

OPINIÓN N° 081-2021/DTN

Empresa: Empresa de Servicio Público de Electricidad Puno S.A. --
ELECTROPUNO S.A.A.

Asunto: Modificaciones contractuales

Referencia: Formulario S/N de fecha 12.JUL.2021 – Consultas sobre la
Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de División de Asesoría Legal de la Empresa de Servicio Público de Electricidad Puno S.A.A., - ELECTROPUNO S.A.A., formula varias consultas referidas con las modificaciones contractuales.

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 y posteriores.

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.
- “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. “¿EN CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS EN LOS CUALES LOS CONTRATISTAS HAN EJECUTADO SUS PRESTACIS DE MANERA CONTINUA PESE A LA DECLARTORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL PRODUCIDO POR EL COVID-19, ES POSIBLE RECONOCER Y

PAGAR A DICHOS CONTRATISTAS AL AMPARO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO FINANCIERO U OTRO DISPOSITIVO LEGAL, LOS GASTOS QUE EFECTUARON POR INCORPORAR MEDIDAS PARA LA PREVENCION Y CONTROL FRENTE A LA PROPAGACION DEL COVID-19?” (Sic.)

2.1.1 En primer término, es importante mencionar que nuestro país se ha visto afectado por la pandemia generada por el COVID-19. Ante ello, el Gobierno Nacional decretó, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-EF¹, 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 ha generado la necesidad de incorporar, en varios contratos vigentes, medidas y protocolos dictados por distintos sectores 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 el periodo de paralización y para la continuación del contrato, y, de otra, el Estado asumirá estos, en la medida que corresponda de acuerdo con la normativa aplicable.

En ese sentido, si bien la normativa de Contrataciones del Estado ha previsto una serie de figuras de modificación contractual que podrían aplicarse para atender las situaciones antes descritas (tales como adicionales, reducciones, ampliaciones de plazo o modificaciones convencionales), ante este contexto excepcional, 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 Decreto Supremo 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.**

2.1.2 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

¹ 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.

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 opiniones² que la “paralización”³ implica la detención total de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista; mientras que el “atraso”⁴ 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, sólo resultan 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.

- 2.1.3 De acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, debe considerarse que pueden existir ciertos contratos suscritos al amparo de la Ley 30225 y su Reglamento 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

² Por ejemplo, en las siguientes Opiniones: N° 017- 2014/DTN; N° 190-2015/DTN y N° 131-2018/DTN.

³ 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).

⁴ 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)”

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. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de la aprobación de determinadas normas imperativas, 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 la finalidad pública que le subyace.

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.

En ese sentido, en aquellos contratos que **no** se encuentren sujetos a las disposiciones del D.S. N°168-2020-EF (al no haberse configurado una paralización), y en tanto se determine que no resultarían aplicables adicionales, reducciones ni ampliaciones de plazo, la Entidad en una decisión de gestión, podría evaluar modificar el contrato conforme a lo previsto en el numeral 34.10 de la Ley,

a efectos de incorporar a este los protocolos y medidas dictadas por los sectores correspondientes para evitar la propagación del COVID-19, ello con el fin de 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 cumpliendo las formalidades y procedimiento establecidos en la normativa de contrataciones del Estado.

Adicionalmente, al momento de realizar el pago producto de este tipo de modificaciones, aquellos conceptos económicos (gastos o costos) que reconozca la Entidad deberán encontrarse vinculados al contrato y debidamente sustentados a través de 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 públicos⁵.

2.2. “¿EN CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS EN LOS CUALES NO SE HA CONFIGURADO ATRASOS Y/O PARALIZACIONES PESE A LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL PRODUCIDO POR EL COVID-19, ES POSIBLE RECONOCER Y PAGAR A LOS CONTRATISTAS, LOS GASTOS QUE EFECTUARON PARA INCORPORAR MEDIDAS PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL FRENTE A LA PROPOGACION DEL COVID-19?” (Sic.)

