

OPINIÓN N° 048-2020/DTN

Solicitante: Manuel Antonio Díaz González

Asunto: Contenido del contrato

Referencia: a) Carta S/N de fecha 26.FEB.2020
b) Carta S/N de fecha 04.FEB.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Sr. Manuel Antonio Díaz González realiza varias consultas respecto del contenido del 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.

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 opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente a partir del 15 de diciembre de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿En qué momento se considera efectuado el inicio del servicio contratado entre una Entidad y un Contratista, convocado por concurso público?”

Sobre el particular, debe indicarse que el numeral 142.1 del artículo 142 del Reglamento regula el inicio del plazo de ejecución en los contratos de bienes y servicios. El texto literal de este dispositivo señala lo siguiente: “*El plazo de ejecución contractual se inicia al día siguiente del perfeccionamiento del contrato, desde la fecha que se establezca en el contrato o desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso*”.

Como se puede apreciar, el inicio del plazo de ejecución en los contratos de bienes y servicios dependerá de cada contrato particular. Así, de acuerdo con el dispositivo citado dicho plazo puede iniciar: (i) al día siguiente del perfeccionamiento del contrato, (ii) desde la fecha que se establezca en el contrato, o (iii) desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso.

2.2. “¿La Entidad puede exigir el cumplimiento de un presupuesto o requisito no establecido en el contrato o en las bases de contratación?”

De acuerdo con el numeral 40.1. del artículo 40 de la Ley, el contratista es responsable de ejecutar la totalidad de obligaciones a su cargo **de acuerdo a lo establecido en el contrato.**

Ahora bien, respecto del **contenido del contrato**, se debe mencionar que el numeral 138.1 del artículo 138 del Reglamento señala que éste se encuentra conformado por: (i) el documento que lo contiene, (ii) los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, (iii) la oferta ganadora **y**, (iv) los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

En consecuencia, se puede afirmar que el contratista debe cumplir con la totalidad de las obligaciones contempladas en el documento que contiene el contrato, en los documentos del procedimiento de selección, en la oferta ganadora, **y** en los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes. *Contrario sensu*, no se le puede exigir el cumplimiento de obligaciones que no se deriven de alguno de los documentos antes mencionados.

2.3. “¿Unilateralmente, durante la ejecución del contrato, se puede modificar su contenido?”

2.3.1. De acuerdo con 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. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en relación al principio de equidad.”*

En los numerales sucesivos, el mismo artículo precisa aquellos supuestos en los que se puede modificar el contrato; estos son: i) la autorización de prestaciones adicionales y reducción de prestaciones; ii) las ampliaciones de plazo; iii) las modificaciones convencionales (numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley); y iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento. Cabe precisar que el **contenido del contrato sólo puede ser modificado en cualquiera de los tres primeros supuestos**¹.

¹ Respecto de las “otras modificaciones contempladas en la Ley y el reglamento” se debe mencionar que el Reglamento ha previsto a la **cesión de posición contractual** del contratista como una de ellas. En este supuesto, la modificación antes de ser un acto de voluntad de alguna de las partes, es un efecto necesario de la configuración de alguna de los supuestos habilitantes contemplados en el Reglamento. A mayor abundamiento, se recomienda revisar la Opinión 226-2019/DTN.

Así, en el caso de la **ampliación de plazo**, independientemente del objeto de contratación del que se trate, es el contratista quien la solicita respetando las formalidades, plazos y procedimientos establecidos en la normativa de Contrataciones del Estado. Realizado ello, la Entidad debe pronunciarse respecto de tal solicitud, es decir, si otorga o no la ampliación².

Por su parte, en las **modificaciones convencionales**, precisamente uno de los presupuestos para que éstas sean viables, es que exista **acuerdo** entre las partes³.

Expuesto lo anterior, se puede afirmar que tanto en las ampliaciones de plazo y en las modificaciones convencionales, es necesaria la concurrencia de las voluntades de ambas partes para que proceda la modificación contractual.

