

OPINIÓN N° 038-2019/DTN

Solicitante: Estudio Ehecopar S.R.L.
Asunto: Modificación del contrato
Referencia: Comunicación S/N recibida el 31.ENE.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante del Estudio Luis Ehecopar García S.R.L consulta sobre la modificación del contrato 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 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión¹ 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.

La consulta formulada es la siguiente:

¹ La redacción en tiempo presente de esta opinión hace referencia al ámbito de aplicación temporal de las definiciones de “Ley” y “Reglamento” antes señaladas.

“Durante la ejecución de una obra pública, ¿procede la modificación convencional del contrato para el cambio del Equipamiento Estratégico requerido en las Bases, para la ejecución de la obra, por la configuración de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato y ajenos a la voluntad o control de las partes?” (Sic).

- 2.1 En primer lugar, es importante señalar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley -en concordancia con el artículo 8 del Reglamento-, el área usuaria requiere los bienes, servicios y **obras** a contratar, siendo responsable de formular -según corresponda al objeto materia del procedimiento de selección- las especificaciones técnicas, términos de referencia o el expediente técnico (en el caso de obras), cuyo contenido contempla la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, así como las condiciones en las que esta debe ejecutarse.

En ese contexto, el numeral 8.1 del artículo 8 del Reglamento precisa que “(...) *El requerimiento debe incluir, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios*”. (El subrayado es agregado).

De esta manera, cuando una Entidad requiere contratar la ejecución de una obra para atender una necesidad pública, esta debe establecer de forma objetiva y precisa, además de las características y/o requisitos funcionales relevantes, **los requisitos de calificación** que resulten pertinentes para cautelar el cumplimiento de los fines y objetivos públicos que subyacen a dicha contratación.

- 2.2 Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el numeral 28.1 del artículo 28 del Reglamento, ***“La Entidad verifica la calificación de los postores conforme a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, a fin de determinar que estos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato (...)”***. (El subrayado y resaltado son agregados).

Para tal efecto, en los documentos del procedimiento de selección la Entidad debe establecer, de manera clara y precisa, los requisitos que deben cumplir los postores a fin de acreditar su calificación, con el propósito de cautelar que estos cuentan con las capacidades requeridas para la ejecución de las prestaciones que son objeto del contrato.

Así, conforme a lo dispuesto en el numeral 28.2 del artículo antes citado, los requisitos de calificación que pueden adoptarse son los siguientes: (i) Capacidad legal, consistente en aquella documentación que acredita la representación y habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación; (ii) **Capacidad técnica y profesional, referida a aquella que acredita el equipamiento estratégico, infraestructura estratégica, así como la experiencia del personal clave requerido**; y, (iii) Experiencia del postor.

Como se aprecia, la Entidad puede solicitar el equipamiento estratégico² como parte de la capacidad técnica y profesional con la que deben contar los postores para ejecutar la obra objeto de la convocatoria³.

- 2.3 Preciado lo anterior, resulta oportuno traer a colación que de acuerdo a lo establecido en 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.*”. (El subrayado es agregado).

En ese contexto, debe indicarse que una vez perfeccionado el contrato, las partes se obligan a ejecutar sus respectivas prestaciones conforme a lo establecido en el mismo; por tanto, la Entidad se obliga a pagar el precio pactado, mientras que el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones a su cargo, en el plazo y en la forma prevista (lo que implica el cumplimiento de aquello a lo que se hubiera comprometido en atención a su oferta, por ser esta parte integrante del contrato, como es el caso del equipamiento estratégico ofrecido).

De esta manera, si en virtud de la oferta ganadora (como parte integrante del contrato) el contratista se ha comprometido a realizar una obra con determinado **equipamiento estratégico (equipo y/o maquinaria) que cumpla con las características y condiciones exigidas por la Entidad, su obligación es ejecutar el contrato empleando el equipamiento ofertado, el mismo que debe cumplir con iguales o superiores atributos y propiedades a los requeridos**, de modo que permitan la correcta ejecución de las prestaciones a su cargo⁴.

