

OPINIÓN N° 169-2019/DTN

Entidad: PLAN COPESCO NACIONAL
Asunto: Modificaciones al contrato
Referencia: Documento S/N de fecha 23.SEP.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Directora Ejecutiva del PLAN COPESCO NACIONAL, formula consultas sobre las modificaciones convencionales, en el marco de 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 o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la "Ley"), y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el "Reglamento").

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° 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.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 *“¿Es posible modificar la forma de pago del contrato a través de la aplicación de la modificación convencional en caso se verifique que cumple con los requisitos previstos en el artículo 34-A de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225? (Sic).*

2.1.1 Previamente, corresponde reiterar que las consultas que absuelve el OSCE 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 ese sentido, este Organismo Técnico Especializado no puede definir si bajo determinado escenario puede aprobarse una modificación convencional, toda vez que ello depende de las circunstancias particulares que se presenten en cada caso.

Habiendo efectuado tal aclaración, es importante señalar que la normativa de contrataciones del Estado contempla, a través de la Ley¹ y el Reglamento², las modificaciones que pueden efectuarse respecto de un contrato; entre ellas: i) la aprobación de prestaciones adicionales; ii) la reducción de prestaciones; iii) ampliación de plazo; iv) la cesión de posición contractual; y, v) las modificaciones convencionales al contrato.

Es decir, y conforme a lo señalado en diversas Opiniones³ emitidas por el OSCE, el contrato suscrito entre una Entidad y un proveedor del Estado sólo puede modificarse si se configura alguno de los supuestos previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2 Ahora bien, en relación con las “modificaciones convencionales al contrato”, el artículo 34-A de la Ley, que regula su aplicación, dispone lo siguiente:

"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. Cuando la modificación implique la variación del precio, debe ser aprobada por el Titular de la Entidad. El Reglamento establece los requisitos y formalidades para estas modificaciones". (El resaltado es agregado).

Al respecto, se puede apreciar que las modificaciones convencionales al contrato pueden ser convenidas por las partes, siempre que tales modificaciones deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a las partes, entre otras condiciones; debiendo cumplirse, para tal fin, los requisitos y formalidades previstos en el Reglamento.

Sobre el particular, debe indicarse que el artículo 142 del Reglamento establece los requisitos y formalidades que se deben cumplir para que operen las modificaciones establecidas en el artículo 34-A de la Ley; siendo estos, los siguientes:

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

¹ De conformidad con lo previsto en 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". (El subrayado es agregado).

² De acuerdo a lo establecido en el Capítulo IV que regula las modificaciones del Contrato, correspondiente al Título VI del Reglamento.

³ Consultar por ejemplo las Opiniones N° 132-2017 y N° 191-2017.

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 adenda correspondiente, conforme a lo establecido por el OSCE". (El subrayado es agregado).*

De esta manera, se advierte que uno de los requisitos previstos en el Reglamento para la procedencia de una modificación convencional al contrato, es que se sustente *–a través de un informe técnico legal–* que dicha modificación deriva de acontecimientos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no son imputables a alguna de las partes.

En relación con lo anterior, corresponde precisar que "*el hecho o acontecimiento sobreviniente al perfeccionamiento del contrato*", al que hacen referencia los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento, se encuentra referido a la ocurrencia de un evento o hecho generador con posterioridad al perfeccionamiento del contrato que no sea atribuible a alguna de las partes.

En atención a lo expuesto, puede evidenciarse que la normativa de contrataciones del Estado no contempla como supuesto específico de modificación contractual la variación de la "forma de pago" fijada en el contrato, correspondiendo, en todo caso, que **cada Entidad sustente que se ha configurado alguno de los supuestos previstos por la normativa de contrataciones del Estado para proceder con la modificación del contrato.**

- 2.1.3 Ahora bien, otro escenario también puede presentarse cuando un contrato ha sido firmado contraviniendo las reglas definitivas del procedimiento de selección. Al respecto, es importante mencionar que las partes no pueden modificar el contenido de las Bases Integradas con ocasión de la suscripción del contrato; de esta manera, si en dicha oportunidad se hubiese incorporado alguna variación a las reglas definitivas de la contratación (por error, omisión, deficiencia u otra circunstancia), esta última debe considerarse como inexistente e incapaz de desplegar efectos jurídicos.

Por tanto, si bien el supuesto detallado líneas arriba no se encuentra directamente previsto en el artículo 34-A de la Ley *–el cual se limita a causas sobrevinientes que generan modificaciones a las obligaciones contractuales–*, no por ello debe negarse la posibilidad de efectuar modificaciones con la finalidad de corregir errores que colisionan con las reglas definitivas del procedimiento.

