

T.D.: 14241973-14248622

OPINIÓN N° 034-2019/DTN

Entidad: Instituto Nacional Penitenciario - INPE
Asunto: Modificaciones convencionales al contrato.
Referencia: a) Oficio N° 224-2019-INPE/11
b) Oficio N° 238-2019-INPE/11

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Unidad Ejecutora de la Oficina de Infraestructura Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario formula varias consultas sobre las modificaciones convencionales 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 n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444 así como por la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿Cuál es el tiempo límite que establecen el artículo 34-A de la Ley N°30225 modificado por el Decreto Legislativo N°1341 y artículo 142 del Reglamento

de la Ley de Contrataciones del Estado, para que una entidad pueda realizar una modificación convencional del contrato?”

En primer término debe precisarse que el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley establece lo siguiente: "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).

En este punto, es importante señalar que la Ley y el Reglamento contemplan las modificaciones que pueden efectuarse respecto de un contrato: la aprobación de prestaciones adicionales, la reducción de prestaciones, la ampliación de plazo y los supuestos que se enmarquen dentro de lo dispuesto en el artículo 34 - A de la Ley.

Al respecto, el artículo 34-A de la Ley dispuso que "(...) cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes 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 subrayado es agregado).

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

Por su parte, el artículo 142 del Reglamento, referido a modificaciones convencionales al contrato, reguló los requisitos y formalidades que deben cumplirse para efectuar las modificaciones previstas en el artículo 34-A de la Ley:

Los mencionados requisitos son:

- “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 se 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”.*

De lo expuesto, puede advertirse que la normativa permite efectuar modificaciones convencionales al contrato, únicamente si se configuran las condiciones contempladas en el artículo 34-A de la Ley y se cumpla con las formalidades y requisitos establecidos en el artículo 142 del Reglamento.

Dicho esto, debe mencionarse que la normativa de contrataciones del estado deja claro que una modificación convencional podrá realizarse siempre que el hecho generador sea sobreveniente al perfeccionamiento del contrato. Ahora bien, en atención a la consulta formulada, es conveniente anotar que la normativa no ha previsto de forma expresa un “tiempo límite” para efectuar este tipo de modificaciones; no obstante, conforme se ha establecido en diversas opiniones¹, un presupuesto para la procedencia de las mencionadas modificaciones es que el contrato se encuentre **vigente**².

2.2. *“¿El tiempo límite es hasta que la resolución del contrato queda consentida o hasta cuando se paga la contraprestación al mismo y se cierra el expediente?”*

Sobre el particular es pertinente reiterar que la normativa de contrataciones del estado no ha previsto de forma expresa un “tiempo límite” para efectuar modificaciones convencionales al contrato; no obstante, un presupuesto imprescindible para la procedencia de las mencionadas modificaciones es que el contrato se encuentre **vigente**.

Ahora bien, un contrato vigente supone la **existencia (en el momento en que se trata)** de una relación jurídica válida entre el contratista y la entidad, es decir, implica la existencia de prestaciones que deben ser cumplidas obligatoriamente. Por tanto, **no estará vigente un contrato en donde, precisamente, se haya extinguido el vínculo contractual entre el contratista y la Entidad.**

Dicho esto, se debe mencionar que el vínculo contractual entre la entidad y el contratista puede extinguirse de distintas maneras. A fin de absolver las consultas formuladas, conviene resaltar dos de estas: i) por el cumplimiento de

¹ Al respecto, conviene citar la Opinión N° 203-2018/DTN “la Entidad podrá realizar las modificaciones contractuales que considere pertinentes, en función de lo previsto en el artículo 34-A de la Ley y 142 del Reglamento, esto con el propósito de mantener el equilibrio económico financiero del contrato, siempre que el contrato se encuentre vigente.”

² Cabanellas señala que **vigente** significa “*en vigor y observancia. Se refiere a leyes, ordenanzas, reglamentos, costumbres, usos, prácticas y convenciones*”. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Editorial Heliasta S.R.L. Undécima Edición 1993. Pag.332.

las prestaciones recíprocas; y ii) por la resolución del contrato³.

Respecto del primer supuesto, se debe mencionar que se trata de la forma ordinaria y esperada de la extinción del vínculo contractual. Aquí, el contrato culmina porque las partes cumplieron con las prestaciones a las que se comprometieron, es decir: de un lado, el contratista entregó el bien, prestó el servicio o ejecutó la obra y, de otro, la entidad cumplió con abonar el pago correspondiente. Para la normativa de contrataciones del Estado, los actos que formalizan la extinción del vínculo contractual por cumplimiento de las prestaciones son la emisión de la conformidad por parte de la entidad y el ulterior pago al contratista⁴.

Respecto del segundo supuesto, se debe mencionar que se trata de una extinción anticipada del vínculo contractual. Un contrato resuelto pierde la capacidad de producir efectos jurídicos, es decir, una vez declarada la resolución, ninguna de las partes tiene la obligación de ejecutar las prestaciones correspondientes. Cabe precisar que de conformidad con el artículo 136 del Reglamento, **una vez recibida la comunicación de la resolución del contrato, este queda resuelto de pleno derecho**; es decir, el contrato deviene en ineficaz y se extingue en virtud de un mandato normativo.