- 2.4 No obstante lo señalado, es importante tener en cuenta que la normativa de contrataciones del Estado contempla las modificaciones que pueden efectuarse respecto de un contrato; entre ellas se encuentran: (i) la aprobación de prestaciones adicionales; (ii) la reducción de prestaciones; (iii) la ampliación de plazo; (iv) la cesión de posición contractual; y, (v) las modificaciones convencionales al contrato.

² Debiendo consignar el listado del Equipamiento (equipo y/o maquinaria que se extrae del Expediente Técnico) clasificado como estratégico para ejecutar la obra objeto de la convocatoria.

³ Es importante señalar que la Entidad no puede imponer requisitos distintos a los señalados por la normativa de contrataciones del Estado, ni a los previstos en los documentos estándar aprobados por el OSCE, siendo obligatorio observar lo dispuesto en las Bases Estándar correspondientes según el objeto y procedimiento de selección a convocar.

⁴ Al respecto, debe indicarse que en atención a lo dispuesto en el numeral 32.6 del artículo 32 de la Ley “*El contratista es responsable de realizar correctamente **la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato**. Para ello, debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, empleando la debida diligencia y procurando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos*”. (El énfasis es agregado).

Al respecto, el artículo 34-A de la Ley establece que *“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 (...)”*. (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, las modificaciones convencionales al contrato constituyen supuestos distintos a los de “adicionales”, “reducciones” y “ampliaciones” previstos por la normativa de contrataciones del Estado; en consecuencia, su aplicación no procede respecto de prestaciones que debieron tramitarse mediante los referidos supuestos; en esa medida, la citada normativa ha establecido las condiciones, requisitos y formalidades específicos para que operen las modificaciones convencionales.

En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, únicamente puede realizarse una modificación convencional al contrato (lo cual puede alcanzar a los equipos o maquinarias ofertados por el proveedor) cuando se verifique la concurrencia de los presupuestos legales contemplados en el artículo 34-A de la Ley y siempre que se cumplan los requisitos y formalidades previstos en el artículo 142⁵ del Reglamento.

En ese orden de ideas, en el marco de la ejecución de una obra puede modificarse convencionalmente el contrato con la finalidad de proceder al cambio del equipamiento estratégico contratado, siempre que se verifique el cumplimiento de las condiciones previstas en los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento, y en la medida que el equipamiento propuesto como reemplazo cumpla con iguales o superiores atributos y propiedades a los requeridos en las bases del procedimiento de selección convocado para la ejecución de obra.

⁵ **“Artículo 142.- Modificaciones convencionales al contrato**

Para que operen las modificaciones previstas en el artículo 34-A de la Ley, debe cumplirse con los siguientes requisitos y formalidades:

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 agenda correspondiente, conforme a lo establecido por el OSCE.”*

Finalmente, es importante precisar que -en relación con lo indicado en el numeral 4 del artículo 142 del Reglamento- para formalizar una modificación convencional al contrato necesariamente debe contarse con la aprobación del Titular de la Entidad cuando la modificación contractual implique la variación del precio; mientras que, en aquellos casos en los que el monto del contrato no sea alterado, la autorización puede ser emitida por el Titular de la Entidad o por el funcionario a quien se le haya delegado dicha labor⁶.

3. CONCLUSIÓN

En el marco de la ejecución de una obra puede modificarse convencionalmente el contrato con la finalidad de proceder al cambio del equipamiento estratégico contratado, siempre que se verifique el cumplimiento de las condiciones previstas en los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento, y en la medida que el equipamiento propuesto como reemplazo cumpla con iguales o superiores atributos y propiedades a los requeridos en las bases del procedimiento de selección convocado para la ejecución de obra.

Jesús María, 14 de marzo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

MAMV.

⁶ Tal como se indicó en la Opinión N° 198-2017/DTN.