

OPINIÓN N° 171-2019/DTN

Entidad: Instituto Nacional Penitenciario - INPE
Asunto: Modificaciones convencionales al contrato.
Referencia: Oficio N° 1319-2019-INPE/11

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Unidad Ejecutora de la Oficina de Infraestructura Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario formula consultas vinculadas 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 la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-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° 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

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas en vuestra solicitud a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA del OSCE, “Consultas de Entidades Públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado”, determinándose que la consulta formulada en el numeral 4 (referida a los efectos de una ampliación de plazo) no se encuentra vinculada con aquellas consultas formuladas en los numerales precedentes (vinculadas con las modificaciones convencionales); por ende, ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 89 del TUPA, dicha consulta no será absuelta.

modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 *“¿La normativa de contrataciones permite ponderar lo dispuesto por el artículo 34-A de la Ley N° 30225 modificado por el Decreto Legislativo N° 1341 y artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado frente a los principios de eficiencia y eficacia estipulado en el artículo 2° de la citada Ley y el principio del enfoque por resultado previsto en el artículo 1 de la Ley de Contrataciones?”* (Sic).

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado contiene las disposiciones y desarrolla los procedimientos que las Entidades deben observar para llevar a cabo sus contrataciones de bienes, servicios y obras. Para ello, se ha considerado necesario establecer requisitos y exigencias que deben cumplirse a efectos de que dichas contrataciones guarden concordancia y se efectúen acatando los principios y disposiciones del ordenamiento constitucional².

Es así que los requisitos y exigencias que se establecen en la normativa de contrataciones del Estado deben ser cumplidas, **obligatoriamente**, toda vez que son necesarias para el correcto funcionamiento del sistema de abastecimiento y del mercado de contratación pública.

Ahora bien, adicionalmente a los requisitos y exigencias previstos en la normativa de contrataciones, el artículo 2 de la Ley ha previsto determinados Principios en materia de contratación pública, los cuales tienen por finalidad servir de criterio interpretativo e integrador para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas y constituyen parámetros para la actuación de los funcionarios. Asimismo, ayudan a suplir los vacíos que las normas puedan tener.

Entre estos principios, se encuentra el Principio 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.

En ese sentido, los actos y decisiones que se adopten durante el desarrollo del proceso de contratación, debían ser coherentes con los principios que rigen las contrataciones con el Estado.

Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse en cuenta que si bien las Entidades

² El artículo 76 de la Constitución Política del Perú establece que: “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.//La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

pueden adoptar acciones para la adecuada gestión de sus contratos orientándose en los principios previstos en el artículo 2 de la Ley, **ello no significa que sus decisiones puedan contravenir las exigencias previstas en la normativa de contrataciones del Estado**³.

2.2 *¿Se puede realizar una modificación convencional al contrato, en el arbitraje mediante una transacción o mediante conciliación dentro del arbitraje?* (Sic).

2.2.1 Sobre el particular, debe indicarse que el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley establece lo siguiente: *"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).

En este punto, es importante señalar que la Ley y el Reglamento contemplan las modificaciones que pueden efectuarse respecto de un contrato: la aprobación de prestaciones adicionales, la reducción de prestaciones, la ampliación de plazo y los supuestos que se enmarquen dentro de lo dispuesto en el artículo 34 - A de la Ley.

Al respecto, el artículo 34-A de la Ley dispuso que *"(...) 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 subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, para la procedencia de las modificaciones contractuales, es decir, cambios en las obligaciones contractuales derivadas de los documentos del procedimiento de selección, las bases integradas y la propuesta del contratista, es necesaria la concurrencia de las siguientes condiciones: i) *que no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones;* ii) *que las modificaciones deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes;* iii) *que dichas modificaciones permitan alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente;* y, iv) *que no cambien los elementos determinantes del objeto.*

Por su parte, el artículo 142 del Reglamento, referido a modificaciones convencionales al contrato, reguló los requisitos y formalidades que deben

³ 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."*

cumplirse para efectuar las modificaciones previstas en el artículo 34-A de la Ley:

Los mencionados requisitos son:

- “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 se sustente que la modificación deriva de hechos 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”.

De lo expuesto, puede advertirse que la normativa permite efectuar modificaciones convencionales al contrato, únicamente si se configuran las condiciones contempladas en el artículo 34-A de la Ley y se cumpla con las formalidades y requisitos establecidos en el artículo 142 del Reglamento.

