

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Actos y efectos contractuales existentes en cuanto a defectos u omisiones de la formula polinómica o de reajuste en el régimen general de la contratación pública – Ley N° 30225 y su reglamento

Trabajo académico para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

Nils Denis Infantes Arbildo

Asesor:

Dr. Lucio Andres Sanchez Povis

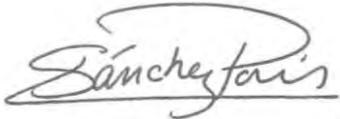
Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Lucio Andres Sanchez Povis, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “Actos y Efectos Contractuales Existentes En Cuanto A Defectos U Omisiones De La Formula Polinómica O De Reajuste En El Régimen General De La Contratación Pública – Ley N° 30225 Y Su Reglamento” del autor Nils Denis Infantes Arbildo, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de febrero de 2023

Sanchez Povis, Lucio Andres	
DNI:	Firma
ORCID https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	

RESUMEN

Los contratos de ejecución de obras públicas son el mayor componente dentro del marco de la ley de contrataciones con el Estado, sabido es que el paso de tiempo suele generar marcadas distancias entre el monto consignado en el expediente técnico de obra y el obtenido como resultado de la liquidación de obra, ante ello tanto la ingeniería como el derecho no han sido esquivos a tal realidad, pues el marco general establece el uso de las denominadas formulas polinómicas o de reajuste de precios, las cuales son de obligatoria inclusión, y más aún, una vez establecidas no pueden ser materia de modificación, ya que serina una clara expresión del principio de equidad o equilibrio económico financiero.

Por otro lado, dentro de la ejecución contractual la Entidad tiene el ejercicio de las denominadas prerrogativas exorbitantes y el contratista tiene como un acto contractual de obligatorio cumplimiento, ya en ejecución de obra, el emitir el informe de revisión del expediente técnico de obra, ultima oportunidad para establecer defectos u otros del expediente técnico que tengan incidencia en la ejecución de la obra.

En este contexto el presente trabajo buscara analizar y entrecruzar las variables descritas para establecer que las fórmulas polinómicas o de reajuste de precios pueden y deben ser incluidas o modificadas, independientemente del marco normativo que impide su modificación y sin importar que el afectado sea la Entidad o el contratista, pues estas son una primera expresión del principio de equidad, principio que buscaría concretizar la finalidad publica con una obra de calidad.

Palabras clave

Prerrogativas exorbitantes, fórmulas de reajuste, principio de equidad.

ABSTRACT

The contracts for the execution of public works are the largest component within the framework of the law of contracting with the State, it is known that the passage of time usually generates marked distances between the amount consigned in the technical file of work and that obtained as a result of the liquidation of work, before this both engineering and law have not been elusive to such reality, Since the general framework establishes the use of the so-called polynomial formulas or price readjustment, which are mandatory inclusion, and moreover, once established they cannot be subject to modification, since it will be a clear expression of the principle of equity or economic and financial balance.

On the other hand, within the contractual execution the Entity has the exercise of the so-called exorbitant prerogatives, and the contractor has as a contractual act of mandatory compliance, already in execution of work, to issue the review report of the technical file of work, last opportunity to establish defects or others of the technical file that have an impact on the execution of the work.

In this context, this paper will seek to analyze and intersect the variables described to establish that polynomial formulas or price readjustment can and should be included or modified, regardless of the regulatory framework that prevents their modification and regardless of whether the affected is the Entity or the contractor, since these are a first expression of the principle of equity, principle that would seek to concretize the public purpose with a quality work.

Keywords

Exorbitant prerogatives, adjustment formulas, principle of equity.

ÍNDICE

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I.....	11
MODIFICACIONES CONTRACTUALES Y LAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES	
11	
I.I Las Modificaciones Contractuales En El TUO De LCE.....	11
<i>I.I.I Prerrogativas Exorbitantes.....</i>	14
<i>I.I.II Los Supuestos De Modificación Contractual Contempladas En La LCE Y Su Reglamento Se Sobreponen O Limitan Las Denominadas Prerrogativas Exorbitantes Del Estado.....</i>	14
<i>I.I.III Las Prerrogativas Exorbitantes Y El Principio De Legalidad.....</i>	21
CAPITULO II.....	24
ACTO CONTRACTUAL: INFORME DE REVISIÓN DE EXPEDIENTE TÉCNICO DE OBRA Y SUS CONSECUENCIAS CONTRACTUALES.....	24
II.I El Marco Normativo General En El Tiempo.....	24
II.II Consecuencias Administrativas Respecto A Defectos O Incoherencias De Las Fórmulas De Reajuste Establecidas Por El Informe De Revisión Del Expediente Técnico.....	29
II.III Naturaleza Contractual Del Informe De Revisión Del Expediente Técnico	30
II.IV Los Defectos O Incoherencias De Las Fórmulas Polinómicas Se Subsumen Dentro De Las Causales De Modificación Contractual.....	30
II.V Efectos Contractuales Frente A Terceros.....	30
CAPITULO III.....	31
CONSECUENCIA(S) ADMINISTRATIVA(S) GENERAS RESPECTO A DEFECTOS O INCOHERENCIAS DE LA(S) FÓRMULA(S) DE REAJUSTE POR EL INFORME DE REVISIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO.....	31
III.I Naturaleza Contractual Del Informe De Revisión Del Expediente Técnico Dentro De Los Contratos Administrativos De Ejecución De Obra Contemplados En El Marco General De Contratación.....	31
III.II Defectos O Incoherencias De La Formulas De Reajuste Y Causales De Modificación Contractual.....	31
III.III Efectos Contractuales Frente A Terceros Genera El Informe De Revisión Del Expediente Técnico En Cuanto A Advertir Defectos O Incoherencias De Las Fórmulas De Reajuste En Obras.....	32
CAPITULO IV.....	32
LAS OPINIONES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO.....	32
IV.I Análisis del Marco Normativo.....	32

IV.II Opiniones En Torno A Las Fórmulas Polinómicas	35
IV.III Opinión N° 026-2022/DTN	35
IV.IV Opinión N° 009-2019/DTN.....	36
CAPITULO V	37
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y RESPONSABILIDAD FUNCIONAL.....	37
V.I La Potestad Sancionadora y Sus Principios	37
V.II Responsabilidad Contractual Respecto A La Entidad Frente Al Contratista	37
V.III Responsabilidad Contractual, Administrativa En Terceros Ajenos Al Contrato Administrativo De Obra.....	38
V.IV Responsabilidad Administrativa Y Funcional En Cuanto A funcionarios, Dependencias Y Órganos Encargados Del Contrato De Elaboración Del Expediente Técnico De Obra	38
CAPITULO VI	39
CASUÍSTICA	39
VI.I Resolución Rectoral N° 280-2022-UNS-R	39
VI.II Resolución GM N° 26-2021-MDM-GM	39
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	40
Conclusiones.....	40
Recomendaciones.....	41
BIBLIOGRAFÍA.....	43

INTRODUCCIÓN

Dentro de los distintos marcos legales con los que el Estado realiza actividad contractual administrativa, en busca de concretizar el fin público, ubicamos al denominado marco general, esto es, la Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento. Ahora bien, dentro de ella, quizá, el componente con mayor significancia económica y de presencia visual, lo constituye la ejecución de obras públicas.

Dada la relevancia de tal componente de la contratación – ejecución de obras - La Contraloría General de la República (CGR) con el apoyo de la Cooperación Alemana al Desarrollo (GIZ) ha elaborado y maneja, el sistema web denominado “*infobras*” en el que se anota a la fecha de redacción de presente trabajo, esto es al 28 de noviembre del 2022, el registro de 124 642 obras en seguimiento y a las que se le asigna un costo de 364 mil millones de soles. Debajo de dicha cuantificación económica, se consigna o se puede leer, la siguiente frase: “*Monto según expediente técnico*”.

El origen de la cuantificación en miles de millones sin la exactitud necesaria tratándose de dinero del erario, sería en apariencia consecuencia de los costos establecidos por el expediente técnico de obra (que le corresponde a cada una). Pero de los cuales la Contraloría solo ha tomado o le ha asignado un valor meramente referencial o de aproximación, pese a que los expedientes técnicos asignan cifras exactas y con una precisión de hasta dos decimales.

Queda claro que, constituye un primer atisbo de la importancia y relevancia del estudio de los contratos administrativos de ejecución de obra, los miles de millones de soles anotados e invertidos por el Estado.

Detenernos en la sumatoria de dinero invertido, según la Contraloría, nos lleva al reparo de que dicho monto no es pues el fiel reflejo de las cuantificaciones realizadas en los expedientes técnicos que le corresponde, a su vez, a cada una de las obras. Y es que este parámetro económico establecido – costo de obra según expediente técnico- en el mejor de los casos rasguñara la realidad, y en otros evidenciara, una atroz deformación de la realidad captada por el expediente

técnico. Este último supuesto es uno de los ingredientes motivadores y objeto del presente estudio.

Resulta obvio que un elemento trascendental es el devenir del tiempo, pues en cuanto exista mayor espacio de tiempo entre la elaboración del expediente técnico de obra y la entrega y liquidación de la obra, existirá necesariamente una mayor distancia económica entre el monto consignado en el expediente y el resultado de la liquidación de obra.

Y es que el devenir del tiempo suele ocasionar el incremento de los insumos o productos necesarios y la consecuente pérdida del valor del dinero. Ante ello, el marco legal de los contratos de ejecución de obra pública establece la generación de las denominadas fórmulas de reajuste de precios o formulas polinómicas que buscan, y deben conseguir necesariamente, restablecer el principio de equidad entre las partes o también denominado principio de equilibrio económico financiero.