2.3.2. A diferencia de lo que ocurre en los supuestos antes descritos, en la ejecución de prestaciones adicionales y en la reducción de prestaciones, el acuerdo es un elemento contingente, pues –de acuerdo con el artículo 34 de la Ley– la Entidad tiene la potestad de ordenar **unilateralmente** la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones, dejando al contratista en una situación de sujeción, es decir, en la obligación de acatar el mandato de la Entidad.

Cabe señalar que esta potestad o prerrogativa pública de modificación unilateral del contrato, ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público⁴, para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de las funciones que le ha conferido la ley⁵.

Expuesto lo anterior, en atención a la consulta formulada, se puede afirmar que el contenido de un contrato celebrado en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado sólo puede ser modificado unilateralmente por la Entidad, en el supuesto en que ésta última hubiese ordenado la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones⁶. Cabe precisar que la Entidad, para viabilizar esta modificación

² Sobre el particular es pertinente mencionar que el artículo 158 del Reglamento establece las causales, procedimiento y plazo para la aprobación de una ampliación de plazo en los contratos de bienes y servicios. Por su parte, los artículos 197, 198 y 199 hacen lo propio en los contratos de ejecución de obra.

³ Al respecto, el numeral 34.10 de la Ley, así como, el artículo 160 del Reglamento, establecen las condiciones, los requisitos y las formalidades para que procedan las modificaciones convencionales al contrato.

⁴ Del mismo modo, Manuel de la Puente señala que esta potestad respondería al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina “cláusulas exorbitantes” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el que subyace a las contrataciones del Estado– en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las Cláusulas Exorbitantes*, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7.

⁵ Según Dromi, por el principio de mutabilidad “(...) la Administración tiene **competencia para variar por sí lo establecido en el contrato** y alterar las prestaciones y condiciones de su cumplimiento”. (El resaltado es nuestro). DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, segunda edición, 1995, pág. 505.

⁶ Al respecto confrontar con la Opinión 015-2020, en cuya conclusión 3.4 se señala lo siguiente:

contractual, debe observar las formalidades, requisitos y procedimiento establecidos en la Ley y el Reglamento⁷.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. El inicio del plazo de ejecución en los contratos de bienes y servicios dependerá de cada contrato particular. Así, de acuerdo con el dispositivo citado dicho plazo puede iniciar: (i) al día siguiente del perfeccionamiento del contrato, (ii) desde la fecha que se establezca en el contrato, o (iii) desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso.
- 3.2. El contratista debe cumplir con la totalidad de las obligaciones contempladas en el documento que contiene el contrato, los documentos del procedimiento de selección, la oferta ganadora, y los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes. *Contrario sensu*, no se le puede exigir el cumplimiento de obligaciones que no se deriven de alguno de los documentos antes mencionados.
- 3.3. El contenido de un contrato celebrado en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado sólo puede ser modificado unilateralmente por la Entidad, en el supuesto en que ésta última hubiese ordenado la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones. Cabe precisar que la Entidad, para viabilizar esta modificación contractual, debe observar las formalidades, requisitos y procedimiento establecidos en la Ley y el Reglamento.

Jesús María, 8 de julio de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC

“La aprobación de adicionales y la ampliación de plazo constituyen supuestos distintos de modificación contractual, puesto que afectan a distintos elementos del contrato (prestaciones pactadas y plazo de ejecución, respectivamente). No obstante, pueden presentarse situaciones en las que la ampliación de plazo sea una condición indispensable para la ejecución del adicional.”

⁷ *Sobre el particular es necesario precisar que, al margen de que se trate de una prerrogativa pública sustentada en la Ley, **la aprobación de prestaciones adicionales, no puede ir en desmedro del equilibrio económico financiero del contrato**. En caso contrario, tal y como señala el numeral 34.1. del artículo 34 de la Ley, la parte beneficiada (con la afectación del equilibrio económico) debe compensar económicamente a la parte perjudicada.*