Dicho esto, debe mencionarse que la normativa de contrataciones del estado deja claro que una modificación convencional podrá realizarse siempre que el hecho generador sea sobreviniente al perfeccionamiento del contrato.

2.2.2. Ahora bien, en cuanto a la consulta formulada, referida a la posibilidad de que se acuerde una modificación convencional durante un proceso arbitral, corresponde realizar las siguientes precisiones.

En primer lugar, debe indicarse que el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley establece que “*Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el Reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. (...)*” (El subrayado es agregado).

Por su parte, el numeral 45.4 del referido artículo establece que los medios de solución de controversia –entre ellos, el arbitraje– se sujetan supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia (siempre que no se opusieran a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado).

Por tanto, cuando las partes recurran a un arbitraje con la finalidad de solucionar las controversias derivadas de la ejecución contractual, no solo deben observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado en lo concerniente al arbitraje, sino también lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1071

“Decreto Legislativo que regula el Arbitraje”, el cual contiene disposiciones complementarias para el desarrollo del proceso arbitral.

Así, el artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1071 señala que *“Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelve la controversia (...) el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones (...) si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo (...)”* (El subrayado es agregado)

En consecuencia, luego del inicio del proceso arbitral y antes que este concluya, las partes pueden celebrar un acuerdo *–independientemente de la denominación que se le haya asignado–* con la finalidad de resolver, de forma parcial o total, sus controversias y poner fin a las actuaciones arbitrales.

De esta manera, una Entidad, en una decisión de gestión podría acordar con el contratista *–conforme al artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1071–* una modificación convencional con la finalidad de solucionar sus controversias y poner fin a las actuaciones arbitrales⁴; no obstante, en dicho supuesto, la referida modificación deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 34-A de la Ley y concretarse conforme a las formalidades exigidas por el artículo 142 del Reglamento.

2.3 ¿Si es afirmativa la respuesta a la pregunta 2), el hecho sobreviniente que se exige como requisito para la modificación convencional puede ceder y flexibilizarse prevaleciendo sobre el mismo principio de eficiencia y eficacia y enfoque por resultado? (Sic).

2.3.1 Tal como se ha indicado al absolver la primera consulta, si bien las Entidades pueden adoptar determinadas acciones para la adecuada gestión de sus contratos, orientándose en los principios previstos en el artículo 2 de la Ley, ello no significa que estas decisiones puedan contravenir las exigencias previstas en la normativa de contrataciones del Estado.

En relación con lo señalado, cabe precisar que el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley ha dispuesto que *“El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros.”*; en esa misma línea, el numeral 45.3 del mismo artículo menciona que *“Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.”* (El subrayado es agregado).

En ese sentido, aquellos acuerdos que celebre una Entidad y un proveedor *–en el marco del artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1071–* para poner fin al arbitraje, no pueden contravenir las exigencias previstas de la normativa de contrataciones del Estado; por tanto, de pactarse modificaciones convencionales

⁴ Conforme a los criterios señalados en las Opiniones N° 034-2019/DTN; N° 040-2018/DTN, N° 159-2016/DTN y N° 127-2016/DTN.

durante un proceso arbitral, estas deberán respetar aquellos requisitos y exigencias previstos en el artículo 34-A de la Ley y 142 del Reglamento⁵.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1 Si bien las Entidades pueden adoptar acciones para la adecuada gestión de sus contratos, orientándose en los principios previstos en el artículo 2 de la Ley, ello no significa que sus decisiones puedan contravenir las exigencias previstas en la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.2 Aquellos acuerdos que celebre una Entidad y un proveedor *–en el marco del artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1071–* para solucionar sus controversias y poner fin al arbitraje, no pueden contravenir las exigencias de la normativa de contrataciones del Estado; en ese sentido, de pactarse modificaciones convencionales durante un proceso arbitral, estas deberán respetar aquellos requisitos y exigencias previstos en el artículo 34-A de la Ley y 142 del Reglamento.

Jesús María, 1 de octubre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.

⁵ De acuerdo con lo señalado en la Opinión N° 132-2017/DTN *“La modificación del contrato –a que se refiere el artículo 34 – A de la Ley presupone que el hecho generador del mismo sea sobreviniente a su perfeccionamiento y que no sea imputable a alguna de las partes; en tal sentido, no resulta posible modificar el contrato por hechos que no son sobrevinientes al perfeccionamiento del mismo o que no son imputables a alguna de las partes, inclusive si el contratista ofreciera mejoras en los bienes o servicios.”*