Queda claro que estas fórmulas tienen como sustento la finalidad pública concretizado en la ejecución de una obra pública realizada bajo parámetros de calidad, por lo tanto, serán objetivas con el clima o realidad económica existente, por lo que bajo parámetros técnicos estas no solo actualizan el valor del dinero en situaciones de inflación, sino incluso ante deflación.

La importancia de este componente, fórmulas de reajuste, resultan evidentes y de expresa importancia pues tanto la ley de contrataciones del Estado como su reglamento establecen su necesaria presencia desde la convocatoria en las bases, y adicionalmente, se encuentra establecido que estas no pueden ser modificadas.

Ahora bien, de la casuística del día a día se puede ubicar con cierta facilidad expediente de ejecución de obra pública que contienen formulas erróneas, con defectos en su elaboración o incluso la no existencia de fórmulas polinómicas, lo que no permite cumplir con la finalidad para la que se incluyeron dentro del marco contractual general a las fórmulas de reajuste,

más aún, dicho marco contractual general establece taxativamente la no modificación de dichas fórmulas de reajuste.

Es aquí en donde parte nuestro tema de investigación en el costo de la obra y la posibilidad de que exista una distorsión entre lo proyectado y lo ejecutado, y que el mecanismo para corregir tal distorsión resulte inocuo o incluso lesivo para una o ambas partes del contrato administrativo de ejecución de obra.

Anótese que el contrato administrativo, sin perder de vista que busca concretizar la finalidad pública, no deja de ser un contrato y por lo tanto se encuentra sujeto a principios como los de buena fe y que su contenido es ley entre las partes, siempre y cuando, en este caso no se opongan a las normas de derecho público que constituyen el marco normativo de los contratos de ejecución de obra.

Resulta de fácil labor el extraer de la realidad la existencia de expedientes sin fórmulas de reajuste o contienen defectos e incoherencias que las convierten en ineficientes, no solo porque no buscarían o conseguirían restablecer el costo real de la obra, sino porque incluso generaría una distorsión en contra de la Entidad. Es pues este el camino que seguirá el presente trabajo.

En efecto habiendo ubicado una problemática tanto fáctica – inexistencia o ineficacia de las fórmulas de reajuste, como jurídica – imposibilidad de modificar las fórmulas de reajustes, el presente trabajo inicia con la sección I, abordando el problema específico de las modificaciones contractuales y las prerrogativas exorbitantes, de este modo esta sección estará dividida en 4 partes. En la primera, los supuestos de modificaciones contractuales establecidos dentro del marco general de contratación pública (LCE y su reglamento), y si estos son excluyentes entre sí; posteriormente, en la segunda parte se analizará las prerrogativas exorbitantes del Estado en los contratos de ejecución de obra y si estos se sobreponen a los supuestos de modificación contractual; de esta manera llegamos a una tercera y última parte en la que se estudiará los principios de equilibrio económico financiero,

equidad, y eficiencia y eficacia, los que se cotejaron o entrecruzaron con los subcapítulos anteriores.

A lo largo de esta sección, se usará como marco teórico, conceptual y legal, principalmente, las teorías, autores y conceptos recogidos en trabajos de investigación previos en cuanto a dichas instituciones o conceptos del derecho administrativo, así como las opiniones administrativas del organismo supervisor (OSCE).

Así, al final de la sección, se concluirá que tanto la existencia de las fórmulas de reajuste, como las prerrogativas exorbitantes y el contenido del contrato de ejecución no se encuentran en oposición o limitan los principios de equilibrio económico financiero o de equidad. Es importante señalar que esta conclusión permitirá en la siguiente parte analizar y asignarle contenido al Acto contractual: “Informe De revisión de Expediente Técnico” dentro del contrato administrativo de ejecución de obra del marco general de contratación pública.

La sección segunda se abordará la elaboración el problema específico 2 referido a los efectos contractuales del informe técnico de revisión del expediente técnico de obra a fin de lograr el objetivo específico 2, determinar las consecuencias contractuales del informe técnico de revisión del expediente técnico de obra, para lo cual se plantea la hipótesis específica 2, el informe técnico de revisión del expediente técnico de obra genera la obligación de modificar las fórmulas de reajuste cuando se advierta errores o inexactitudes que impidan cumplir con la finalidad para las cuales fueron incluidas en el marco general.

De este modo, esta sección estará dividida en 4 partes. En la primera analizaremos, el acto contractual de informe de revisión del expediente – Art. 177° del RLCE- posterior a la firma del contrato y la entrega del terreno, y las consecuencias contractuales entre las partes en cuanto se advierta defectos o incoherencias de las fórmulas de reajuste; posteriormente, en la segunda parte se estudiara el informe de revisión del expediente – Art. 177° del RLCE-

posterior a la firma del contrato y la entrega del terreno, y las consecuencias administrativas respecto a defectos o incoherencias de la(s) fórmula(s) de reajuste; en la tercera parte analizaremos si los defectos o incoherencias de la(s) fórmula(s) polinómica(s), se subsumen dentro de las causales de modificación contractual.

Así en el cuarto y último apartado es en donde estudiaremos el contenido de las fórmulas de reajuste según el D.S. N° 011-79-VC y los efectos contractuales frente a terceros que generan el informe de revisión del expediente técnico en cuanto a advertir defectos o incoherencias de las fórmulas de reajuste en obras. A lo largo de esta sección, se tendrá como insumo distintas resoluciones administrativas emitidas por Entidades públicas frente a los supuestos contractuales materia de análisis.

La sección tercera se abordará el problema específico ¿Cuál es la naturaleza y efecto contractual de las opiniones de la Dirección Técnica Normativa del OSCE en los contratos administrativos de ejecución de obra contemplados dentro del marco general de contratación pública? A fin de lograr el objetivo específico determinar la naturaleza y efecto contractual de las opiniones de la Dirección Técnica Normativa del OSCE en los contratos administrativos de ejecución de obra, para lo cual se plantea la hipótesis específica, las opiniones de la Dirección Técnica Normativa del OSCE genera efectos vinculantes en los contratos administrativos de ejecución de obra en cuanto se encuentren alineados con los principios de equidad, equilibrio económico financiero y los de eficiencia y eficacia establecidos dentro del propio marco contractual (LCE y su reglamento).

De este modo, esta sección estará dividida en tres partes. En la primera parte analizaremos cual es la naturaleza y efectos contractual de las opiniones del OSCE según la Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento; posteriormente, en la segunda parte se analizara la última opinión emitida, esto es la opinión N° 026-2022-DTN y si con ella se supera los defectos advertidos en las fórmulas de reajuste y que debocaran en la emisión de la Resolución Rectoral N° 280-2022-UNS-R y la Resolución G.M. N° 26-2021-

MDM-GM emitidas, correlativamente, por la Universidad Nacional Del Santa y la Municipalidad Distrital de Moro.

Posteriormente desarrollaremos las opiniones, emitidas en el tiempo, por el organismo supervisor en cuanto a defectos u omisiones de las fórmulas polinómicas; finalmente analizaremos las resoluciones administrativas, la Resolución Rectoral N° 280-2022-UNS-R y la Resolución GM N° 26-2021-MDM-GM y si se ajustan a los criterios del organismo supervisor.

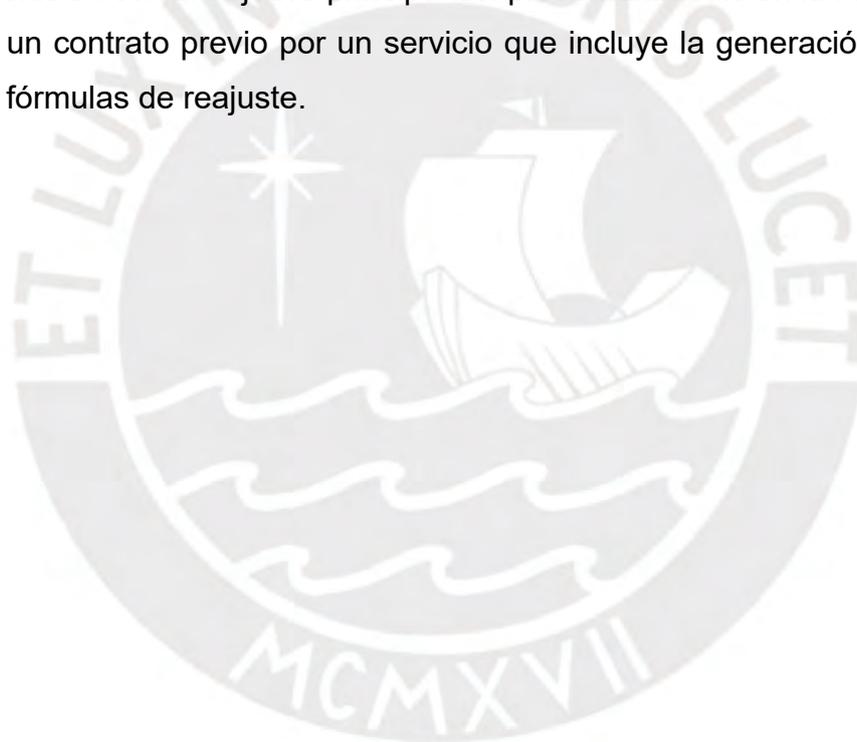
A lo largo de esta sección, se usará como marco teórico conceptual las opiniones emitidas la Dirección Técnica Normativa del OSCE y las resoluciones administrativas emitidas por Entidades públicas como un gobierno local distrital y una universidad publica. Así, al final de la sección, se concluirá que el organismo supervisor ha generado opiniones que se alejan de los principios de equidad, equilibrio económico financiero, eficiencia y eficacia y se apartan de materializar la finalidad pública, no cumpliendo con la naturaleza propia del organismo supervisor.