Es así que este Organismo Técnico Especializado, mediante Opinión N° 010-2019/DTN, precisó lo siguiente: "*... la Entidad -de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- puede adoptar las acciones conducentes a la corrección de los términos contractuales, cuando estos se aparten de las disposiciones que contemplan las Bases Integradas, ello con la finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente; sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que resulten aplicables."(El*

subrayado es agregado).⁴

2.2 *¿Al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado, es posible aplicar el artículo 34-A de la Ley N° 30225 para modificar el alcance del contrato, es decir agregar mayores trabajos a un servicio que permiten alcanzar la finalidad del mismo, una vez que se ha agotado el tope máximo (25% del monto del contrato) establecido para el adicional de servicio, situación que no permite seguir aplicando el artículo 139 del Reglamento sobre adicionales? (Sic).*

2.2.1 Al respecto, debe indicarse que en virtud del artículo 34 de la Ley una Entidad puede disponer modificaciones al contrato, tales como la aprobación de “**prestaciones adicionales**”, “**reducciones**” y “**ampliaciones de plazo**”; para lo cual, estas deben efectuarse **conforme a los límites** y procedimientos previstos en dicho dispositivo y en el Reglamento, según corresponda.

Por otro lado, las “**modificaciones convencionales al contrato**” constituyen una figura **distinta** a los supuestos de “adicionales”, “reducciones” y “ampliaciones” previstos en el artículo 34 de la Ley, ello supone que esta figura **no procede respecto de prestaciones que debieron tramitarse mediante los referidos supuestos**; razón por la cual, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido las **propias** condiciones, requisitos y formalidades **para que operen** dichas modificaciones convencionales.

Es así que los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento han dispuesto las condiciones, requisitos y formalidades que deben concurrir para que opere la figura de “**modificaciones convencionales al contrato**”, precisando que cuando una modificación implique la variación del precio del contrato, esta deberá ser aprobada por el Titular de la Entidad.

A partir de lo expuesto, puede concluirse que no es posible utilizar la figura de las “modificaciones convencionales” con el objeto de eludir los límites previstos para la ejecución de prestaciones adicionales, ya que dicha circunstancia contravendría lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley y en los artículos 139, 175 y 176 del Reglamento.

2.3 *¿Es posible aplicar la modificación convencional del contrato prevista en el artículo 34-A de la Ley, aun cuando el incremento del alcance y del precio modifique el tipo de procedimiento de selección que origino el contrato?*

Al respecto, debe indicarse que tanto el artículo 34-A de la Ley, como el artículo 142 del Reglamento, **no han previsto un límite porcentual hasta por el cual pueda aprobarse una modificación convencional** al contrato.

No obstante ello, debe tenerse presente que **las Entidades son responsables de salvaguardar el correcto uso de los recursos públicos involucrados en una**

⁴ En coherencia con lo señalado en la Opinión N° 015-2019/DTN, “En caso se hubiera establecido una forma de pago que contraviniera las Bases Integradas o las disposiciones legales que regulan la materia, la Entidad -de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- podría corregir la forma de pago a efectos de que cumpla con lo dispuesto en el ordenamiento legal; ello con la finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente.

contratación; por tanto, antes de aprobar una modificación convencional que implique una mayor erogación de fondos públicos, deberán evaluarse todas las implicancias técnicas, legales y económicas que ello conlleve, siendo recomendable efectuar *–de forma previa–* las coordinaciones correspondientes con las áreas técnicas, de asesoría jurídica y de presupuesto, a fin de tomar la decisión de gestión apropiada⁵.

Adicionalmente, es importante señalar que las contrataciones realizadas por las Entidades Públicas se rigen con fundamento en los Principios regulados el artículo 2 de la Ley; en tal sentido, si bien la normativa de contrataciones del Estado no prevé un límite porcentual respecto del monto original del contrato *–como sí ocurre en los casos de “adicionales”–*, para la aprobación de una “modificación convencional al contrato” que implique la variación del precio del contrato; corresponde observar aquellos principios que resulten aplicables.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La normativa de contrataciones del Estado no contempla como supuesto específico de modificación contractual la variación de la “forma de pago” fijada en el contrato, correspondiendo, en consecuencia, que cada Entidad sustente que se ha configurado alguno de los supuestos previstos por la normativa de contrataciones del Estado para proceder con la modificación del contrato.
- 3.2 No es posible utilizar la figura de las “modificaciones convencionales” con el objeto de eludir los límites previstos para la ejecución de prestaciones adicionales.
- 3.3 Dado que las Entidades son responsables de salvaguardar el correcto uso de los recursos públicos involucrados en una contratación, antes de aprobar una modificación convencional que implique una mayor erogación de fondos públicos, deberán evaluarse todas las implicancias técnicas, legales y económicas que ello conlleve, siendo recomendable efectuar *–de forma previa–* las coordinaciones correspondientes con las áreas técnicas, de asesoría jurídica y de presupuesto, a fin de tomar la decisión de gestión apropiada.

Jesús María, 30 de septiembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.

⁵ Al respecto, debe tenerse en cuenta lo señalado en la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley, la cual ha dispuesto lo siguiente: *“La facultad establecida para actuar discrecionalmente se ejerce para optar por la decisión administrativa debidamente sustentada que se considere más conveniente, dentro del marco que establece la Ley, teniendo en consideración los criterios establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.”*