

## OPINIÓN N° 015-2019/DTN

Entidad: Activos Mineros S.A.C. –AMSAC  
Asunto: Modificaciones al contrato  
Referencia: Oficio N° 063-2018-OCI-AMSAC recibido el 18.DIC.2018

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe del Órgano de Control Institucional de la empresa estatal Activos Mineros S.A.C. -AMSAC, formula una consulta respecto a las modificaciones al contrato.

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<sup>1</sup> Y ANÁLISIS

De manera previa, corresponde señalar que con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 *-Decreto Legislativo que modifica la Ley-*, y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF *-Decreto Supremo que modifica el Reglamento-*, cuyas disposiciones rigen a partir de esa fecha; salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria<sup>2</sup>.

En esa medida, tomando en cuenta que de la revisión de los antecedentes de la solicitud, se

---

<sup>1</sup> En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por la Entidad, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA del OSCE, advirtiéndose que la Consulta N° 3 está referida a que este Organismo Técnico Especializado determine cuál sería el mecanismo, el sustento legal y técnico que debería sustentar la Entidad para una situación particular o específica, lo cual excede el ámbito de competencia de este despacho conferido a través de lo establecido en el literal o) del artículo 52 de la Ley; en esa medida, dado que incumple los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA, no será absuelta.

<sup>2</sup> De acuerdo a lo establecido en la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Legislativo N° 1341.

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, por tanto el análisis de la presente opinión se efectuará en virtud de la normativa de contrataciones del Estado actualmente vigente.

Las consultas formuladas son las siguientes:

**2.1 "¿Es posible modificar la "forma de pago" establecida en las bases integradas durante la fase de ejecución contractual?" (Sic).**

2.1.1 En primer lugar, es importante señalar que la normativa de contrataciones del Estado<sup>3</sup> contempla, a través de la Ley<sup>4</sup> y el Reglamento<sup>5</sup>, las modificaciones que pueden efectuarse respecto de un contrato; entre ellas: i) la aprobación de prestaciones adicionales; ii) la reducción de prestaciones; iii) ampliación de plazo; iv) la cesión de posición contractual; y, v) las modificaciones convencionales al contrato.

Es decir, y conforme a lo señalado en diversas Opiniones<sup>6</sup> emitidas por el OSCE, el contrato suscrito entre una Entidad y un proveedor del Estado sólo puede modificarse si se configura alguno de los supuestos previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

Ahora bien, en relación con las “modificaciones convencionales al contrato”, el artículo 34-A de la Ley, que regula su aplicación, dispone lo siguiente:

*"Sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar, cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique la variación del precio, debe ser aprobada por el Titular de la Entidad. El Reglamento establece los requisitos y formalidades para estas modificaciones". (El subrayado es agregado).*

Al respecto, se puede apreciar que las modificaciones convencionales al contrato pueden ser convenidas por las partes -cuando no sean aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones-, siempre que tales modificaciones deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a las partes, entre otras condiciones; debiendo cumplirse, para tal fin, los requisitos y formalidades previstos en el Reglamento.

<sup>3</sup> Cabe precisar que la normativa de contrataciones del Estado se encuentra conformada por la Ley, el Reglamento y las normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

<sup>4</sup> De conformidad con lo previsto en el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley "El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, 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". (El subrayado es agregado).

<sup>5</sup> De acuerdo a lo establecido en el Capítulo IV que regula las modificaciones del Contrato, correspondiente al Título VI del Reglamento.

<sup>6</sup> Consultar por ejemplo las Opiniones N° 132-2017 y N° 191-2017.

2.1.2 Sobre el particular, debe indicarse que el artículo 142 del Reglamento establece los requisitos y formalidades que se deben cumplir para que operen las modificaciones establecidas en el artículo 34-A de la Ley; siendo estos, los siguientes:

1. **Informe técnico legal que sustente:** (i) *la necesidad de la modificación a fin de cumplir con el objeto del contrato de manera oportuna y eficiente,* (ii) *que no se cambian los elementos esenciales del objeto de la contratación y* (iii) *que sustente **que la modificación deriva de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no son imputables a las partes.***
2. *En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, se deberá contar con la opinión favorable del supervisor.*
3. *Informe del área de presupuesto con la certificación correspondiente, en caso la modificación implique la variación del precio.*
4. *La aprobación por resolución del Titular de la Entidad. Dicha facultad es indelegable.*
5. *El registro en el SEACE de la adenda correspondiente, conforme a lo establecido por el OSCE". (El subrayado es agregado).*

De esta manera, se advierte que uno de los requisitos previstos en el Reglamento para la procedencia de una modificación convencional al contrato, es que se sustente –a través de un informe técnico legal- que dicha modificación deriva de acontecimientos sobrevinientes al *perfeccionamiento del contrato*<sup>7</sup> que no son imputables a alguna de las partes.