En la sección cuarta y última sección se abordará el problema específico ¿Cuál es la Responsabilidad contractual, responsabilidad administrativa y responsabilidad funcional en cuanto a defectos o incoherencias de la fórmula de reajustes?, a fin de lograr el objetivo específico determinar la responsabilidad contractual, responsabilidad administrativa y responsabilidad funcional en cuanto a defectos o incoherencias de la fórmula de reajustes, para lo cual se plantea la hipótesis específica los defectos o incoherencias de las fórmulas de reajuste generan responsabilidad contractual, responsabilidad administrativa y responsabilidad funcional.

De este modo, esta sección estará dividida en cuatro partes. En la primera se analizará la responsabilidad contractual respecto a la Entidad frente al contratista; posteriormente, en la segunda parte se estudiará la responsabilidad contractual, administrativa en terceros ajenos al contrato administrativo de obra; en la tercera parte analizaremos la responsabilidad administrativa y funcional en cuanto a funcionarios, dependencias y órganos

encargados del contrato de elaboración del expediente técnico de obra; y, finalmente, en la parte cuarta parte se culminará con el estudio de la obligación de incluir dentro de la casuística y practica administrativa, la Resolución Rectoral N° 280-2022-UNS-R y la Resolución GM N° 26-2021-MDM-GM, el que se pronuncie respecto a la posibilidad de la responsabilidad administrativa y funcional. A lo largo de esta sección, se usará como marco teórico el marco normativo y la casuística administrativa.

Así, al final de la sección, se concluirá que en sede administrativa existe la obligación de determinar la responsabilidad de los funcionarios u otros en cuanto a defectos u omisiones generadas en las fórmulas de reajuste, lo que tiene relación con el objetivo principal del presente artículo en la medida que existe un contrato previo por un servicio que incluye la generación correcta de las fórmulas de reajuste.



CAPITULO I
MODIFICACIONES CONTRACTUALES Y LAS PRERROGATIVAS
EXORBITANTES

Pasaremos a analizar los supuestos de modificaciones contractuales establecidos dentro del marco general de contratación pública (LCE y su reglamento), y si estos son excluyentes entre sí.

I.I Las Modificaciones Contractuales En El TUO De LCE

La actual versión del TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado Ley N° 30225 – marco general-, contiene dentro del numeral 34.1 del Art. 34°, inicialmente, una suerte de formula abierta a las modificaciones contractuales, pues existen supuestos expresos y otros innominados que se sustentarían en alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, así podemos realizar una primera enumeración, en cuanto a modificaciones contractuales:

- a Por supuestos contemplados en la Ley y el reglamento
- b Por orden de la Entidad o a solicitud del contratista **para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente.** En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. **Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato;** en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para **restablecer dicho equilibrio**, en atención al principio de equidad.

Pero en el siguiente numeral -34.2- del ya citado Art. 34° de la LCE, en cuanto al numeral anterior (34.1), pareciera asumir otra postura y cerrar o limitarse a supuestos explícitamente reglados:

- a Ejecución de prestaciones adicionales
- b Reducción de prestaciones
- c Autorización de ampliaciones de plazo, y

d Otros contemplados en la Ley y el reglamento.

Refuerza tal premisa -supuestos expresos- el contenido del numeral 34.10 del siempre citado Art. 34° del TUO de la Ley N° 30225, el cual determina que al no resultar posible los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes podrán 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, y permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto.”* Ahora bien, en el caso de los informes técnicos de revisión del expediente técnico – Art. 177° del RLCE- estas se generan, necesariamente, posterior a la presentación de la propuesta y al versar sobre el análisis de un preexistente, incluso, a la convocatoria y que decir de la buena por o del perfeccionamiento, esto es, el expediente técnico de obra. El cual fue adquirido con antelación por la Entidad, resulta evidente de que no podría encajar como un hecho no imputable a las partes, pues en esencia, la elaboración del expediente técnico de obra estuvo a cargo de una persona jurídica o natural especializada en dicha labor, labor que incluso debió estar supervisada por otro profesional o profesionales en calidad de supervisor o inspector del consultor (elaborador del expediente), por lo que las omisiones, defectos u otros resultan completamente imputables a la Entidad, quien debería asumir la entera responsabilidad por los defectos del producto adquirido, y que posteriormente ofertara para su ejecución.

En cuanto al ahora ya contratista, salta un continuo razonamiento de las Entidades, en el sentido de que dentro del procedimiento de selección del ejecutor de obra (Contratista), el referido expediente técnico estuvo a disposición de los participantes y postores, con ello, de quien finalmente llegaría a tener la calidad de contratista; por lo que, las omisiones, defectos u otros debieron ser advertidos ante el comité de selección con la finalidad de que se subsanen, corrijan o adicionen. Y, al no haber realizado dicho acto, el ahora contratista, no podría realizar reclamo válido, pues habría operado una suerte de preclusión.

Hasta aquí, y siguiendo la línea recta del razonamiento que suelen realizar las Entidades, surgiría un primer responsable ajeno al contrato de ejecución

de obra, y nos referimos al proyectista o consultor que elaboro el expediente técnico, quien nuevamente tendría la responsabilidad contractual de generar actos de corrección respecto al producto que generó a favor de la Entidad (adquiriente).

Dicho razonamiento tiene sustento en el citado Art. 177° del RLCE el cual fija que dicho informe de revisión, en cuanto a posibles adicionales, riesgos y otros aspectos, como lo sería los defectos de la formula(s) polinómica(s), se realizan en cuanto sean "**materia de consulta**"; ante las cuales, el supervisor (o inspector) debe generar la emisión de su evaluación, pronunciamiento y verificación realizadas por el, todo este bagaje es elevado a la Entidad.

Ahora bien, habiendo ya caído, de manera puntual, los defectos u omisiones de la(s) formula(s) polinómica(s) en el campo de las "consultas", le resultaría aplicable el último párrafo del numeral del numeral 193.3 y 193.4 del Art. 193° del RLCE, los cuales señalan, en cuanto a absoluciones a las consultas, que la Entidad debe coordinar con el proyectista, para tal finalidad el contrato celebrado con el referido proyectista deberá de incluir cláusulas de responsabilidad y la obligación de responder las consultas; y si no hubiera respuesta del proyectista, dentro del plazo (15 días), la Entidad, deberá de responder la(s) consulta(s) y emitir instrucciones.

Frente a este escenario de "no respuesta" del consultor (proyectista), se configura el supuesto del artículo 34° de la LCE, en cuanto se habría generado un *hecho sobreviniente a la presentación de ofertas que no sea imputables a alguna de las partes (No respuestas del proyectista)*, por lo que se apertura la posibilidad de modificar el contrato o corregir el extremo de la(s) formula(s) de reajuste para *permitir alcanzar la finalidad de manera oportuna y eficiente, ya que no existiría cambios en los elementos determinantes del objeto contractual*, más aún si tenemos en cuenta que la casuística ubicada, recoge la alerta del contratista a favor de la Entidad, pues dichas formulas erradas generarían un pago en exceso, tal cual lo señala, incluso, la Contraloría en el caso de la Universidad Nacional Del Santa.

I.I.I Prerrogativas Exorbitantes

En sede nacional conviene revisar y mencionar a Linares cuando analiza el contrato administrativo en nuestro país, del cual menciona que “no existe; en cuanto a potestades explícitas o implícitas a favor de la administración las excluye del marco normativo general (LCE), empero añade la existencia de prerrogativas y sujeciones públicas, pero de manera limitada”. Así pasa a diferenciar potestades y prerrogativas, en cuanto a las primeras nombradas, “las entiende como irrenunciables constituyendo un medio para el accionar en busca del cumplimiento de sus cometidos públicos, mientras que las prerrogativas públicas constituyen ventajas otorgadas por un régimen legal y a las que deberá de remitirse la administración en su accionar contractual” (2006 p.6).

A su vez, Danos, diferencia entre prerrogativas y derechos de la Administración Pública en los contratos que asume, siendo que los últimos nombrados “constituyen exigencias que una de las partes contratantes tiene frente a su contraparte contratante, teniendo como origen la propia relación contractual, no siendo privilegio alguno dicho ejercicio; en contraparte, entiende que las prerrogativas constituyen un poder unilateral de la Administración dentro de una relación contractual que le permite asumir una posición prevalente”. (2006 p. 27).

I.I.II Los Supuestos De Modificación Contractual Contempladas En La LCE Y Su Reglamento Se Sobreponen O Limitan Las Denominadas Prerrogativas Exorbitantes Del Estado

Para Roberto Dromi en cuanto a contratos administrativos y las prerrogativas de la administración, “supone la subordinación de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, es decir para dicho autor las prerrogativas de la administración se manifiestan en la desigualdad jurídica en relación a sus contratistas y en las cláusulas exorbitantes; y al desarrollar la definición de cláusulas exorbitantes, menciona que son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que de ser incluida en un derecho común resultarían “ilícitas”, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público” (2005 p.46).

