

**OPINIÓN N° 079-2020/DTN**

Solicitante: Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento  
Programa de Mejoramiento Integral de Barrios

Asunto: Modificaciones convencionales a contrato de servicios.

Referencia: Formulario N° 002-DTN de fecha 10.AGO.2020

---

**1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el Arq. Ernesto Enrique Mosqueira Medina, Director Ejecutivo del Programa Mejoramiento Integral de Barrios, formula varias consultas referidas a 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 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. 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° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “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:

- 2.1 *“¿Es factible la modificación convencional del contrato en aplicación del numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 160 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por implementación de las normas COVID que se vienen ejecutando?”*

2.1.1 De manera previa es necesario anotar que, a partir de lo expuesto por el solicitante en los anexos del documento de la referencia, se puede advertir que la presente consulta versa sobre la posibilidad de que se aprueben modificaciones convencionales por implementación de “normas COVID” **en un contrato de servicios**. Por tanto, la absolución de la presente consulta se llevará a cabo considerando el referido objeto de contratación y el ámbito de la Ley a que se hace referencia en el numeral 2 de esta opinión.

2.1.2 Hecha esta aclaración, corresponde 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-EF, el Estado de Emergencia Nacional con la finalidad de contener el avance de la pandemia; situación que –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 éstos, en todos los contratos paralizados a nivel nacional, en la medida que corresponda de acuerdo con la normativa aplicable.

2.1.3 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: éstas 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.

#### **Ámbito de aplicación del D.S. N°168-2020-EF y modificaciones al contrato para implementar las normas destinadas a evitar la propagación del COVID**

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, 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.

Cabe precisar que este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas opiniones<sup>1</sup> que la “paralización”<sup>2</sup> implica la detención total de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista; mientras que el “atraso”<sup>3</sup> constituye un retraso o retardo en el cumplimiento de dichas prestaciones, sin llegar a ser una paralización.

Siendo así, se puede afirmar que las reglas contempladas en la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. N°168-2020-EF, son aplicables a los contratos de bienes y servicios (distintos a los de supervisión de obra), suscritos al amparo de la Ley 30225 y su Reglamento, cuya ejecución de las prestaciones se hubiese detenido totalmente como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional generado por el COVID-19.

- 2.1.4 Expuesto lo anterior, es pertinente mencionar que el literal d) del numeral 3.1. de la Tercera Disposición Complementaria Final del referido decreto supremo establece lo siguiente: *“Las Entidades se encuentran facultadas para modificar sus contratos a fin de incorporar en ellos las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los Sectores competentes y otras que resulten necesarias para la reactivación de la ejecución del contrato, debiendo reconocer el costo que ello demande, en caso corresponda. Dichas modificaciones se efectúan de conformidad con lo dispuesto en el **numeral 34.10 del artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado**”.*

Como se puede advertir, mediante el dispositivo citado se ha previsto la figura jurídica que deben emplear las partes para incorporar en los contratos de bienes y servicios paralizados por la declaratoria del Estado de Emergencia, las medidas para la prevención y control de la propagación del COVID-19 dictadas por los sectores competentes: esta figura es la contenida en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley.

### **Implementación de medidas derivadas de normas destinadas a evitar la propagación del COVID-19 en aquellos contratos en que no es aplicable el D.S. N°168-2020-EF**

- 2.1.5 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

<sup>1</sup> Por ejemplo, en las siguientes Opiniones: 017- 2014/DTN; 190-2015/DTN y 131-2018/DTN.

<sup>2</sup> Según el Diccionario de Lengua Española (DRAE), Vigésimo Tercera Edición, “paralización” significa “Acción y efecto de paralizar.”; debiendo precisarse que el término “paralizar”, en su segunda acepción, significa “2. Detener, entorpecer, impedir la acción y movimiento de algo. U.t.c. prnl.” (El subrayado es agregado).

<sup>3</sup> Según el Diccionario de Lengua Española (DRAE), Vigésimo Tercera Edición, “atraso”, en su primera acepción, es “1. m. Acción y efecto de atrasar”; siendo necesario precisar que el término “atrasar” significa, en su primera y séptima acepciones, respectivamente, “1. tr. Retardar. U.t.c. prnl.” y “7. prnl. retrasarse (llegar tarde)”

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.”*

Siendo así, en aquellos casos en los que –bajo el ámbito de la Ley a que se refiere el numeral 2 de esta opinión- no resulten aplicables las disposiciones del D.S. N°168-2020-EF, ante la necesidad de incorporar los protocolos y medidas dictadas por los sectores correspondientes para evitar la propagación del COVID- 19, en vista de que no resultarían aplicables los adicionales, las reducciones ni la ampliación de plazo, bien se podría modificar el contrato, de acuerdo con lo establecido en el numeral 34.10 de la Ley; ello con el fin alcanzar su finalidad y mantener el equilibrio económico financiero entre las partes. Cabe precisar que es responsabilidad de la Entidad, aprobar dichas modificaciones de acuerdo con las exigencias del caso concreto y en cumplimiento de las formalidades y procedimiento establecidos en la normativa de Contrataciones del Estado.

## 2.2 *“¿Toda modificación convencional del contrato debe ser realizada previa a su ejecución?”*

De manera previa es pertinente mencionar los dispositivos que regulan las modificaciones convencionales en la normativa de Contrataciones del Estado:

- Artículo 34, numeral 34.10 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.”<sup>4</sup>*
- Artículo 160, numerales 160.1 y 160.2 del Reglamento: *“160.1. Las modificaciones previstas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, cumplen 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.*

*160.2. 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

---

<sup>4</sup> En el marco de la Ley N° 30225, modificada por el D. L. N° 1444, es necesario precisar que, de acuerdo con su artículo 8°, el Titular de la Entidad puede delegar, mediante Resolución, las facultades que ésta misma Ley le confiere. En tal sentido, el Titular puede delegar la facultad de aprobar modificaciones convencionales, incluso cuando éstas impliquen el incremento del precio. A mayor abundamiento, se recomienda revisar la **Opinión N° 147-2019/DTN** en el portal Web del OSCE: <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/219087360>.

ejecución que se deriven de la modificación convencional sólo serán jurídicamente exigibles cuando la entidad cumpla con dichos requisitos.

Ahora bien, 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 ésta 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.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1 El D.S. N°168-2020-EF ha previsto la figura jurídica que deben emplear las partes para incorporar en los contratos de bienes y servicios (suscritos al amparo de la Ley y su Reglamento) paralizados por la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, las medidas para la prevención y control de la propagación del COVID-19 dictadas por los sectores competentes, esta es, las modificaciones contractuales a las que alude el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley.
- 3.2 En aquellos casos en los que –bajo el ámbito de la Ley- no resulten aplicables las disposiciones del D.S. N°168-2020-EF, ante la necesidad de incorporar los protocolos y medidas dictadas por los sectores correspondientes para evitar la propagación del COVID- 19, en vista de que no resultarían aplicables los adicionales, las reducciones ni la ampliación de plazo, bien se podría modificar el contrato de acuerdo con lo establecido en el numeral 34.10 de la Ley; ello con el fin alcanzar su finalidad y mantener el equilibrio económico financiero entre las partes. Cabe precisar que es responsabilidad de la Entidad, aprobar dichas modificaciones de acuerdo con las exigencias del caso concreto y en cumplimiento de las formalidades y procedimiento establecidos en la normativa de Contrataciones del Estado.
- 3.3 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 ésta 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.

Jesús María, 4 de septiembre de 2020

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

RVC.

