

OPINIÓN N° 039-2021/DTN

Empresa: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional –
Provias Nacional

Asunto: Modificaciones Convencionales

Referencia: Formulario S/N de fecha 26.FEB.2021 - Consultas de las Entidades
Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provias Nacional, formula varias consultas referidas a las modificaciones convencionales.

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 el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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

2. CONSULTAS¹ 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° 1444.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377- 2019-EF y por el D.S. N°168- 2020-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

¹ A efectos de una mejor estructuración del análisis, las consultas serán absueltas en un orden distinto al formulado.

2.1. “Para aquellos contratos de servicio de conservación, que continuaron prestándose durante el Estado de Emergencia Nacional declarado por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus modificatorias ¿Es posible que en la Resolución de aprobación de la “modificación convencional” u “otras modificaciones” y la Adenda respectiva, se reconozcan los costos por la implementación de normas sanitarias de obligatorio cumplimiento, incurridos con anterioridad a la formalización de dichos actos, a fin de no comprometer la continuidad del servicio? Precisándose que el pago que se realice se hará efectivo luego de suscrita la Adenda.”

2.1.1 En primer término, y reiterando que el OSCE no absuelve consultas referidas a situaciones específicas, es importante mencionar que nuestro país se ha visto azotado por la pandemia generada por el COVID-19. Ante ello, el Gobierno Nacional decretó, mediante D.S. N°044-2020-EF², el Estado de Emergencia Nacional con la finalidad de contener el avance de la pandemia; esta situación—a su vez- determinó la paralización de una gran cantidad de contratos suscritos al amparo de la normativa de Contrataciones del Estado.

Adicionalmente, la propagación del COVID-19 en nuestro país ha generado la necesidad de incorporar, en varios contratos vigentes, medidas y protocolos dictados por sectores competentes que tienen la finalidad de contener el avance de la pandemia.

Como es evidente, la configuración de las situaciones antes descritas trae como consecuencia una modificación sustancial de las condiciones iniciales en las que el contrato fue celebrado. De una parte, los contratistas habrán de incurrir en una serie de costos durante la paralización y para la continuación del contrato y, de otra, el Estado asumirá estos, en todos los contratos paralizados a nivel nacional, en la medida que corresponda de acuerdo con la normativa aplicable.

2.1.2 Al respecto, si bien la normativa de Contrataciones del Estado ha previsto una serie de figuras de modificación contractual para atender las situaciones antes descritas (tales como adicionales, reducciones, ampliaciones de plazo o modificaciones convencionales), se puede afirmar que el legislador ha considerado que para la reactivación o continuación de los contratos paralizados por efecto del COVID-19 y la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, se observen reglas específicas: estas son aquellas que conforman el D.S. N°168-2020-EF, para los contratos cuyo objeto sea la entrega de bienes o la prestación de servicios distintos a los de supervisión de obra.

Al respecto, el 30 de junio de 2020, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el D.S. N°168-2020-EF, en cuya Tercera Disposición Complementaria Final se ha dispuesto lo siguiente: *“Para la reactivación de los contratos de bienes y servicios,*

² Dicha norma fue prorrogada en distintas oportunidades, sin embargo, a la fecha ya no se encuentra vigente. La norma vigente a la fecha es el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, *“Declara el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de las personas a consecuencia de la COVID-19 y establece las medidas que debe seguir la ciudadanía en la nueva convivencia social.”*, junto con sus distintas prorrogas y modificaciones.

distintos a los servicios de supervisión de obra vigentes, en el ámbito de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, cuya ejecución se ha visto paralizada debido al Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID- 19, resultan de aplicación las siguientes disposiciones (...)”.

Como se aprecia, el dispositivo establece de forma expresa que las disposiciones que lo conforman son aplicables a los contratos de bienes y servicios (en este último caso distintos a los de supervisión de obra), **cuya ejecución se hubiese visto paralizada** debido al Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19.

2.1.3 Ahora bien, es posible que existan contratos suscritos al amparo de la Ley en los que no resulten aplicables las disposiciones contempladas en el D.S. N°168- 2020-EF, ya sea porque no se paralizaron por efecto de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional derivado del COVID-19 o por alguna otra circunstancia. En tal escenario, surge el problema respecto de cuál será la figura que debe emplearse para el reconocimiento de los impactos en el contrato derivados de la implementación de las medidas destinadas a evitar la propagación del COVID- 19.