Analizada la ley de contrataciones con el Estado, se advierte que estas encuentran sustento en la necesidad de *asegurar el logro del interés público*, y recoge, con características particulares, las siguientes prerrogativas exorbitantes:

a **Prerrogativa de modificación unilateral del contrato o *lus Variandi***

Existe dicha prerrogativa dentro del marco normativo general pero esto de manera limitada o parámetro, así el Art. 34° de la LCE – Modificaciones- dentro del numeral 34.1 si establece modificaciones “por orden de la Entidad” a efectos de incrementar o reducir prestaciones, pero teniendo como parámetros porcentuales un 15% para obras y 25 % para bienes y servicios; de igual manera ante defectos del expediente técnico sin responsabilidad del contratista, en obras, se puede alcanzar un 50%, queda claro que en cuanto reducciones no se ha establecido un mínimo o máximo, empero si consigna literalmente, que las modificaciones *no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato*, y de suceder ello, la parte beneficiada debe compensar económicamente con la finalidad de restablecer dicho equilibrio, en prevalencia del *principio de equidad*.

Entiéndase, nuevamente, que dicha facultad unilateral y propia de los contratos administrativos se encuentra inmersa dentro de la LCE y su reglamento, pero de manera limitada o marcada por parámetros, los que siempre deben tener como contenido de fondo el interés público o finalidad contractual; tal cual lo señala Morón Urbina, al referirse a los contratos Estatales y su mutabilidad, *“ello sucede con el objeto de adaptarse y perseguir de mejor manera el interés público aspirado desde un inicio”* (2019, p. 147).

En cuanto a la mutabilidad del contrato administrativo Dromi señala que ello “constituye un principio de la fase de ejecución del contrato administrativo y constituye una condición exorbitante del derecho privado. No necesita ser incluido expresamente en los contratos administrativos para que tenga plena existencia, debe considerarse siempre implícitamente incluido”. (2005 p.535).

b **Conclusión unilateral: Prerrogativa de resolución unilateral y declaración de nulidad del contrato**

Dentro de la doctrina autorizada o de necesaria consulta, siguiendo a Dromi, entendemos que si bien es cierto “tanto la resolución como la nulidad del contrato se ubican en derecho común, empero ello se debe entender en dicha sede como un derecho contractual emergente, mientras que en sede administrativa – contrato administrativo- dichas figuras configuran una prerrogativa administrativa” (2005 p.538).

Así en cuanto al marco normativo general de las contrataciones del Estado (LCE y su reglamento), ambos supuestos están habilitados respecto a la Entidad, siendo que la resolución de contrato se encuentra limitado a los artículos 164° y 165° del reglamento, las cuales recogen supuestos de incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias (previo requerimiento); de igual manera, al haber alcanzado el monto máximo de penalidad (mora u otras penalidades), o cuando se paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación (previo requerimiento). Al respecto resalta que dicha facultad constituye en el sentido lato del término una prerrogativa pues la Entidad no se encuentra obligada a realizar ello, ya que el numeral 164.1 del citado artículo 164° señala que la Entidad “*puede*”, es decir no es una imposición, sino el realizar tal acción -resolución- dependerá de una previa evaluación y discrecionalidad de la Entidad, la que deberá de sustentarse siempre en el interés público consistente en materializar la obra respetando los estándares de calidad establecidos en el expediente técnico o que la obra debe exhibir y contener.

Por su parte la nulidad del contrato, en cuanto a la Entidad, es decir la nulidad de oficio resulta potestativa y esta referida a supuestos reglados en el numeral 44.2 del Art. 44° de la LCE, siendo estos los referidos al perfeccionamiento en contravención al artículo 11°; transgresión al principio de presunción de veracidad; suscripción del contrato existiendo apelación en trámite; el no cumplimiento de las condiciones y/o requisitos para la contratación pública o el no uso del método de contratación o cuando se emplee un método que no corresponde.

En cuanto a esta prerrogativa o clausula exorbitante reconocida por la doctrina, de igual manera se establecen parámetros reglados e incluso dichas instituciones se encuentran habilitadas respecto al contratista bajo ciertos

supuestos, hecho que pudiera entenderse que nos encontramos frente a derechos contractuales emergentes de las partes y no ante prerrogativas regladas.

c Prerrogativa de interpretación unilateral del contrato

Para Morón, “la interpretación unilateral del contrato constituye una facultad de la Entidad que la permite, ante discrepancias sobre el alcance o la interpretación de alguna de las cláusulas del modo de ejecutar cualquiera de las prestaciones y no se pueda llegar a un acuerdo consensuado, pueda mediante decisión expresa absolver el sentido bajo el cual deben proceder las partes” (2016 p. 596).

En cuanto a nuestro marco general, no existe la explícita mención a tal prerrogativa, empero en cuanto a consultas respecto a los alcances del contrato o prestaciones realizadas bajo el contexto del cuaderno de obra (numeral 192.1 del Art. 192 y numeral 193.1 del Art. 193°) o bajo los parámetros del informe del expediente técnico (Art. 177° RLCE), tendríamos manifestaciones de dicha prerrogativa, pues en el caso de consultas vía cuaderno de obra o informe del expediente técnico (incluidas las referidas respecto a los alcances de ejecución contractual, prestaciones u otros que impliquen el contenido del principio de interpretación unilateral del contrato), *la Entidad deberá – impositivamente-, ante la no respuesta del proyectista del expediente técnico, absolver la consulta y dar instrucciones al contratista a través del supervisor o inspector.*

d Prerrogativa de dirección y control

Para Garrido, el poder de “*controlar y dirigir la ejecución del contrato* es la primera manifestación de la privilegiada situación que la Administración ocupa, es una necesidad de principio de la contratación administrativa que se manifiesta sobre todo en la concesión de servicios públicos y el contrato de obras públicas”. (2002 p. 112).

En sede nacional Juan Carlos Morón menciona, el que dicha prerrogativa “implica la potestad de la Entidad para disponer en cualquier momento de la ejecución contractual de medidas específicas para inspeccionar vigilar y supervisar la regularidad de las actividades del contratista constitutivas de las

prestaciones contractuales, y, en caso sea necesario, dictar las órdenes y los correctivos necesarios que deben ser acatados por el contratista bajo apercibimiento de penalidad u otro tipo de sanción” (2016 p. 496).

Bajo el contexto doctrinario desarrollado líneas precedentes, tenemos el Art. 10° de la LCE en donde se expresa que la Entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros y que para iniciarse la ejecución de una obra resulta necesario la presencia bien del supervisor o del inspector.

Si bien es cierto el citado artículo solo menciona el termino supervisar, empero el Art. 187° del reglamento establece que la Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del supervisor o inspector. Dicho representante tiene la obligación de velar *directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y el contrato*, incluso la administración de los riesgos; adicionalmente se menciona las facultades de *ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones, que a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra*, asimismo, *podrá rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por incumplimiento de las especificaciones técnicas y para disponer cualquier medida por emergencia*.

Como es de apreciarse si bien es cierto inicialmente dicha prerrogativa se muestra tenue en la LCE, es en el RLCE donde esta se fortalece encajando dentro de los parámetros descritos por los tratadistas citados en líneas iniciales. De igual manera, se puede concluir que, si bien es cierto, al igual que otras figuras del derecho administrativo, tienen origen en el régimen común (Código Civil), empero en sede administrativa se fortalecen en cuanto la finalidad publica como objeto contractual.

e Prerrogativa de ejecución directa de la prestación o intervención económica de obra

En buena cuenta dicha medida es retirarle el manejo económico del presupuesto de obra al contratista, dejándole el manejo de ejecución técnica, tal cual lo señala Morón Urbina, quien siguiendo el razonamiento de Cassagne, menciona que la

prerrogativa de la Entidad “consiste en proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el contratista no lo hiciera dentro de plazos razonables pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del contratista incumplidor” (2013 p. 9).

En el reglamento de la LCE el Art. 204° recoge dicha potestad, con la particularidad que incluso ella – intervención- puede ser a pedido de parte y sucederá bajo supuestos de fuerza mayor, caso fortuito, incumplimiento contractual que, a juicio de la Entidad, no permitan concluir los trabajos.

Dicha prerrogativa presupone consideraciones de orden técnico y económico, y su empleo buscaría la no resolución contractual, empero genera para el contratista la pérdida del derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización u otro reclamo, si es que la intervención se debe al incumplimiento contractual del contratista. Finalmente, el reglamento establece que, si la intervención a pedido del contratista es rechazada, se procede a la resolución del contrato, lo antedicho es tratada en un solo artículo por el marco general, ante lo cual el organismo supervisor (OSCE) emitió una Directiva estableciendo un procedimiento a seguir por las Entidades públicas ante tal situación.

f Prerrogativa de sanción al contratista

Debe entenderse que dicha prerrogativa se manifiesta, o puede manifestarse, desde la etapa pre-contractual, no obstante, y teniendo en cuenta el tema central, esto es la fórmula polinómica y su incidencia contractual dentro de la ejecución de obra, es que mencionaremos a Roberto Dromi para quien “la Entidad tiene competencia sancionadora por faltas contractuales acometidas por el contratista y esta competencia es correlativa con la de dirección y control” (2005 p. 540).