2.3. “¿La realización de una modificación convencional al contrato, puede efectuarse también fuera del plazo de ejecución contractual o del plazo pactado? O incluso en conciliación?” (Sic)

2.3.1 De conformidad con lo señalado por la Opinión 203-2018/DTN y en el numeral 2.1. del presente documento, la Entidad podrá realizar las modificaciones contractuales que considere pertinentes, en función de lo previsto en el artículo 34-A de la Ley y 142 del Reglamento, siempre que el contrato se encuentre **vigente**.

Dicho esto, a fin de atender la primera parte de la consulta, es pertinente mencionar que **el plazo de vigencia del contrato es distinto al plazo de ejecución contractual**, pues mientras el primero está referido al periodo de existencia o vigor de las obligaciones del contrato, el segundo es el período en que el contratista se ha obligado a ejecutar las prestaciones a su cargo, por lo que, el plazo de ejecución siempre se encuentra comprendido dentro del plazo de vigencia del contrato⁵. Por tanto, **se puede inferir que el solo vencimiento del**

³ A mayor abundamiento: MORON URBINA, Juan Carlos. *La Contratación Estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Cap. VIII. La terminación de los contratos del Estado. *Gaceta Jurídica*, 2016. Pág. 688-721.

⁴ De conformidad con las disposiciones contempladas en el capítulo V, del título VI del Reglamento, denominado “culminación de la ejecución contractual”. Al respecto, también se debe agregar que existen determinados contratos que contemplan prestaciones que deben ejecutarse después del pago final. A modo de ejemplo se podría mencionar la suscripción a determinadas revistas o los contratos de arrendamiento. No obstante ello, debe quedar claro que esta clase de contratos son la excepción y no la regla.

⁵ Es necesario precisar que el contrato no culmina con la ejecución de las prestaciones por parte del contratista, pues una vez vencido dicho plazo, aún debe realizarse algunos actos adicionales tales

plazo de ejecución contractual no implica necesariamente la pérdida de vigencia de un contrato⁶.

- 2.3.2. Respecto de la segunda parte de la consulta, referida a la posibilidad de que se acuerde una modificación convencional durante una conciliación, se deben realizar las siguientes precisiones.

De acuerdo al artículo 183 del Reglamento *“Las partes pueden pactar la conciliación como mecanismo previo al inicio de un arbitraje. La conciliación deberá solicitarse ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dentro del plazo de caducidad correspondiente y deberá ser llevada a cabo por un conciliador certificado por dicho ministerio”*

Como se aprecia, la conciliación es uno de los mecanismos alternativos para la solución de controversias, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual a la controversia.

Al respecto, debe indicarse que la conciliación implica que, con asistencia especializada y neutral, las partes planteen sus posturas en conflicto hasta alcanzar una solución consensual que sea beneficiosa para ambas⁷; evitándose de esta manera incurrir en los costos que representaría para cada una de ellas la interposición de un arbitraje.

En ese marco, la entidad en una decisión de su exclusiva responsabilidad podría incluir una modificación convencional como parte de un acuerdo conciliatorio; siempre que en dicho supuesto, la referida modificación cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 34-A de la Ley y concretarse conforme a las formalidades exigidas por el artículo 142 del Reglamento. Asimismo, en virtud de lo señalado, estas modificaciones únicamente serán factibles mientras se encuentre vigente el contrato.

2.4. *“¿Los hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato, también abarcan los hechos sobrevinientes producidos luego de vencido el plazo de ejecución contractual y acreditados en ese lapso?”*

Como se anotó al inicio del presente análisis, uno de los requisitos para la

como la conformidad y el pago.

⁶ A modo de ejemplo, conviene mencionar una situación en la que el contratista no haya cumplido con ejecutar las prestaciones en el plazo previsto en el contrato. De acuerdo a lo previsto en el artículo 133 del Reglamento, una vez vencido el plazo, la Entidad deberá aplicar de manera automática la penalidad por mora. No obstante, dicha circunstancia no implica que la obligación del contratista se haya extinguido; por el contrario, la obligación se mantiene vigente, de tal manera que la Entidad puede requerir el cumplimiento de las prestaciones bajo apercibimiento de resolver el contrato.

⁷ El artículo 5 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1070, define a esta intuición en los siguientes términos: *“La Conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.”*

procedencia de las modificaciones convencionales al contrato, es que estas se deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del mismo que no sean imputables a las partes. En esa medida, si bien la normativa no ha establecido de forma expresa un “tiempo límite” para que se realicen estas modificaciones ni tampoco para el acaecimiento de los hechos que podrían justificarla; de acuerdo a lo previsto en el texto normativo y en concordancia con los criterios consignados en diversas opiniones, se debe entender que ambas situaciones serán factibles únicamente en tanto el contrato se mantenga vigente.

En ese marco, conviene recalcar que **el plazo de vigencia del contrato es distinto al plazo de ejecución contractual**. En consecuencia, el solo vencimiento del plazo de ejecución contractual no implica necesariamente la pérdida de vigencia del contrato.