En relación con lo anterior, corresponde precisar que "*el hecho o acontecimiento sobreviniente al perfeccionamiento del contrato*", al que hacen referencia los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento, se encuentra referido a la ocurrencia de un evento o hecho generador con posterioridad al perfeccionamiento del contrato que no sea atribuible a alguna de las partes.

2.1.3 Efectuada las precisiones anteriores, atendiendo el tenor de la consulta, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado no contempla como supuesto específico de modificación contractual la variación de la "forma de pago" fijada en el contrato, correspondiendo, en consecuencia, que cada Entidad sustente que se ha configurado alguno de los supuestos previstos por la normativa de contrataciones del Estado para proceder con la modificación del contrato.

No obstante lo expuesto, es importante indicar que el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a "*(...) contratar con finés lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.*" (El subrayado es agregado).

Sobre el particular, Rubio Correa<sup>8</sup> 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*

<sup>7</sup> Cabe precisar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 115 del Reglamento, el contrato se puede perfeccionar con la suscripción del documento que lo contiene o con la recepción de la orden de compra o de servicios, según corresponda.

<sup>8</sup> RUBIO 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.

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, la "forma pago" necesariamente debe determinarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa que regule dicho aspecto y en la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.1.4 En ese orden de ideas, la normativa de contrataciones del Estado no prevé que, durante la ejecución contractual, pueda modificarse la "forma de pago" fijada en el contrato; sin perjuicio de ello y en caso se hubiera establecido una forma de pago que contraviniera las disposiciones legales que regulan la materia, la Entidad -de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- podría corregir la forma de pago a efectos de que cumpla con lo dispuesto en el ordenamiento legal; ello con la finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente<sup>9</sup>.

**2.2 "¿Es posible modificar la "forma de pago" mediante un documento suscrito por las partes que establezca dicho cambio? ¿Puede enmarcarse dicha situación como una modificación convencional al contrato?" (Sic).**

- 2.2.1 Tal como se ha indicado al absolver la consulta anterior, el contrato suscrito entre una Entidad y un proveedor del Estado sólo puede modificarse si se configura alguno de los supuestos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, referidos a la modificación de obligaciones.

- 2.2.2 De esta manera, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado no

---

<sup>9</sup> Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que resulten aplicables por la contravención del ordenamiento legal vigente.

contempla como supuesto específico de modificación contractual la variación de la "forma de pago" fijada en el contrato, correspondiendo, en consecuencia, que cada Entidad sustente que se ha configurado alguno de los supuestos previstos por la normativa de contrataciones del Estado para proceder con la modificación del contrato.

- 2.2.3 En ese orden de ideas, la normativa de contrataciones del Estado no prevé que, durante la ejecución contractual, pueda modificarse la "forma de pago" fijada en el contrato; sin perjuicio de ello y en caso se hubiera establecido una forma de pago que contraviniera las Bases Integradas o las disposiciones legales que regulan la materia, la Entidad -de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- podría corregir la forma de pago a efectos de que cumpla con lo dispuesto en el ordenamiento legal; ello con la finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente<sup>10</sup>.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1 El contrato suscrito entre una Entidad y un proveedor del Estado sólo puede modificarse si se configura alguno de los supuestos previstos en la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.2 La normativa de contrataciones del Estado no contempla como supuesto específico de modificación contractual la variación de la "forma de pago" fijada en el contrato, correspondiendo, en consecuencia, que cada Entidad sustente que se ha configurado alguno de los supuestos previstos por la normativa de contrataciones del Estado para proceder con la modificación del contrato.
- 3.3 En caso se hubiera establecido una forma de pago que contraviniera las Bases Integradas o las disposiciones legales que regulan la materia, la Entidad -de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- podría corregir la forma de pago a efectos de que cumpla con lo dispuesto en el ordenamiento legal; ello con la finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente

Jesús María, 21 de enero de 2019

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

TAM/.

---

<sup>10</sup>Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que resulten aplicables por la contravención del ordenamiento legal vigente.