Dicha prerrogativa se muestra con mayor robustez en la denominada “*penalidad por mora*”, la cual es aplicada de manera objetiva, sin comunicación al contratista e incluso ejecutada de manera directa vía pago de valorizaciones (pagos a cuenta) o en la liquidación de obra, y contra el ejercicio de esta prerrogativa el contratista solo puede accionar los medios alternativos de solución de conflictos (conciliación o arbitraje).

g La posición privilegiada de la administración respecto a la excepción de incumplimiento

Dentro de las múltiples obligaciones contractuales las más importante, por así decirlo, resulta ser el pago en el caso de la administración, pues dentro de una relación contractual común, tratándose de un contrato sinalagmático, se entendería que el incumplimiento del pago, en este caso valorizaciones, supondría la posibilidad de que el contratista pueda suspender la ejecución de las prestaciones que tiene a cargo; empero la LCE establece de suceder ello que, la administración deber de reconocer el pago de los intereses legales (vencido el mes subsiguiente al mes valorizado) si es que no existe caso fortuito o fuerza mayor; y el RLCE, establecen que el contratista no podrá suspender la ejecución de las prestaciones, si es que no concurren el no pago de 3 valorizaciones consecutivas como mínimo y que cumpla con la formalidad de requerir por escrito el pago de una valorización como mínimo dentro del plazo de diez días, cumplidos los supuesto de hecho, formalidad y plazo recién procede la facultad de suspender la ejecución de las prestaciones por parte del contratista.

Como es de verse dicha figura deviene del derecho civil, pero con marcadas particularidades que las desligan del derecho civil, siendo la más notable el plazo, así contabilizando los plazos entre la o las prestaciones contenidas dentro de un mes valorizado y el último día de pago, para proceder a la suspensión deberá de transcurrir 4 meses y 10 días; y si existe pago de una de las tres valorizaciones atrasadas, se elimina la posibilidad de la suspensión. Suma a ello que el no pago debe ser de manera consecutiva, y si existen pagos alternativos, es decir cada 2 meses una valorización, no se incurriría nunca en la posibilidad de que el contratista pueda suspender la obra, pues no existiría el supuesto de hecho de no pago de tres valorizaciones consecutivas.

Es decir, esta prerrogativa sería la más acentuada como exorbitante, pues se sobrepone al establecer plazos que resultan exagerados, si es que, sobre todo, tenemos en cuenta que para convocar a un procedimiento de selección se debe contar, necesariamente, con disponibilidad presupuestal, por lo que el no pago dentro de los plazos establecidos o marcados desde el procedimiento de

selección que en la mayoría de los casos suele ser mensual, no tiene asidero, suma el que la mora en el pago establecido dentro de los documentos conformantes del contrato, genera intereses a favor del contratista y en desmedro del Estado, sobre todo si es que se cuenta con el dinero necesario desde la convocatoria.

Analizadas ya las denominadas prerrogativas exorbitantes, hacemos nuestra la definición realizada por Juan Carlos Morón, cuando menciona como tales, a “*todos aquellos modos de decisión unilateral del poder público, previstas en el ordenamiento jurídico y ejercidas dentro de una relación contractual, que tienen como objetivo actuar conforme al intereses público inherente a un determinado contrato*” (2016 p. 591)

Así las cosas los supuestos de modificación contractual vendría a constituir actos contractuales de los que la Entidad haría ejercicio para, precisamente materializar las potestades o prerrogativas exorbitantes, por lo que no se puede realizar una lectura limitada de las modificaciones contractuales en cuanto a dichas prerrogativas o potestades, ya que el sustento de ellas es el logro del intereses publico contenido en el contrato de obra, siendo así que no puede entenderse como una limitación a tales prerrogativas o potestades.

1.1.III Las Prerrogativas Exorbitantes Y El Principio De Legalidad

El principio de legalidad en sede nacional tiene arraigo constitucional, consagrado en el artículo 2º, inciso 24 literal “d”, al desarrollar dicha garantía constitucional el TC en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC establece EN EL Fundamento Jurídico N° 8 “*que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (...)*”.

En igual medida hace una precisión en cuanto el referido principio, el cual acoge en su seno, como un sub-principio, al principio de “tipicidad” quien es el encargado de “*realizar la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta*” (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC-Fundamento Jurídico N.º 9).

De igual manera el marco general administrativo, esto es el TUO de la Ley N° 27444, Ley Del Procedimiento Administrativo General, recoge dentro de la estructura del Título Preliminar – Art. IV – numeral 1.1 al principio de legalidad, el cual se configura como *el respeto a la constitución, la ley y el derecho, cuando las autoridades administrativas actúen, dicha actuación deberá de realizarse, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas.*

Suma a ello el que dicho marco normativo – TUO de la Ley N° 27444 ley del procedimiento administrativo general (en adelante LPAG)- constituye “norma común”, pues a partir de la vigencia del Decreto Legislativo N°1272 (que modificó en parte la Ley N° 27444), la LPAG ha pasado de ser una norma de carácter general a ser una norma de carácter común¹, es decir, ha dejado de tener carácter supletorio a tener la calidad de imperativa en cuanto a las garantías mínimas sobre todos en los procedimientos especiales.

*De esta manera resulta necesario el convenir que el principio de legalidad puede, y debe, servir de soporte para el ejercicio de prerrogativas exorbitantes, como las de modificación unilateral del contrato o *ius Variandi*, interpretación unilateral del contrato o incluso dirección y control; así, también, para ajustar el contenido de la formula polinómica dentro de parámetros de legalidad, toda vez que con ello se salvaguarda el principio de equilibrio financiero, buscando siempre concretar la finalidad publica o el objeto del contrato.*

I.II Las Prerrogativas del Estado Y los Principios de Equilibrio Económico Financiero, Eficiencia y Eficacia, e Integridad Establecidos en el Marco General de Contratación Pública (LCE)

El principio de equilibrio económico financiero, en la actual versión de la LCE y su reglamento, aparece de manera expresa y contundente en el numeral 34.1

¹... La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

del Art. 34° de LCE – Modificaciones del Contrato- en tanto dichas modificaciones regladas (ampliaciones de prestaciones, reducciones, autorización de ampliación de plazo y otros contemplado en la LCE y su reglamento) no deberán de afectar el *equilibrio económico financiero* y si ello sucediere, la parte beneficiada deberá compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio.

Nótese a modo de sorpresa, pero ajena al tema materia de estudio, que cuando señala el reestablecer el equilibrio económico financiero, estaría referido a que dicha compensación debería de ser inmediata o durante la ejecución contractual (que llegaría hasta la liquidación), por lo que salta la duda si nos encontramos frente a una posible pretensión arbitrable, pues el numeral 45.4 del Art. 45° de la LCE establece que no procede el arbitraje frente a pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de adicionales totales o parciales.

Ahora regresando a la interrogante planteada, debe entenderse que precisamente la existencia y uso de las prerrogativas exorbitantes tiene como sustento los principios de equilibrio económico financiero, eficiencia y eficacia o integridad pues buscan salvaguardar o asegurar el interés público.

De tal manera que estas pueden o deben accionarse para corregir los errores, defectos u omisiones en cuanto a las fórmulas de reajuste ya que ella tiene un objetivo contractual, esto es de actualizar los precios por ende puede ser reflejo de la realidad económica al momento del pago, sea que ello refleje inflación o incluso deflación a favor de la Entidad.

Suma en tal sentido la propuesta o voluntad de las partes, las que en el tiempo solicitaron u ofertaron la ejecución de una obra por la que se sometían al pago de los insumos y otros a un precio real y objetivo que les permitiera un producto de calidad, alcanzando la finalidad publica; por su parte, el contratista se somete a la ejecución de la obra bajo los parámetros establecidos por la Entidad, quien espera alcanzar el pago de su labor a precios reales o actualizados que le permitan el lucro ofrecido por el Estado.

No respetar lo señalado precedentemente, presupondría quebrar el principio de equilibrio económico financiero, respecto del cual se han establecidos los supuestos reglados de modificación contractual.

CAPITULO II

ACTO CONTRACTUAL: INFORME DE REVISIÓN DE EXPEDIENTE TÉCNICO DE OBRA Y SUS CONSECUENCIAS CONTRACTUALES

El marco normativo – LCE y su reglamento - en cuanto al informe de revisión del expediente técnico de la obra establecido por el Art. 177° del RLCE, es un acto normativo y contractual que se realiza posterior a la firma del contrato, la entrega del terreno e inicio de obra; por lo que a versar sobre el contenido del expediente técnico de obra, resulta necesario analizar que consecuencias generaría en cuanto este contenga o informe la inexistencia, defectos o incoherencias de las fórmulas de reajuste.

II.I El Marco Normativo General En El Tiempo

Para el presente análisis se tomará una frontera de tiempo equivalente a 13 años, por lo que partiremos por el D.L. N° 1017 y su reglamento, sus modificaciones y la actual Ley N° 30225 con sus distintas modificaciones tanto a la ley como a su reglamento.

El Decreto Legislativo N° 1017

Esta versión de la ley de contrataciones con el Estado (LCE) fue publicada en el diario oficial El Peruano el miércoles 4 de junio del 2008, entro en vigor el 01 de febrero del 2009² y se mantuvo vigente hasta el 08 de enero del 2016 (7 años), puesto que el 09 de enero del 2016 entro en vigor la actual ley de contrataciones con el Estado (Ley N° 30225). Así dicho marco general, primigenio para la

² De conformidad con el Artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 014-2009, publicado el 31 enero 2009, el D. Legislativo N° 1017, entró en vigor a partir del 1° de febrero de 2009.

presente investigación, obtuvo su reglamento mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

El Artículo 152° del reglamento, contenía como una obligación de contenido normativo y por ende contractual, la de comunicar las *“Fallas o defectos percibidos por el contratista luego de la suscripción del contrato”*. El contratista dentro de los primeros 7 días posteriores a la suscripción del contratado:

Artículo 152.- Fallas o defectos percibidos por el contratista luego de la suscripción

El contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiere proporcionado.

La Entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles.

Si acoge las observaciones, la Entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, y si además, las fallas o defectos afectan el plazo de ejecución del contrato, éste empezará a correr nuevamente a partir de dicha entrega o del momento en que se efectúen los cambios.

En caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la Entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones. D.L. N° (Decreto Supremo N° 184-2008-EF Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, 2008)

Se consigna de manera clara y precisa como una facultad de contratista el informar fallas o defectos advertidos, no se establece un plazo para dicho acto y se preveía un plazo de 07 días para que la Entidad se pronuncia y de no acceder a lo solicitado la ejecución corre bajo responsabilidad de la Entidad.

Posteriormente el 07 de agosto del 2012, dicho artículo sufre una modificación, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 152.- Fallas o defectos percibidos por el contratista luego del perfeccionamiento del contrato

El contratista debe comunicar a la Entidad las fallas o defectos que advierta en las especificaciones técnicas o términos de referencia de los bienes o servicios a ser adquiridos o contratados, a más tardar a los siete (7) días siguientes del perfeccionamiento del contrato.

Esta disposición es sólo aplicable a las contrataciones cuyo monto correspondan a la Adjudicación de Menor Cuantía y en ningún caso será aplicable a la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada.

La Entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles.

Si acoge las observaciones, la Entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, y si, además, las fallas o defectos afectan el plazo de ejecución del contrato, éste empezará a correr nuevamente a partir de dicha entrega o del momento en que se efectúen los cambios.

En caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la Entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones. (Decreto Supremo N° 138-2012, 2012)

Tal como se aprecia el artículo modificado se limita a la adquisición de bienes y servicios, por lo que dicha versión del reglamento en cuanto al registro nacional de proveedores establecía distintos rubros, siendo estos los de: proveedores de bienes, proveedores de servicios, registro de consultores de obras, y el de ejecutores de obra. Motivo por el cual dicho entendemos que esta obligación contractual del contratista ejecutor de obra, quedó eliminada para el año 2012 y

solo para bienes y servicios de los procedimientos de selección denominado de menor cuantía.

En línea con lo mencionado por el artículo anterior, coexistía en Artículo 153 del reglamento, en cuanto a la “Responsabilidad de la Entidad”, frente al contratista, respecto a las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de estos, sin perjuicio de la responsabilidad que les corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares.

Como se podrá apreciar hasta aquí, la versión de la ley de contrataciones del Estado, aplicable entre el 2009 y el 2016, inicialmente si mantuvo, por parte del contratista la obligación de pronunciarse en cuanto a errores o defectos advertidos post perfeccionamiento del contrato.

Ley N° 30225

Según lo ya mencionado, la versión inicial de la Ley N° 30225, entro en vigor el 09 de enero del 2016, juntamente con su reglamento el Decreto Supremo N° 350-2015-EF (del 09 de diciembre del 2015), reglamento que no recogió, inicialmente, la obligación contractual de pronunciarse respecto al expediente técnico de obra posterior a la suscripción del contrato; ello pese a que la referida ley y su reglamento se edificaron bajo el principio de gestión por resultados.

D. Leg. N° 1341 y el D.S. N° 056-2017

Posteriormente, el 03 de abril del 2017, entrarían en vigor ambas modificaciones las que no realizaron cambio alguno en cuanto a la ausencia de la obligación contractual de revisión e informe del expediente técnico, pues las modificaciones estuvieron referidas a temas de corrupción, por lo que entre otros se estableció la inclusión de cláusulas anticorrupción en los contratos públicos bajo sanción de nulidad y no pago de daños y perjuicios en la resolución de contratos por corrupción de funcionarios o servidores propiciados por parte del contratista.

D.S. N° 082-2019-EF y D.S. N° 344-2018-EF

Junto con la emisión del TUO de la ley de contrataciones con el Estado se genera y un nuevo reglamento (publicado el 31 de diciembre del 2018), los cuales entrarían en rigor desde el 30 de enero del 2019. Dicho nuevo reglamento,

recoge la figura de la revisión del expediente técnico de obra - Artículo 177- como una obligación con efectos contractuales a cargo del contratista acto a realizar dentro de los quince o treinta días calendario (dependiendo si el plazo es mayor o menor a 120 días), así se estableció, lo siguiente:

Artículo 177. Revisión del expediente técnico de obra

Dentro de los quince (15) días calendario del inicio del plazo de ejecución de obra, para el caso de obras cuyo plazo sea menor o igual a ciento veinte (120) días y dentro de los treinta (30) días calendario para obras cuyo plazo sea mayor a ciento (120) días calendario, el contratista presenta al supervisor o inspector de obra, un informe técnico de revisión del expediente técnico de obra, que incluya entre otros, las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta. El supervisor o inspector dentro del plazo de siete (7) días calendario para obras con plazo menor o igual a ciento veinte (120) días y diez (10) días calendario para obras con plazo mayor a ciento veinte (120) días, eleva el informe técnico de revisión del expediente técnico de obra a la Entidad, con copia al contratista, adjuntando su evaluación, pronunciamiento y verificaciones propias realizadas como supervisión o inspección. (Decreto Supremo N° 344-2018-EF, reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado Ley N° 30225, 2021).

El referido informe de revisión del expediente técnico de obra es presentado al supervisor o inspector de obra, el cual debe incluir, entre otros, las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta. El supervisor o inspector dentro del plazo de siete o diez días calendario (dependiendo si el plazo de ejecución es mayor o menor a 120 días), eleva el informe técnico de revisión del expediente técnico de obra a la Entidad, con copia al contratista, adjuntando su evaluación, pronunciamiento y verificaciones propias realizadas como supervisión o inspección.

D.S. N° 377-2019-EF (14 de diciembre del 2019)

D.S. N° 168-2020-EF (30 de junio del 2020)

D.S. N° 250-2020-EF (04 de setiembre del 2020)

D.S. N° 162-2021-EF (26 de mayo del 2021)

D.S. N° 234-2022-EF (07 de octubre del 2022)

Ninguna de estas modificatorias al reglamento realizo cambio alguno en cuanto al deber de revisar el expediente técnico de obra, posterior a la suscripción del contrato y dentro de los 15 o 30 primeros días de ejecución contractual.

A partir de lo glosado tanto en la primera sección con en los párrafos precedentes de la segunda sección, podemos establecer que en el marco normativo – LCE y su reglamento - en cuanto al informe de revisión del expediente – Art 177° del RLCE, posterior a la firma del contrato y la entrega del terreno, si existen consecuencias contractuales respecto a las partes, pues se genera la posibilidad de que a partir de los defectos o incoherencias de las fórmulas de reajuste se genere modificaciones contractuales entre el contratista (ejecutor de Obra) y la Entidad; de igual manera en tanto el informe determine y se verifique la existencia de incoherencias o defectos del expediente técnico que afecten los principios de eficacia y eficaz y el de equidad, las partes están obligadas a modificar el contrato, y alinearlos con los principios de legalidad y de equidad (equilibrio económico financiero).

De igual manera frente a los consultores de obra (proyectista, supervisión e incluso quien actualiza el expediente técnico) se generarían obligaciones contractuales referentes a absolver las consultas.

II.II Consecuencias Administrativas Respecto A Defectos O Incoherencias De Las Fórmulas De Reajuste Establecidas Por El Informe De Revisión Del Expediente Técnico

Los defectos advertidos en cuanto al expediente técnico generarían responsabilidad administrativa y funcional en todos los actores del contrato y ejecución de la elaboración del expediente técnico. Puesto que se adquirió un producto con defectos y consecuencias económicas en el erario, ello generaría un estado de peligro en alcanzar el objetivo contractual público en cuanto al contrato administrativo de ejecución de obra.

II.III Naturaleza Contractual Del Informe De Revisión Del Expediente Técnico

Constituye una obligación contractual del contratista presentar dicho informe de revisión del expediente técnico, pues con el referido informe, pese a que ingresan en el caudal de consultas se le advierte a la Supervisión la compatibilidad entre el área o campo donde se ejecutara la obra y el expediente técnico, los defectos u omisiones de la elaboración del expediente técnico, todo ello como supuestos de posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos, como lo sería los defectos en la elaboración de la fórmula polinómica.

II.IV Los Defectos O Incoherencias De Las Fórmulas Polinómicas Se Subsumen Dentro De Las Causales De Modificación Contractual

Tal cual se ha señalado en el desarrollo de la Sección I la LCE y su reglamento contienen un listado cerrado en cuanto a modificación contractual, por lo que no se incluiría o se subsume dentro de la lista cerrada (Adicionales, reducciones y ampliaciones); empero en cuanto a la posibilidad de que el proyectista (elaborador del expediente técnico) no absuelva la consulta referida a la modificación o corrección de los errores de la fórmula polinómica, se forjaría el supuesto de: *“hechos sobrevinientes a la presentación de la oferta que permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del contrato”*. Posibilitando la modificación contractual en cuanto al contenido de la fórmula polinómica.

II.V Efectos Contractuales Frente A Terceros

Contractualmente genera la obligación de quien realizó la elaboración del producto: Expediente Técnico, esto es el proyectista (consultor de obra) a efectos de que se pronuncie sobre los defectos incoherencias de la o las fórmulas de reajuste.