2.2.1 Tal como se ha indicado previamente, en aquellos contratos que **no** se encuentren sujetos a las disposiciones del D.S. N°168-2020-EF (al no haberse configurado una paralización), y en tanto se determine que no resultarían aplicables adicionales, reducciones ni ampliaciones de plazo, la Entidad, en una decisión de gestión, podría evaluar modificar el contrato conforme a lo previsto en el numeral 34.10 de la Ley, a efectos de incorporar a este los protocolos y medidas dictadas por los sectores correspondientes para evitar la propagación del COVID-19, ello con el fin de 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 cumpliendo las formalidades y procedimiento establecidos en la normativa de contrataciones del Estado.

Adicionalmente, al momento de realizar el pago producto de este tipo de modificaciones, aquellos conceptos económicos (gastos o costos) que reconozca la Entidad *–bajo su propia responsabilidad–* deberán encontrarse vinculados al contrato, así como debidamente acreditados a través de 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.

2.3. “¿ES POSIBLE RECONOCER Y PAGAR A LOS CONTRATISTAS GASTOS QUE EFECTUARON PARA INCORPORAR MEDIDAS PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL FRENTE A LA PROPAGACIÓN DEL COVID-19, POST EJECUCIÓN DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y EN

⁵ No corresponde el pago por conceptos económicos (gastos o costos) que no se encuentren vinculados al contrato y/o que no estén debidamente acreditados, pues se estarían viendo afectados los fondos públicos, así como vulnerando el Principio de Integridad.

EL MARCO DE UN CONTRATO VIGENTE?” (Sic.)

- 2.3.1 Sobre el particular, debe señalarse que 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, tales como la modificación convencional prevista en el numeral 34.10 de la Ley.

Al respecto, debe indicarse que ni en la Ley ni en el Reglamento se ha señalado de manera explícita que los requisitos y formalidades mediante los cuales se viabiliza dicha 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.

No obstante lo señalado, es importante considerar que, aunque las figuras de modificación contractual –*como la modificación convencional antes descrita*– buscan otorgar cierto margen de flexibilidad a la gestión contractual, el legislador ha considerado que un contexto tan súbito y atípico como el que se presentó a raíz de la pandemia generada por el COVID-19, hizo necesaria la emisión de normas especiales para la regulación de aquellas circunstancias y conflictos específicos que se presenten en el marco de dichas contrataciones.

Atendiendo a la complejidad de este escenario, en determinados contratos cuya ejecución se vio afectada por el Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID- 19 (sin llegar a una paralización) se pudieron haber tenido que aplicar, de manera inmediata, ciertas acciones para continuar su ejecución, por ejemplo adaptándose a los protocolos sanitarios u otras medidas dictadas por los sectores correspondientes.

En ese sentido, conforme al criterio establecido en la Opinión N° 039-2021/DTN, así como atendiendo al carácter súbito y atípico que presentó el brote de COVID-19, en aquellos contratos de bienes o servicios cuya ejecución se vio afectada por el Estado de Emergencia Nacional (sin llegar a una paralización) a raíz del brote de dicho virus, la Entidad, **en una decisión de gestión debidamente sustentada**, 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 ejecutando el contrato), para lo cual deberán cumplirse los requisitos y formalidades previstos en la normativa de contrataciones del Estado. Cabe precisar que aquellos conceptos económicos que reconozca y pague la Entidad deberán encontrarse vinculados al contrato, así como debidamente sustentados 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.

3. CONCLUSIÓN

En aquellos contratos que no se encuentren sujetos a las disposiciones del D.S. N°168-2020-EF (al no haberse configurado una paralización), y en tanto se determine que no resultarían aplicables adicionales, reducciones ni ampliaciones de plazo, la Entidad, en una decisión de gestión, podría evaluar modificar el contrato conforme a lo previsto en el numeral 34.10 de la Ley, a efectos de incorporar a este los protocolos y medidas dictadas por los sectores correspondientes para evitar la propagación del COVID-19, ello con el fin de 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 cumpliendo las formalidades y procedimiento establecidos en la normativa de contrataciones del Estado. Adicionalmente, al momento de realizar el pago producto de este tipo de modificaciones, aquellos conceptos económicos (gastos o costos) que reconozca la Entidad deberán encontrarse vinculados al contrato, así como debidamente acreditados a través de 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.

Jesús María, 06 de agosto de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/