Al respecto, corresponde mencionar que un postor debe formular su oferta de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento, es decir, debe incluir todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme a la legislación vigente, así como **cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del bien, servicio general, consultoría u obra a adquirir o contratar.**

En caso se le otorgue la buena pro, y tras la suscripción del contrato, el postor se obliga por aquello que hubiese contemplado en su oferta y, asimismo, adquiere el derecho a que, una vez emitida la conformidad por la ejecución de las prestaciones, se le pague de acuerdo con los conceptos ofertados.

Ahora bien, es posible que tras la presentación de la oferta hubiesen acaecido determinados acontecimientos no imputables a las partes que hubiesen determinado la necesidad de que el contrato se ejecute en nuevas condiciones para poder alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente. Por ejemplo, la aprobación de determinadas normas imperativas, tales como aquellas dispuestas por los sectores correspondientes para evitar la propagación del COVID- 19, cuya observancia resulta obligatoria para la ejecución del contrato y lograr su finalidad.

En ese contexto, es pertinente mencionar lo establecido por el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley: *“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 a la presentación de ofertas 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 el incremento del precio debe ser aprobada por el Titular de la Entidad.”*

Por su parte, el artículo 160 del Reglamento, dispone que las modificaciones previstas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, deben cumplir con los

siguientes **requisitos y formalidades**:

- a) *Informe técnico legal que sustente: i) la necesidad de la modificación a fin de cumplir con la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, ii) que no se cambian los elementos esenciales del objeto de contratación y iii) que sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no son imputables a las partes.*
- b) *En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, corresponde contar con la opinión favorable del supervisor.*
- c) *La suscripción de la adenda y su registro en el SEACE, conforme a lo establecido por el OSCE.*

Asimismo, el numeral 160.2 del mencionado artículo detalla que: “*Cuando la modificación implique el incremento de precio, adicionalmente a los documentos señalados en los literales precedentes, corresponde contar con los siguiente: a) Certificación presupuestal; y b) la aprobación por resolución del Titular de la Entidad.*”

Como se puede advertir, el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley prefigura el supuesto de hecho que debe cumplirse para que resulte aplicable una modificación convencional. Por su parte, los numerales 160.1 y 160.2 del artículo 160 del Reglamento establecen los **requisitos** y **formalidades** que debe cumplir una Entidad para viabilizar dicha modificación.

Estos requisitos y formalidades son de observancia obligatoria para todas las Entidades, puesto que se constituyen en instrumentos que dotan de valor jurídico a la modificación contractual. Esto implica que las prestaciones o condiciones de ejecución que se deriven de la modificación convencional sólo serán jurídicamente exigibles cuando la entidad cumpla con dichos requisitos.

Como se puede advertir, la normativa de contrataciones del Estado no ha señalado de manera explícita que los requisitos y formalidades mediante las cuales se viabiliza la modificación convencional deban cumplirse de manera previa a la ejecución de las prestaciones que de esta se deriven. No obstante -*conforme a lo indicado en la Opinión N° 079-2020/DTN-*, en virtud de que el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 160 del Reglamento es aquello que permite que las prestaciones o condiciones de ejecución derivadas de la modificación convencional sean jurídicamente exigibles, se puede afirmar que estos requisitos deben cumplirse de manera previa a la ejecución de dichas prestaciones o implementación de las condiciones de ejecución.

2.1.4 Ahora bien, tal como se ha indicado previamente, la normativa de contrataciones ha previsto distintos mecanismos para poder modificar el contrato y de esa manera adaptar los términos contractuales a las nuevas circunstancias que se puedan ir presentando durante su ejecución. Sin perjuicio de ello, también es importante considerar que, si bien dichas figuras buscan otorgar cierto margen de flexibilidad a la gestión contractual, no han sido diseñadas específicamente para un contexto tan súbito y atípico como el que se presentó; justamente por ello, es que el legislador

consideró necesaria la emisión de normas especiales para regulación de aquellas circunstancias y conflictos que se puedan presentar en el marco de dichas contrataciones.