CAPITULO III

CONSECUENCIA(S) ADMINISTRATIVA(S) GENERAS RESPECTO A DEFECTOS O INCOHERENCIAS DE LA(S) FÓRMULA(S) DE REAJUSTE POR EL INFORME DE REVISIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

Los defectos advertidos en cuanto al expediente técnico generarían responsabilidad administrativa y funcional en todos los actores del contrato y ejecución de la elaboración del expediente técnico. Puesto que se adquirió un producto con defectos y consecuencias económicas en el erario, ello generaría un estado de peligro en alcanzar el objetivo contractual público en cuanto al contrato administrativo de ejecución de obra.

III.I Naturaleza Contractual Del Informe De Revisión Del Expediente Técnico Dentro De Los Contratos Administrativos De Ejecución De Obra Contemplados En El Marco General De Contratación

Constituye una obligación contractual del contratista presentar dicho informe de revisión del expediente técnico, pues con el referido informe, pese a que ingresan en el caudal de consultas se le advierte a la Supervisión la compatibilidad entre el área o campo donde se ejecutara la obra y el expediente técnico, los defectos u omisiones de la elaboración del expediente técnico, todo ello como supuestos de posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos, como lo sería los defectos en la elaboración de la fórmula polinómica.

III.II Defectos O Incoherencias De La Formulas De Reajuste Y Causales De Modificación Contractual

Tal cual se ha señalado en el desarrollo de la Sección I (y sus sub problemas) la LCE y su reglamento contienen un listado cerrado en cuanto a modificación contractual, por lo que no se incluiría o se subsume dentro de la lista cerrada (Adicionales, reducciones y ampliaciones); empero en cuanto a la posibilidad de que el proyectista (elaborador del expediente técnico) no absuelva la consulta referida a la modificación o corrección de los errores de la fórmula polinómica,

se forjaría el supuesto de: *“hechos sobrevinientes a la presentación de la oferta que permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del contrato”*. Posibilitando la modificación contractual en cuanto al contenido de la fórmula polinómica.

III.III Efectos Contractuales Frente A Terceros Genera El Informe De Revisión Del Expediente Técnico En Cuanto A Advertir Defectos O Incoherencias De Las Fórmulas De Reajuste En Obras

Contractualmente genera la obligación de quien realice la elaboración del producto: Expediente Técnico, esto es el proyectista (consultor de obra) a efectos de que se pronuncie sobre los defectos incoherencias de la o las fórmulas de reajuste.

CAPITULO IV

LAS OPINIONES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

IV.I Análisis del Marco Normativo

El organismo supervisor de las contrataciones del Estado OSCE, según la definición establecida en el artículo 51° del reglamento de la ley de contrataciones con el Estado, constituye un organismo técnico especializado, por lo que dentro de las funciones que le asigna o establece el artículo 52°, ubicamos la de absolver consultas sobre el sentido y el alcance de la normativa de contrataciones con el Estado, en efecto el literal “n)” del ya citado artículo 52 del reglamento, establece la de “absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil. Las consultas que le efectúen las Entidades son gratuitas. (D.S. N° 344-2018-EF, 2018).

Asimismo, la dirección técnica normativa del OSCE (que tiene como función absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado) es el responsable de presentar al Consejo Directivo la propuesta de precedente administrativo de observancia obligatoria.

En este orden de ideas tenemos que realizada la búsqueda de información en el portal OSCE no existe pronunciamiento alguno que tenga la condición de precedente administrativo de observancia obligatoria en cuanto al tema en comento – Formula Polinómica-, no obstante, se puede advertir que la referida autoridad administrativa, desarrolla el peso y vinculo que generaría las Opiniones de la Dirección Técnica Normativa, esto de manera reciente, en la Opinión N° 078-2021/DTN, en donde se detiene a analizar no el ejercicio de las prerrogativas de generar precedentes administrativos de observancia obligatoria sino el de las opiniones.

Al respecto mencionan, a partir del contenido del Art. 76° de la Constitución Política del Perú, cuando el referido artículo de la constitución menciona “Ley”, se debe entender que la constitución hace alusión a la Ley de Contrataciones con el Estado (Ley N° 30225) y su reglamento; por lo que si en el Artículo 3° de la LCE establece un listado de Entidades sometidas a ella (numeral 3.1), así como la expresa disposición de que la citada ley se aplica a las contrataciones que realicen las referidas Entidades (numeral 3.3) y, a ello suma, el contenido del literal “n” del Art. 52° de la ley de contrataciones con el Estado, en el que se menciona:

*... una de las funciones atribuidas al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) consiste en la absolución de **consultas** sobre el sentido y alcance de la **normativa de contrataciones del Estado**, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil...*

Por lo que en la Opinión N° 078-2021/DTN, la propia Dirección Técnica Normativa del OSCE concluye:

- “... OSCE, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia de contratación estatal, tiene asignada la competencia de establecer el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado a través de la emisión de opiniones; por tanto, ninguna otra entidad de la administración pública –salvo que en una norma de igual

rango se establezca que comparte tal competencia- puede ejercer dicha función...”

- “...la competencia interpretativa de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado ha sido conferida mediante ley especial, en concordancia con lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 020-2003-PI/TC13, de manera exclusiva al OSCE, puede concluirse que la naturaleza de los criterios interpretativos desarrollados por este Organismo Técnico Especializado –por ejemplo, aquellos que son desarrollados a través de las Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa- es la de una interpretación auténtica, en el sentido kelseniano del término¹⁴, de la citada normativa, y por ende deben ser observados por todos los operadores al momento de su aplicación.”

Lo referido por el OSCE, a modo de juez y parte, o nos resulta del todo aceptable, puesto que la premisa rectora del contenido del literal “n” del Art. 52° de la ley de contrataciones con el Estado es el de “*absolución de consultas*”, por lo que no podría resultar vinculante la consulta realizada sobre un caso en concreto, ya que la propia dirección técnica normativa menciona que sus opiniones versan sobre “consultas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí”; siendo que, respecto a casos concretos, no resultaría vinculante, más aún si el referido órgano supervisor no hace uso habitual de su prerrogativa de generar precedentes administrativos de observancia obligatoria.

Suma a dicho razonamiento el propio texto de la referida opinión en la que menciona que las opiniones no configuran o constituyen precedentes administrativos:

... las Opiniones desarrollan líneas y criterios interpretativos sobre la normativa de contrataciones del Estado que deben ser considerados al momento de analizar sus disposiciones,

mas no analizan ni establecen presupuestos de hecho y por ende no pueden configurar ni constituir precedentes administrativos.

IV.II Opiniones En Torno A Las Fórmulas Polinómicas

En cuanto a fórmulas de reajuste recogeremos 2 ultimas opiniones, las que resultan referenciales pues el análisis es sobre el marco normativo y no sobre un caso en concreto. siendo estas las siguientes:

1. **Opinión N° 026-2022/DTN**
2. **Opinión N° 009-2019/DTN**

IV.III Opinión N° 026-2022/DTN

La opinión N° 026-2022-DTN versando sobre el contenido o análisis normativo, y no sobre el caso en concreto, resulta en ciertos extremos insuficientes y en otros contradictorios con los principios y fines de la contratación pública.

La referida opinión resuelve a se pronuncia sobre el pedido realizado por el gerente de asesoría jurídica de la Municipalidad Distrital De La Joya, quien solicita consulta en torno a la posibilidad de modificar la fórmula polinómica de los contratos de ejecución de obra celebrados sobre la base de la ley de contrataciones con el estado y su reglamento (Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444).

Así en cuanto a obras contratadas bajo el sistema de “suma alzada”, el organismo determina que no es posible realizar modificaciones a las fórmulas polinómicas o de reajuste, así existen las siguientes premisas y conclusiones:

“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.

...

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. (opinión N° 026-2022-DTN, 2022).

Nótese que la primera conclusión no se condice con los principios rectores de equidad o equilibrio económico financiero y la finalidad pública, pues incluso existe casuística que determina la existencia de fórmulas polinómicas que generaría un pago en exceso.

la realidad puesto que de la casuística ubicada, se establece que incluso existen fórmulas polinómicas que sobrepasan los parámetros legales generando un sobrepago (Caso Universidad Nacional Del Santa y Municipalidad Distrital de Moro), y ambos supuestos, el sobrepago como la imposibilidad de modificación, no se alinean ni con los principios de equidad y equilibrio económico financiero, y así tampoco, con el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes.

IV.IV Opinión N° 009-2019/DTN

La opinión N° 026-2022-DTN versando sobre el contenido o análisis normativo, y no sobre el caso en concreto, resulta en ciertos extremos insuficientes y en otros contradictorios con los principios y fines de la contratación pública.

La referida opinión resuelve a se pronuncia sobre el pedido realizado por el gerente de asesoría jurídica de la Municipalidad Distrital De La Joya, quien solicita consulta en torno a la posibilidad de modificar la fórmula polinómica de

los contratos de ejecución de obra celebrados sobre la base de la ley de contrataciones con el estado y su reglamento (Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444).

CAPITULO V

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y RESPONSABILIDAD FUNCIONAL

V.I La Potestad Sancionadora y Sus Principios

Como lo señala Danos, al igual que otros entendidos académicos del derecho administrativo, la potestad sancionadora no tiene cobija con nombre propio dentro de la Constitución; entendiéndose a la potestad sancionadora de la administración pública, como un poder natural o corolario de las competencias otorgadas a la administración en determinadas materias, es decir entiende que ante la no cobija constitucional, se justifica en razones pragmáticas, pues resulta necesario reconocerle facultades coercitivas en orden a cautelar el cumplimiento de normas legales.