2.5. “¿Si se aprueba una modificación convencional al contrato fuera del plazo de ejecución contractual o fuera del plazo pactado, implicaría que la penalidad por mora generada por el incumplimiento del plazo contractual desaparezca?”

Como se anotó, uno de los requisitos para la procedencia de las modificaciones convencionales al contrato, es que estas se deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a las partes. Adicionalmente, también se ha señalado que estas modificaciones pueden realizarse mientras el contrato se encuentre vigente.

Asimismo, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 132 del reglamento, una vez vencido el plazo de ejecución **la Entidad aplica de manera automática—por cada día de retraso— la penalidad por mora**, según la fórmula allí prevista.

Sin perjuicio de ello, el mencionado artículo también señala que en caso de que el contratista acredite de modo objetivo que el mayor tiempo transcurrido (respecto del plazo previsto en el contrato) no le resulte imputable, el retraso se considerará justificado y en consecuencia no se le aplicará la referida penalidad.

Como se puede advertir, solo se dejará de aplicar la penalidad por mora cuando el retraso del contratista se considere como justificado. En consecuencia, la no aplicación de la penalidad por mora depende de que el contratista pueda acreditar que el retraso en la ejecución de las prestaciones se originó por una causa no imputable a él.

2.6. “¿Qué debe entenderse por manera oportuna y eficiente que estable como requisito para que proceda una modificación convencional de contrato?” (Sic).

De manera previa, es preciso señalar que de acuerdo al artículo 1 de la Ley⁸,

⁸ “Artículo 1. La presente Ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, **permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos**. Dichas normas se fundamentan en los

todas las contrataciones de bienes, servicios y obras **tienen por finalidad permitir el cumplimiento de fines públicos y repercutir de forma positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.**

Teniendo clara esta premisa, y en atención a la consulta formulada, se debe señalar que según el artículo 34-A de la Ley, se podrán acordar modificaciones convencionales *“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”*.

Como se puede advertir, un requisito indispensable para la procedencia de una modificación convencional es que esta permita alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente.

Ahora bien, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se entiende por **oportuno** aquello “que se hace o sucede en el tiempo a propósito y cuando conviene”. Asimismo, se entenderá por **eficiente** “aquello que tiene eficiencia” y por eficiencia “la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado.”⁹ ¹⁰

Dicho esto, cuando la normativa de contrataciones del Estado, señala que una modificación convencional debe permitir alcanzar la finalidad del contrato de manera **oportuna**, hace referencia a que dicha modificación debe permitir que el contrato logre a tiempo la finalidad pública que persigue; la cual– según la Ley– consiste en repercutir en la mejora en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Asimismo, cuando hace referencia a que la modificación convencional debe permitir alcanzar la finalidad del contrato de manera **eficiente**, debe entenderse a que dicha modificación debe permitir al contrato hacer el mejor uso de los recursos públicos para lograr su finalidad.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1.** La normativa de contrataciones del estado no ha previsto de forma expresa un “tiempo límite” para efectuar modificaciones convencionales al contrato. No obstante, conforme se ha establecido en diversas opiniones, un presupuesto para la procedencia de las mencionadas modificaciones es que el contrato se encuentre vigente.

principios que se enuncian en la presente Ley.” (el resaltado es agregado)

⁹ Fuente: <http://www.rae.es/>

¹⁰ Adicionalmente, se debe agregar que el literal f) de la Ley desarrolla el contenido del principio de eficacia y eficiencia, dando luces sobre qué lo que debe entenderse con dichos términos:

“Eficacia y eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando, la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en la vida de las personas, así como el interés público, bajo las condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos”.

- 3.2.** La entidad, en una decisión de su exclusiva responsabilidad podría incluir una modificación convencional como parte de un acuerdo conciliatorio; siempre que en dicho supuesto, la referida modificación cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 34-A de la Ley y se concrete conforme a las formalidades exigidas por el artículo 142 del Reglamento. Asimismo, en virtud de lo señalado, estas modificaciones únicamente serán factibles mientras se encuentre vigente el contrato.
- 3.3.** Solo se dejará de aplicar la penalidad por mora cuando el retraso del contratista se considere como justificado. En consecuencia, la no aplicación de la penalidad por mora depende de que el contratista pueda acreditar que el retraso en la ejecución de las prestaciones se originó por una causa no imputable a él.
- 3.4.** Cuando la normativa de contrataciones del Estado, señala que una modificación convencional debe permitir alcanzar la finalidad del contrato de manera **oportuna**, hace referencia a que dicha modificación debe permitir que el contrato logre a tiempo la finalidad pública que persigue; la cual– según la Ley– consiste en repercutir en la mejora en las condiciones de vida de los ciudadanos.
- 3.5.** Cuando la normativa de Contrataciones del Estado, hace referencia a que la modificación convencional debe permitir alcanzar la finalidad del contrato de manera **eficiente**, debe entenderse a que dicha modificación debe permitir al contrato hacer el mejor uso de los recursos públicos para lograr su finalidad.

Jesús María, 8 de marzo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.