En ese sentido, en determinados contratos cuya ejecución se vio afectada por el Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19 (sin llegar a una paralización total), se pudieron haber tenido que aplicar, de manera inmediata, ciertas acciones para poder continuar con su ejecución y alcanzar su finalidad “de manera oportuna y eficiente” -tal como lo señala expresamente el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley antes citado-, adaptándose a los protocolos sanitarios u otras medidas dictadas por los sectores correspondientes.

Bajo este contexto, cabe indicar que los actos y decisiones que adopten las Entidades el desarrollo de un proceso de contratación deben armonizar con los principios que rigen las contrataciones con el Estado, los cuales, conforme al artículo 2 de la Ley, sirven de criterio interpretativo e integrador para poder aplicar adecuadamente dicha normativa resolviendo contradicciones o solucionando vacíos.

Uno de estos principios es el de “*Eficacia y Eficiencia*”, por el cual, 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. Asimismo, el principio “*Equidad*”, señala que las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

En esa medida, las disposiciones que regulan el procedimiento de contratación deben ser aplicadas o interpretadas de forma tal que se prioricen los fines, metas y objetivos de la Entidad por encima de la realización de formalidades no esenciales; de igual forma, debe cautelarse el principio de Equidad, con el fin de que las prestaciones y derechos de las partes guarden una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad.

Sobre la base de dichas premisas debe indicarse que, a efectos de que se pueda llegar a alcanzar la finalidad de la contratación de manera oportuna y eficiente, en aquellos contratos de servicio cuya ejecución se vio afectada por el Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID- 19 (sin llegar a una paralización total), la Entidad, **en una decisión de gestión debidamente sustentada y de su exclusiva responsabilidad**, podría reconocer, de manera excepcional, vía modificación convencional, aquellos conceptos económicos en los que el contratista hubiese podido incurrir para la aplicación inmediata de los protocolos sanitarios u otras medidas dictadas por los sectores competentes (ello con el fin de haber seguido prestando el servicio) en tanto sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, para lo cual deberá cumplirse con los requisitos y formalidades previstos en el artículo 160 del Reglamento.

Adicionalmente, para este tipo de modificaciones, aquellos conceptos económicos

que reconozca la Entidad *-bajo su propia responsabilidad-* deberán encontrarse debidamente acreditados, sustentándose mediante facturas, boletas de pago u otros documentos que permitan acreditar fehacientemente que el contratista ha incurrido en tales conceptos, ello con el fin de salvaguardar el correcto uso de los recursos públicos.

2.2. *“¿Cuándo las “modificaciones convencionales” u “otras modificaciones”, deriven de la aplicación inmediata de normas sanitarias de obligatorio cumplimiento relacionadas con el Covid-19 ¿Es posible que la formalización de la Resolución de aprobación de tal modificación por parte del titular de la Entidad y la suscripción de la Adenda respectiva, se efectúe con posterioridad a la implementación de las medidas sanitarias dispuestas por dichas normas?” (Sic.)*

2.2.1 Tal como se ha indicado previamente, la normativa de contrataciones no ha señalado de manera explícita que los requisitos y formalidades mediante las cuales se viabiliza la modificación convencional deban cumplirse de manera previa a la ejecución de las prestaciones que de esta se deriven. No obstante, en virtud de que el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 160 del Reglamento es aquello que permite que las prestaciones o condiciones de ejecución derivadas de la modificación convencional sean jurídicamente exigibles, se puede afirmar que estos requisitos deberán cumplirse de manera previa a la ejecución de dichas prestaciones o implementación de las condiciones de ejecución.

Sin perjuicio de ello, atendiendo al carácter súbito y atípico que presentó el brote de COVID-19, en aquellos contratos de servicio cuya ejecución se vio afectada por el Estado de Emergencia Nacional a raíz del brote de dicho virus (sin llegar a una paralización total), la Entidad, **en una decisión de gestión debidamente sustentada y de su exclusiva responsabilidad**, podría reconocer, de manera excepcional, vía modificación convencional, aquellos conceptos económicos en los que el contratista hubiese podido incurrir para la aplicación inmediata de los protocolos sanitarios u otras medidas dictadas por los sectores competentes (ello con el fin de haber seguido prestando el servicio) en tanto sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, para lo cual deberá cumplirse con los requisitos y formalidades previstos en el artículo 160 del Reglamento. No obstante, para este tipo de modificaciones, aquellos conceptos económicos que reconozca la Entidad *-bajo su propia responsabilidad-* deberán encontrarse debidamente acreditados, sustentándose mediante facturas, boletas de pago u otros documentos que permitan acreditar fehacientemente que el contratista ha incurrido en tales conceptos, todo ello con el fin de salvaguardar el correcto uso de los recursos públicos.

