adoptar las medidas pertinentes durante la ejecución contractual, a fin de cautelar que el contrato se ajuste a las disposiciones vigentes que regulan la remuneración mínima vital**, manteniendo el equilibrio económico financiero del contrato⁴. De esta manera, el contratista podrá ejecutar las prestaciones a su cargo, sin que ello determine un perjuicio económico para él⁵.

³ Es necesario indicar que el artículo 109 de la Constitución Política del Perú ha establecido lo siguiente: *"La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte"*.

⁴ Bandeira De Mello, brinda la siguiente definición: *"Entiéndese por ecuación económico – financiera, la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponderá"*. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Las Cláusulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, Pág. 904.

⁵ No obstante, si la estructura de costos presentada por el contratista hubiese considerado originalmente una remuneración superior a la remuneración mínima vital, incluso luego del incremento de esta última; no cabe ajuste de los pagos al contratista, toda vez que al no haberse calculado el precio de la oferta sobre la base del monto vigente de la remuneración mínima vital, no se estaría produciendo una afectación al mismo. Dicho criterio ha sido establecido en diversas Opiniones emitidas por este despacho, por ejemplo, en la Opinión N° 266-2017/DTN.

Cabe indicar que la adopción de dichas medidas implican realizar el ajuste al monto del contrato, lo que supone la aprobación de presupuestos complementarios por parte de la Entidad; razón por la cual, antes de efectuar tal reajuste, deberá verificar si cuenta, o no, con disponibilidad presupuestal para ello. Así, en caso la Entidad no cuente con la disponibilidad presupuestal necesaria, esta podrá adoptar alguna medida que le permita cumplir con la norma legal emitida que incrementa la remuneración mínima vital, por ejemplo, la reducción de prestaciones⁶; o, en última instancia, la resolución del contrato, conforme al procedimiento previsto en el Reglamento.

- 2.1.3. Por su parte, es preciso indicar que la figura jurídica de "modificaciones convencionales" establecida en el artículo 34-A de la Ley -en el contexto de la norma vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019- está prevista **para hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato** que no sean imputables a alguna de las partes; razón por la cual, si la situación invocada se produjera de forma previa al perfeccionamiento del contrato, no cabe la aplicación las modificaciones convencionales al contrato⁷.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Corresponde al órgano encargado de las contrataciones, o a la dependencia encargada de la determinación del valor referencial, opinar sobre la pertinencia de modificar el valor referencial cuando este sea materia de observación y, si el caso lo justifica, aprobar un nuevo valor.
- 3.2. La figura jurídica de "modificaciones convencionales" establecida en el artículo 34-A de la Ley -en el contexto de la norma vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019- está prevista para hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes; razón por la cual, si la situación invocada se produjera de forma previa al perfeccionamiento del contrato, no cabe la aplicación las modificaciones convencionales al contrato.

Jesús María, 26 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/JDS

⁶ Conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley.

⁷ En concordancia con el criterio vertido en la Opinión N° 106-2019/DTN.