

OPINIÓN N° 010-2019/DTN

Solicitante: Arturo Ernesto Delgado Vizcarra
Asunto: Modificaciones contractuales
Referencia: Comunicación S/N presentada el 31.DIC.2018

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el señor Arturo Ernesto Delgado Vizcarra consulta sobre las modificaciones contractuales en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”) y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

De manera previa, debe indicarse que, con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 -que modifica la Ley N° 30225- y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF -que modifica el Decreto Supremo N° 350-2015-EF-, cuyas disposiciones son de aplicación a partir de la fecha mencionada salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados con anterioridad a ella, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

En esa medida, tomando en cuenta que de la revisión de los antecedentes de la solicitud se infiere que las consultas se encuentran referidas a la aplicación de la Ley N° 30225 y del Decreto Supremo N° 350-2015-EF después de la entrada en vigencia de sus modificatorias, el análisis de la presente opinión se efectuará en virtud de la normativa de contrataciones del Estado actualmente vigente.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

¹ De acuerdo a lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1341.

2.1 ***“En la etapa de perfeccionamiento de Contrato, previo a la firma del mismo, ¿será posible modificar las reglas definitivas del procedimiento de selección (bases integradas, planos, expediente técnico, calendario de adquisición de materiales e insumos, entre otros), si por omisión, defecto, error o cualquier causal o motivo se hubiese incluido una cláusula o modificación que trasgreda o colisione con las reglas definitivas del procedimiento de selección?”*** (Sic).

2.1.1 En primer lugar, debe señalarse que el Anexo de Definiciones del Reglamento “Anexo Único” define a las Bases Integradas como el “*Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Simplificada que contiene las reglas definitivas del procedimiento de selección cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión, según sea el caso; o, cuyo texto coincide con el de las Bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones, ni se hayan realizado acciones de supervisión.*” (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, las bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y –en consecuencia- de la relación contractual que se perfeccione en virtud de este último.

Así, de conformidad con lo señalado por este Organismo Técnico Especializado en opiniones previas², **el contrato debe ajustarse -entre otros documentos derivados del procedimiento de selección que contienen obligaciones para las partes (como planos, expediente técnico, calendario de adquisición de materiales e insumos, entre otros) - a las Bases integradas,** siendo que éstas últimas constituyen las reglas definitivas de la contratación, las cuales no pueden ser modificadas con ocasión de la suscripción del contrato, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, ya que alterarían los sustentos técnicos, económicos y legales del postor vulnerando los principios de competencia, concurrencia, igualdad y eficiencia que rigen la contratación pública.

En tal sentido, **las partes no pueden modificar el contenido de las Bases Integradas con ocasión de la suscripción del contrato; de esta manera, si en dicha oportunidad se incorpora alguna variación a las reglas definitivas de la contratación (por error, omisión, deficiencia u otra circunstancia), esta última debe considerarse como inexistente e incapaz de desplegar efectos jurídicos.**

2.2 ***“¿Qué pasaría si se firma un Contrato que difiere de las reglas definitivas o del contenido establecido en los documentos del procedimiento de selección (bases integradas, planos, expediente técnico, calendario de adquisición de materiales e insumos, entre otros), sea que se consignó, por error un monto económico mayor o menor al ofertado, o si se consignó por error un metrado de obra mayor o menor al ofertado, o si por error o por cualquier motivo se modificaron parte de las***

² Opiniones N° 133-2018/DTN y N° 243-2017/DTN.

condiciones establecidas en el cronograma de adquisición de materiales o insumos, los planos o cualquier componente del expediente técnico? ¿Este error o modificación incluida en el contrato suscrito constituye un derecho ganado por la Entidad o por el Contratista; o debe repararse obligatoriamente dicha situación y cumplir con la normativa de contrataciones del Estado?” (Sic).