2.3. *“Para los contratos de servicios vigentes, suscritos al amparo del Decreto Legislativo N° 1017, anterior Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, ¿Es posible que, en las modificaciones contractuales distintas a adicionales, ampliaciones y reducciones, en donde se aplica supletoriamente el Código Civil, las partes puedan acordar el incremento del monto del contrato, por los mayores costos incurridos en la aplicación de normas sanitarias emitidas con posterioridad a la suscripción del contrato y que son de obligatorio*

cumplimiento?. En ese caso, ¿Es posible que, ante la aplicación inmediata de normas de obligatorio cumplimiento, las partes reconozcan los mayores costos incurridos con anterioridad a la formalización del acuerdo (Adenda)?” (Sic.)

- 2.3.1 En primer lugar, es importante reiterar 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; en tal sentido el OSCE carece de competencia para determinar si, en ante una circunstancia particular o en el marco de un contrato específico, deben modificarse los términos contractuales, pues ello compete exclusivamente a la esfera de gestión de cada Entidad.

Efectuada dicha aclaración, debe indicarse que la anterior Ley de Contrataciones con el Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 168-2008-EF, así como las normas de jerarquía inferior vinculadas con estos, no habían previsto entre sus disposiciones la posibilidad de efectuar modificaciones convencionales al contrato.

No obstante, es importante mencionar que la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional o la emisión de normas destinadas a evitar la propagación del COVID- 19 serán hechos de fuerza mayor que podrían subsumirse dentro de lo que la doctrina denomina “*factum principis*”³⁴, lo cual podría justificar –*siempre que así lo exija el análisis del caso concreto*- la implementación de determinadas modificaciones al contrato, bajo exclusiva responsabilidad de la Entidad⁵.

3. CONCLUSIONES

Atendiendo al carácter súbito y atípico del brote de COVID-19, en aquellos contratos de servicio -*suscritos en el marco de la Ley N° 30025 y su Reglamento*- que se vieron afectados por el Estado de Emergencia Nacional a raíz del brote de dicho virus (sin llegar a paralizarse totalmente), la Entidad, en una decisión de gestión debidamente sustentada y de su exclusiva responsabilidad, podría reconocer, de manera excepcional, vía modificación convencional, aquellos conceptos económicos en los que el contratista hubiese podido incurrir para la aplicación inmediata de los protocolos sanitarios u otras medidas dictadas por los sectores competentes (ello con el fin de haber seguido prestando el servicio) en tanto sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, para lo cual deberá cumplirse con los requisitos y formalidades previstos

³ Según REBOLLO PUIG “*Con la doctrina del factum principis se alude a aquellos supuestos en los que los poderes públicos adoptan una medida o realizan un acto -factum principis- que, sin referirse específicamente al contrato, producen realmente una alteración de sus términos*”. REBOLLO PUIG, Manuel. Derecho Administrativo. Régimen Jurídico Básico y Control de la Administración. Editorial TECNOS. Madrid, 2018. Tomo II. Pag. 123.

⁴ En relación con lo expuesto se recomienda revisar, entre otras, las Opiniones N°001-2013/DTN o la N°266-2017/DTN.

⁵ Conforme a lo señalado mediante Opinión N° 097-2020/DTN.

en el artículo 160 del Reglamento. No obstante, para este tipo de modificaciones, aquellos conceptos económicos que reconozca la Entidad *-bajo su propia responsabilidad-* deberán encontrarse debidamente acreditados, sustentándose mediante facturas, boletas de pago u otros documentos que permitan acreditar fehacientemente que el contratista ha incurrido en tales conceptos, todo ello con el fin de salvaguardar el correcto uso de los recursos públicos.

Jesús María, 13 de abril de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/