Así tenemos que la potestad sancionadora, ubica espacio dentro del actual TUO de la LPAG, recogiendo 11 principios rectores, como lo son: legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud, culpabilidad y non bis in idem. Queda añadir que estos principios se adicionan a los principios generales previstos en el artículo IV del Título Preliminar del TUO.

V.II Responsabilidad Contractual Respecto A La Entidad Frente Al Contratista

Si el pago constituye una de las obligaciones esenciales a cargo de la Entidad, tal cual se encuentra establecida taxativamente en el RLCE; y, no obstante el reajuste de precios al estar inmerso dentro de las valorizaciones y la liquidación de obra, constituiría una parte de la operación matemática o aritmética que determinara el monto que el contratista solicita ser pagado, sea ello en la

valorización o en el saldo final de liquidación de obra; siendo así, al haberse imposibilitado al contratista el uso de la fórmula polinómica, pues al estar sobredimensionada no podría buscar generar un pago en exceso, esto pese a que en el caso de las valorizaciones tienen la calidad de pago a cuenta. Pues si el contratista buscara incluir la fórmula sobredimensionada existente en el expediente técnico, dicha conducta, quebraría el principio de buena fe contractual (Teoría General del Contrato) o el principio de equidad dentro de los contratos administrativos (LCE).

De esta manera en la Administración se habría generado responsabilidad contractual al faltar a una de sus obligaciones esenciales consistentes en generar las condiciones necesarias para el pago dentro de las expectativas del contratista, nótese que la administración adquiere legitimidad en sus actuaciones cuando ello se realiza dentro de los parámetros de vinculación positiva a la ley.

V.III Responsabilidad Contractual, Administrativa En Terceros Ajenos Al Contrato Administrativo De Obra

De no existir pronunciamiento por parte del proyectista en cuanto a la consulta de corrección de la fórmula polinómica, ello generaría la responsabilidad contractual y administrativa de tal proveedor, en la misma línea de quien estuvo a cargo de la supervisión del proyectista. Dicha responsabilidad generadora de sanción estará a cargo del Tribunal de Sanciones del Órgano Supervisor (OSCE).

V.IV Responsabilidad Administrativa Y Funcional En Cuanto A funcionarios, Dependencias Y Órganos Encargados Del Contrato De Elaboración Del Expediente Técnico De Obra

En cuanto al personal de la Entidad que intervino en la adquisición del proyecto de inversión pública, de manera puntual, el expediente técnico de obra, al estar comprometido dinero público, si existe responsabilidad a deslindar esto ante la propia entidad e incluso ante la Contraloría General de la República.

CAPITULO VI

CASUÍSTICA

VI.I Resolución Rectoral N° 280-2022-UNS-R

En cuanto a la obligación de que la Resolución Rectoral N° 280-2022-UNS-R se pronuncie respecto a la posibilidad de la responsabilidad administrativa y funcional. No existe pronunciamiento en dicho extremo, pese a que el RLCE así lo establece, de igual manera al estar comprometido dinero del erario, incluso existe la obligación de avisar a la Contraloría general de la Republica para que en ejercicio de sus prerrogativas determine la posible responsabilidad funcional.

VI.II Resolución GM N° 26-2021-MDM-GM

En cuanto a la Resolución GM N° 26-2021-MDM-GM y los extremos de establecer o pronunciarse sobre la posibilidad de responsabilidad administrativa y funcional. No existe pronunciamiento en dicho extremo, pese a que el RLCE así lo establece, de igual manera al estar comprometido dinero del erario, incluso existe la obligación de avisar a la Contraloría general de la Republica para que en ejercicio de sus prerrogativas determine la posible responsabilidad funcional.

VI.III Conocimiento y Competencia de la CGR

En la Resolución Rectoral N° 280-2022-UNS-R y la Resolución GM N° 26-2021-MDM-GM no existe análisis alguno en cuanto a la competencia y necesidad de conocimiento por parte de la Contraloría General de la Republica.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Las fórmulas de reajuste o polinómicas son una expresión material del principio de equidad, pues buscan mantener el equilibrio entre las prestaciones y derechos buscando establecer equivalencia y proporcionalidad.

El contrato administrativo de ejecución de obra pública se asimila en cuanto al género contratos, como uno en donde las partes atienden a la finalidad pública, y para ello y sobre ello, se genera la oferta que contiene, entre otros, un margen de utilidad y un resultado esperado en cuanto al pago. Dicho pago contiene una garantía en cuanto a que se condiga la nominalidad del pago con el valor de este al momento de materializar el pago, esto es la fórmula de reajuste o fórmula polinómica, la que generalmente implica un incremento nominal, pero que también podría establecer un monto menor, esto ante el supuesto de existir deflación durante el periodo en el que se ejecuta la obra.

El ejercicio de las prerrogativas exorbitantes debe tener como sustento los principios de equilibrio económico financiero, eficiencia y eficacia e integridad pues deben buscar salvaguardar o asegurar el interés público. De tal manera que estas pueden o deben accionarse para corregir los errores, defectos u omisiones en cuanto a las fórmulas de reajuste ya que ella(s) tiene(n) un objetivo contractual, esto es de actualizar los precios por ende debe ser reflejo de la realidad económica al momento del pago, sea que ello refleje inflación o incluso deflación a favor de la Entidad.

El principio de legalidad puede y debe servir de soporte para el ejercicio de prerrogativas exorbitantes, como las de modificación unilateral del contrato o *ius Variandi*, interpretación unilateral del contrato o incluso dirección y control; así, también, para ajustar el contenido de la fórmula polinómica dentro de parámetros de legalidad, toda vez que con ello se salvaguarda el principio de equidad o equilibrio financiero, buscando siempre concretar la finalidad pública o el objeto del contrato de obra esto es el que la ejecución de la obra se realice dentro de

los estándares de calidad establecidos en el expediente o los que la obra debe exhibir y contener técnicamente.

El informe técnico de revisión del expediente técnico de obra realizado por el contratista durante la ejecución de la obra constituye una obligación contractual para el contratista y en cuanto a la Entidad la obliga a generar las modificaciones necesarias en cuanto a defectos de la o las fórmulas de reajuste.

Los defectos u omisiones de las fórmulas polinómicas detectadas durante la ejecución contractual generan responsabilidad funcional en quienes aprobaron el expediente técnico y responsabilidad contractual en quienes elaboraron dicho producto.

Las opiniones técnicas emitidas por el OSCE no solucionan los distintos supuestos que se generan en ejecución de obra respecto a las fórmulas polinómicas.

La Universidad Nacional del Santa al corregir las formula polinómica en fecha muy posterior a la advertencia realizada por el contratista y posterior a valorizaciones presentadas y pagadas ha limitado el derecho del contratista de utilizar las fórmulas de reajuste al momento de realizar valorizaciones mensuales.

Recomendaciones

Las Entidades públicas deberán de generar mayores responsabilidades tanto contractuales como administrativas en los consultores de obra ante defectos, omisiones o ineficiencias de las fórmulas de reajuste en la elaboración de los expedientes técnicos de obra.

La actual ley de contrataciones con el Estado y su reglamento contienen los elementos suficientes para asegurar que el equilibrio económico financiero no se vea afectado a través de la no existencia o inclusión de una fórmula de reajuste o polinómica errada e ineficiente que genere afectación a alguna de las partes o ambas; por lo que resulta recomendable que los operadores jurídicos de las

distintas Entidades, bien asuman un papel activo o bien se agencien de las capacidades necesarias para tal finalidad.

El organismo supervisor deberá elaborar instrumentos de gestión o directivas que permitan generar en los operadores jurídicos de las distintas Entidades el soporte necesario para que en sus decisiones administrativas prevalezca concretar la finalidad pública o el objeto del contrato de obra esto es el que la ejecución de la obra se realice dentro de los estándares de calidad establecidos en el expediente o los que la obra debe exhibir y contener técnicamente, dentro de los parámetros del principio de equilibrio económico financiero.



BIBLIOGRAFÍA

Danós Ordóñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (2), 9-44. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330>

Dromi José, R. (2015). *Derecho Administrativo 13ª Ed.* Argentina: Ciudad Argentina.

García De Enterría, E. y Fernández, T. (2013). *Curso de Derecho Administrativo (16ª ed.)*. Navarra: Thomson – Reuters – Civitas.

Garrido Falla, F. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo 15º Ed.* España: Editorial Tecnos.

Linares Jara, M. (2006). El Contrato Administrativo en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (1), 285-308. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16358>

Horgué, B. C. (1997). *La modificación del contrato administrativo de obra: El ius variandi*. Madrid: M. Pons.

Guzmán, N. C. (2020). *Manual de la ley de contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica.

Moron, J. C.(2016). *La contratación estatal: análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Lima: Gaceta Jurídica.

Muñoz, M. S. (2015). Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Madrid: BOE.

Sentencia Exp N.º 3330-2004-AI/TC (26 de junio del 2007) Tribunal Constitucional. Recuperado de:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

Sentencia Exp N.º 3315-2004-AI/TC (16 de junio del 2005) Tribunal Constitucional. Recuperado de:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.pdf>

Sentencia Exp N.º 156-2012-HC/TC (11 de agosto del 2005) Tribunal Constitucional. Recuperado de:

[*Sentencia del Tribunal Constitucional.pdf00156-2012-HC.pdf \(tc.gob.pe\)](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00156-2012-HC.pdf)
[00156-2012-HC.pdf \(tc.gob.pe\)](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00156-2012-HC.pdf)