2.2.1 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, si durante la suscripción del contrato se incorpora alguna variación a las reglas definitivas de la contratación (por error, omisión, deficiencia u otra circunstancia), esta última debe considerarse como inexistente e incapaz de desplegar efectos jurídicos; en consecuencia, **solo resultan exigibles aquellas obligaciones que se ajusten a lo señalado en los documentos que conforman el contrato³, dentro de los cuales se encuentran las Bases Integradas.**

2.3 *“Si en la absolución de uno de los extremos de la consulta precedente se determina que un error o modificación a las reglas definitivas consignado en el Contrato no constituye un derecho ganado por la Entidad ni por el Contratista, sino que obligatoriamente deba repararse dicha situación en virtud del cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado ¿Cuál sería la vía idónea para reparar dicha situación: (a) que se declare la nulidad parcial en el extremo viciado del Contrato retrotraerse el mismo y enmendar dicha situación; o, (b) la suscripción de una adenda al contrato que corrija las deficiencias de errores que colisionan con las reglas definitivas del procedimiento de selección?” (Sic).*

2.3.1 De conformidad con lo indicado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas consultas genéricas y vinculadas entre sí, referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía de opinión, este despacho **no puede determinar si en un caso concreto corresponde declarar la nulidad del contrato o adoptar alguna otra acción en particular**, toda vez que ello excedería la habilitación legal conferida a través del literal o) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de ello, podemos señalar que el mecanismo de modificación cuando un contrato haya sido firmado contraviniendo las reglas definitivas del procedimiento de selección no se encuentra directamente dispuesto en el artículo 34 – A de la Ley, que se limita a causas sobrevinientes al contrato que generan modificaciones a las obligaciones contractuales; pero no por ello está negada la posibilidad de modificaciones con la finalidad de corregir errores que colisionan con las reglas definitivas del procedimiento.

En ese sentido, el numeral 116.1 del artículo 116 del Reglamento establece que *“El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del*

³ De conformidad con el numeral 116.1 del artículo 116 del Reglamento, *“El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.”*

procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.” (El subrayado es agregado).

En esa medida, puede sostenerse que la inclusión de variaciones a las reglas previstas en las Bases Integradas, con ocasión de la suscripción del contrato, constituye una contravención de la normativa de contrataciones del Estado.

Así, a través de la Opinión N° 093-2017/DTN este Organismo Técnico Especializado ha señalado que el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a “(...) contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.” (El subrayado es agregado).

Sobre el particular, Rubio Correa⁴ al comentar el numeral referido señala que este consagra la libertad de contratar y le pone dos limitaciones “*La primera es que los fines del contrato tienen que ser lícitos. Este requisito quiere decir que el ámbito de acuerdo puede ser todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley (...) En otras palabras, la ilicitud tendrá que emerger claramente de la ley para invalidar el ejercicio de esta libertad. (...) La segunda limitación consiste en que no debe contravenir las leyes de orden público. (...)*” (El subrayado es agregado).

Asimismo, el fundamento 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de enero de 2004, Expediente N° 2670-2002-AA/TC, indica que “(...) si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2°, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; (...) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos.” (El subrayado es agregado).

De conformidad con lo expuesto, las contrataciones en general -y por consiguiente aquellas que realicen las Entidades para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones- deben ajustarse a las disposiciones del ordenamiento legal vigente; por lo tanto, los términos

⁴RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo I*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Primera Edición, 1999, página 343.

contractuales deben adecuarse a lo señalado en los documentos previstos por el numeral 116.1 del artículo 116 del Reglamento.

En ese orden de ideas, la Entidad -de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- puede adoptar las acciones conducentes a la corrección de los términos contractuales, cuando estos se aparten de las disposiciones que contemplan las Bases Integradas, ello con la finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente; sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que resulten aplicables.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Las partes no pueden modificar el contenido de las Bases Integradas con ocasión de la suscripción del contrato; de esta manera, si en dicha oportunidad se incorpora alguna variación a las reglas definitivas de la contratación (por error, omisión, deficiencia u otra circunstancia), esta última debe considerarse como inexistente e incapaz de desplegar efectos jurídicos.
- 3.2 Solo resultan exigibles aquellas obligaciones que se ajusten a lo señalado en los documentos que conforman el contrato, dentro de los cuales se encuentran las Bases Integradas, planos, expediente técnico, calendario de adquisición de materiales e insumos, entre otros.
- 3.3 La Entidad -de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- puede adoptar las acciones conducentes a la corrección de los términos contractuales, cuando estos se aparten de las disposiciones que contemplan las Bases Integradas, ello con la finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente; sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que resulten aplicables.

Jesús María, 16 de enero de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

MAMV.